

a cura di
VALENTINA CARLINO
GIAMMARIA MILANI

Rule of law,
culture e territori

2023

CONSULTA ONLINE

Rule of law, culture e territori

a cura di Valentina Carlino e Giammaria Milani

Collana di studi di Consulta OnLine

11

Il libro raccoglie gli atti del *workshop* “***Culture, Territory and the Rule of Law***”, che si è tenuto presso la Certosa di Pontignano (Siena, Italia) il 17 e 18 giugno 2022. Sia il *workshop*, sia il libro sono stati realizzati con il contributo dei fondi PRIN 2017 “***Framing and Diagnosing Constitutional Degradation***” (*Principal Investigator* prof.ssa Tania Groppi) e “***The constitutional implications of European separatist claims***” (*Principal Investigator* prof. Alessandro Torre, coordinatrice dell’unità locale prof.ssa Valeria Piergigli).

Aprile 2023

ISBN: 979-12-81326-00-2

Editore Consulta OnLine – CF 90078670107

Via Balbi 22 - 16126 Genova

info@giurcost.org

INDICE

<u>VALENTINA CARLINO - GIAMMARIA MILANI</u>	3
<i>Introduzione</i>	
Parte I – Pluralità culturale ed effettività della tutela	
<u>RICCARDO ARIETTI</u>	11
<i>La difficile accommodation del matrimonio musulmano non registrato nell’ordinamento britannico, tra non-marriage e non-qualifying ceremony: profili di un problema irrisolto</i>	
<u>THIAGO BURCKHART</u>	19
<i>Patrimonio culturale immateriale, interculturalità e Popoli Indigeni: uno studio comparato tra Brasile e Colombia</i>	
<u>LEURA DALLA RIVA - MARIELLA KRAUS</u>	27
<i>Multiculturalismo e Stato Costituzionale in Brasile e Bolivia: la protezione dei popoli indigeni durante la pandemia di Covid-19</i>	
<u>LUCA DI MAJO</u>	37
<i>L’Avvocato e il migrante</i>	
<u>ADRIANO DIRRI</u>	47
<i>Il living tree della giustizia riparativa canadese: diritti degli Aborigeni, Corte Suprema e tentativi di federalismo cooperativo “interstiziale”</i>	
<u>NICOLA MAFFEI</u>	59
<i>Dal duty to consult al free, prior and informed consent: verso un nuovo modello di accomodation per i popoli indigeni del Canada?</i>	
<u>FLORIANA PLATAROTI</u>	71
<i>L’effettività delle tutele nella diversità culturale: un’auspicabile valorizzazione delle differenze culturali nel rispetto dei principi fondamentali della persona</i>	
<u>MARCO RIZZUTI</u>	85
<i>Libertà individuali e “separatismo religioso” nel prisma del diritto successorio: spunti di riflessione da una legge francese e un caso giurisprudenziale greco</i>	
<u>MAYRA ANGÉLICA RODRÍGUEZ AVALOS</u>	93
<i>Gestione costituzionale della diversità nella formazione di società pluraliste: un’analisi dell’esperienza boliviana</i>	
Parte II – Ripartire dal basso: il ruolo delle autonomie locali e delle città	
<u>MATTEO AGOSTINO</u>	103
<i>Verso un (nuovo) protagonismo delle realtà locali: quali prospettive per lo stato di diritto nell’Unione europea?</i>	
<u>PAOLA COSTANTINI</u>	117
<i>I popoli indigeni della Russia settentrionale: la complessa tutela dei diritti tra normativa federale e locale</i>	

<u>SALVATORE MARIO GAIAS</u>	125
<i>L'approccio green degli enti locali in una prospettiva di trasmissibilità del bene alle generazioni future. I casi sardo e catalano in materia di ciclo-turismo sostenibile</i>	
<u>FLAVIO GUELLA</u>	131
<i>Le esperienze di promozione delle dinamiche partecipative nelle comunità minoritarie storiche della Provincia autonoma di Trento</i>	
<u>ROSA IANNACCONE</u>	141
<i>La partecipazione dei popoli indigeni e le entità substatali. Osservazioni a partire dalla Costituente cilena</i>	
<u>MARÍA GUADALUPE IMORMINO DE HARO</u>	151
<i>Analisi della protezione costituzionale locale delle popolazioni indigene e afro-discendenti in Messico da un approccio basato sui diritti umani: prospettive per un parlamento aperto?</i>	
<u>KATIA LAFFUSA</u>	157
<i>Declinare l'identità minoritaria arbëreshë sul territorio: radici ed innesti di pluralismo in ottica regionale e comunale</i>	
<u>EDIN SKREBO</u>	165
<i>La Bosnia ed Erzegovina e il recente tentativo di modifica unilaterale dell'assetto federale: alla ricerca di una quadra tra stato di diritto e autonomie locali</i>	
Parte III – Per una cittadinanza inclusiva e sostenibile	
<u>MARTA ADDIS</u>	177
<i>Cittadinanza: l'attribuzione dello status di cittadino attraverso una scuola che integra e definisce l'identità personale</i>	
<u>ENRICO CAMPELLI</u>	185
<i>La Nation-State Law e i diritti delle minoranze nell'ordinamento israeliano</i>	
<u>ELEONORA IANNARIO</u>	197
<i>La cittadinanza tra inclusione e discriminazione. Riflessioni a margine di attuali politiche di naturalizzazione</i>	
<u>LUANA LEO</u>	207
<i>"Ricostruire la cittadinanza": lo scenario comparato come punto di partenza</i>	
<u>ILARIA RIVERA</u>	217
<i>Il ruolo della scuola nel contrasto all'hate speech nella società interculturale. Educare al rispetto ed alla diversità</i>	
<u>GIULIASERENA STEGHER</u>	229
<i>A "cronometria variabile": alcune recenti tendenze in tema di cittadinanza in Francia e Italia</i>	
<u>Elenco delle Autrici e degli Autori</u>	241

INTRODUZIONE

Valentina Carlino-Giammaria Milani

Il presente volume raccoglie le riflessioni delle giovani studiose e dei giovani studiosi che hanno partecipato al *workshop* “Culture, territori e *Rule of Law*. Un approccio interdisciplinare”, svoltosi alla Certosa di Pontignano (Siena) il 17 e 18 giugno 2022 nell’ambito dei progetti PRIN 2017 “Framing and diagnosing constitutional degradation: a comparative perspective” (Principal Investigator: Prof.ssa Tania Groppi) e PRIN 2017 “Implicazioni costituzionali dei separatismi europei” (Principal Investigator: Prof. Alessandro Torre – Responsabile dell’Unità di Siena su “Separatismi, diritti delle minoranze e trasformazioni della cittadinanza”: Prof.ssa Valeria Piergigli).

Lo scopo dell’incontro era quello di riflettere in prospettiva comparata e interdisciplinare sulla pluralità delle culture e sugli strumenti concretamente idonei all’ottenimento di quella *accomodation* delle identità minoritarie che costituisce caratteristica essenziale dello stato costituzionale contemporaneo, oggi sottoposto a diverse latitudini a noti problemi di tenuta del *Rule of Law*.

Infatti, è necessario muovere dalla premessa che è la natura stessa dello stato costituzionale, intrinsecamente pluralista, a rendere necessaria una riflessione sulla convivenza pacifica di soggetti o gruppi di soggetti anche assai distanti tra loro, portatori dunque di interessi eterogenei o contrastanti, tutti valevoli di essere tenuti in considerazione, nel prisma della coesione sociale e del rispetto dell’insieme di identità e culture riconosciute dall’ordinamento. È vero che le società contemporanee occidentali sono interessate da fenomeni di trasformazione sociale e demografica tali da porre gli ordinamenti dinanzi a una sfida nuova, quella del multiculturalismo; e tuttavia, la novità in commento sarebbe da rinvenire piuttosto in termini di quantità¹, contestualizzandola al contempo rispetto all’area geografica alla quale ci si riferisce². In relazione a quest’ultimo profilo, gli imponenti flussi migratori verso il continente europeo registrati negli ultimi anni hanno senz’altro reso necessaria una riflessione in tema anche in quei Paesi modellati sullo stato-nazione su base etnica ottocentesco, esondando dunque dai confini degli Stati federali a base plurinazionale (imprescindibile, ad esempio, il rimando al Canada), ivi compresi quelli nei quali fino a pochi anni fa era l’emigrazione a preoccupare, e non invece l’ingresso di stranieri (esemplare, in questo senso, il caso dell’Italia, da contrapporsi ad esempio all’esperienza della Francia). Eppure, «sempre nell’ambito della società pluralista siamo, e il problema da risolvere resta sempre lo stesso: il mantenimento dell’unità, e con essa della convivenza pacifica, in un contesto del quale non si vuol negare il carattere plurale e in cui il principio di uguaglianza nei diritti si accompagna con il diritto ad essere diversi, nella molteplicità delle sue espressioni»³. Dunque, la questione di fondo non è nuova; piuttosto, è l’imponenza del fenomeno della società multiculturale, vale a dire la sempre crescente quantità di gruppi di soggetti che vivono sul medesimo territorio nazionale e appartengono a culture di tipo etnico, religioso o linguistico differenti tra loro⁴ a costituire la vera

¹ In questo senso T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in Id., *Menopeggio*, Bologna, 2020, spec. 398-402.

² «Si può osservare come alcune parole appaiano: il “multiculturalismo”, ad esempio, entra nel linguaggio giuridico in momenti diversi a seconda del contesto geografico considerato, spesso in relazione ai mutamenti sociali che determinano la necessità di affrontare le problematiche derivanti da una maggiore eterogeneità culturale». Così C. PICCOCCHI, *L’interculturalismo nel diritto costituzionale: una storia di parole*, in [DPCE online](#), 2, 2019, 1286.

³ T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, cit., 399.

⁴ Per una definizione di multiculturalismo si veda E. CECCHERINI, *Multiculturalismo (dir. comp.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Aggiornamento, Tomo II, Torino, 2008. Obbligato il rinvio al ricco volume di G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, che ripercorre il fenomeno del multiculturalismo con una prospettiva interdisciplinare e comparata, fornendo un panorama ampio sugli strumenti e i modelli di integrazione messi in atto in una pluralità di esperienze.

sfida dinanzi alla quale gli ordinamenti sono confrontati⁵. Alle minoranze autoctone o nazionali, comunque appartenenti alla tradizione degli Stati contemporanei, se ne aggiungono altre provenienti da oltre confine, mettendo sempre più in discussione la convivenza pacifica e democratica in seno agli ordinamenti, spesso incapaci o riottosi ad adottare strumenti normativi idonei a regolare l'accresciuta complessità sociale odierna⁶.

Ed è proprio questa acuita diversità all'interno dei singoli ordinamenti a fungere da leva per la diffusione di sentimenti populistici e "unificatori" dell'identità nazionale, risultando al contempo vittima di quella crisi democratica la cui diffusione a livello globale è oramai assai nota. La dottrina si è ampiamente soffermata sui temi della "erosione democratica"⁷, concetto variamente definito ma comunque rispondente alla medesima idea di progressivo allontanamento dai pilastri della democrazia liberale in un percorso di convergenza verso la concentrazione del potere nelle mani della maggioranza politica, i cui argini si fanno sempre più sfumati⁸. Il governo in carica risponde dinanzi al popolo, in seno al quale trova generalmente un ampio supporto, e per il popolo asserisce di agire; da qui, il concetto di populismo⁹. Vi è dunque un allontanamento dal circuito democratico-rappresentativo, che seppur non del tutto rinnegato tende a soccombere in un'ottica di valorizzazione della democrazia diretta e marginalizzazione del ruolo del parlamento, che laddove eccessivamente frammentato non sarebbe in grado di fornire risposte adeguate alle necessità dei cittadini¹⁰. In tale contesto, è evidente come il rischio di marginalizzazione delle minoranze e di affievolimento delle garanzie a tutela di queste sia assai elevato¹¹. A una società fattualmente sempre più plurale, si contrappone un'ideologia gradualmente più "omogeneizzante", non in grado – o più propriamente non vogliosa – di riconoscere le differenze endogene ed esogene presenti sul territorio e dunque, in fondo, quel carattere pluralista che intrinsecamente connota lo stato costituzionale. In un'ottica di contrapposizione tra "noi e loro", non vi è spazio per l'*accomodation* delle identità minoritarie. Ecco, dunque, che la società multiculturale, da un lato, alimenta i sentimenti nazionalisti, fomentando la distinzione tra chi appartiene alla maggioranza e chi ne differisce, risultando dall'altro lato un bersaglio degli attacchi al *Rule of Law*.

⁵ *Ex multis* si veda A. RINELLA, *La Shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2021.

⁶ V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 160.

⁷ La nota espressione è di T. GINSBURG, A.Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago-Londra, 2018, 43.

⁸ J.-W. MÜLLER, *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, 2014, in *EUROZINE*, 21 marzo 2014; T.G. DALY, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 2019; A.Z. HUQ, T. GINSBURG, *How to Loose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, 78, 2018, 79-169; L. DIAMOND, *Facing Up to the Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, 1, 2015, 141-155; J.M. BALKIN, *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*, in M.A. Graver, S. Levinson, M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, 13-28; R. FOA, Y. MOUNK, *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, in *Journal of Democracy*, 3, 2016, 5-17; N. BERMEO, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 1, 2016, 5-19; D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *UCDL Review*, 1, 2013, 189-260; J. KURLANTZICK, *Democracy in Retreat*, New Haven, 2013. Sulla concettualizzazione del fenomeno e sulla varietà delle espressioni utilizzate per inquadralo, si veda A. DI GREGORIO, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nuovi autoritarismi e democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2, 2019, 1-29.

⁹ *Ex multis* L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 6-26.

¹⁰ J.M. CASTELLÀ ANDREU, M.A. SIMONELLI, *Populism and Contemporary Democracy*, in J.M. Castellà Andreu, M.A. Simonelli (a cura di), *Populism and Contemporary Democracy in Europe Old Problems and New Challenges*, Cham, 2022, 3-4.

¹¹ *Ibid.*, 7.

Muovendo da una tale premessa, qui necessariamente semplificata, l'obiettivo delle riflessioni raccolte in questo volume è allora quello di ragionare attorno al tema della tutela delle identità minoritarie e della crisi del *Rule of Law*, considerando i problemi connessi riscontrabili a livello globale, le probabili cause e, in particolar modo, le possibili soluzioni. A tal fine, è parso opportuno identificare tre aree nelle quali declinare l'argomento, corrispondenti alle tre parti del lavoro.

La prima parte del volume si focalizza sul tema della pluralità delle culture e della effettività della tutela. Approfondendo le politiche per l'*accomodation* delle identità culturali nello stato costituzionale contemporaneo, l'obiettivo è quello di riflettere sulla nozione di pluralità nel prisma dell'effettività, guardando alla concreta attuazione degli obiettivi di convivenza pacifica e tutela delle minoranze – storiche e non – al di là di eventuali proclamazioni formali, che pure vanno considerate ove si voglia ricostruire il quadro delle garanzie costituzionalmente e legislativamente previste nei vari ordinamenti.

Si pensi, in tal senso, al caso canadese. Come evidenzia [Adriano Dirri](#) affrontando il tema dei diritti degli aborigeni nel costituzionalismo canadese, il riconoscimento di questi ultimi nel *Constitution Act* del 1982, seppur fondamentale, non è stato da solo sufficiente a rendere la tutela effettiva; è solo tramite un massiccio intervento della Corte suprema che si è potuto concretizzare lo status costituzionale dei nativi, che hanno trovato nell'organo giurisdizionale un ineludibile luogo di garanzia. In tale contesto, [Dirri](#) si interroga in particolare sul rapporto tra sovranità, multiculturalismo e federalismo, allo scopo di esplorare le possibili soluzioni al problema dei diritti dei nativi che l'organizzazione territoriale dello stato potrebbe offrire.

Nel solco del medesimo ordinamento si inserisce il lavoro di [Nicola Maffei](#). Muovendo anch'egli dall'evoluzione giurisprudenziale in tema di dovere costituzionalmente sancito di consultazione dei popoli indigeni, [Maffei](#) si interroga circa la possibilità di superare la dottrina del *duty to consult* elaborata dalla Corte suprema per sostituirla con quella del *free, prior and informed consent* rinvenibile nella Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni dell'ONU del 2007, alla quale il Canada si è vincolato. Che un nuovo strumento di tutela effettiva, forse più efficace, sia da rinvenire in una fonte originariamente esterna all'ordinamento?

E del resto, il Canada non è l'unico Paese dove la Costituzione ha tenuto in considerazione la presenza di popoli indigeni, predisponendone una qualche tutela. È altresì interessante il caso della Bolivia affrontato da [Mayra Angélica Rodríguez Avalos](#), la quale illustra il carattere plurinazionale dell'ordinamento boliviano che, nella scia del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, riconosce la diversità riscontrabile sul territorio dello Stato e prova a fornire strumenti non soltanto per tutelarla ma bensì per valorizzarla, traslandola a livello istituzionale nella composizione degli organi di governo nel prisma del pluralismo e del dialogo interculturale.

Evidentemente, il contesto latino-americano costituisce un campo di indagine privilegiato per lo studio dell'*accomodation* delle identità culturali, storicamente interessato com'è dai conflitti tra culture e identità, poi traslati sul piano giuridico e in particolare costituzionale dei singoli Paesi. È proprio tale spostamento della questione su un livello normativo a costituire il punto di partenza del lavoro di [Thiago Burckhart](#), il quale declina la nozione di dialogo interculturale in termini di tutela del patrimonio culturale immateriale dei popoli indigeni negli ordinamenti di Brasile e Colombia.

In un'ottica di continuità si pone poi il lavoro di [Leura Dalla Riva](#) e [Mariella Kraus](#), che testano la tutela dei popoli indigeni approntata a livello normativo da Brasile e Bolivia alla prova della pandemia da Covid-19, mostrando come la vulnerabilità della categoria sia stata acuita dall'emergenza sanitaria che, ponendo sotto stress gli ordinamenti, ha enfatizzato le difficoltà di un sistema di garanzie di già dubbia efficacia.

In effetti, la crisi sanitaria ha reso ancora più evidenti tutta una serie di tensioni già insite negli Stati costituzionali, tra cui quella tra l'applicazione uniforme del diritto su un territorio da parte del potere centrale e alcune forme di pluralismo giuridico a tutela delle comunità minoritarie di cui tratta [Marco Rizzuti](#), il quale si concentra in particolare sul "separatismo religioso" e il diritto successorio nella recente giurisprudenza delle Corti EDU in relazione a Francia e Grecia.

La medesima tensione tra l'individualismo degli ordinamenti occidentali contemporanei e le identità religiose dei gruppi di minoranza costituisce il fulcro del lavoro di [Riccardo Arietti](#), vertente sull'ordinamento del Regno Unito nell'intento di analizzare le modalità tramite le quali questo ha gestito il proliferare di pratiche matrimoniali religiosamente orientate non conformi al dettame statale. Come viene evidenziato, è stata principalmente la giurisprudenza nazionale a essere chiamata a fornire una risposta al problema; nel fare ciò, si è spinta sino alla creazione di una nuova categoria di matrimonio, assai lontano da quello regolato dalla legge del Paese.

Spesso, infatti, la risoluzione dei conflitti culturali è rimessa alla fase giurisdizionale, la cui dinamicità e concretezza rende avvocati e giudici protagonisti indiscussi nella gestione concreta delle problematiche connesse al pluralismo. Lo illustra bene [Luca di Majo](#), il cui contributo considera la complessità del ruolo dell'avvocato immigrazionista, la cui preparazione e competenza si rivelano componenti essenziali nel processo di integrazione del migrante. [Di Majo](#) si concentra in particolare sull'ordinamento italiano, le cui lacune in tema di tutela processuale nei casi di protezione internazionale sono evidenziate, enfatizzando quanto il compito del difensore dello straniero sia al contempo particolarmente complesso e dirimente per la risoluzione della causa.

Anche [Floriana Plataroti](#) affronta il tema dell'*accomodation* delle identità minoritarie nel prisma del processo. Evidenziando la difficile compatibilità di alcuni comportamenti tenuti dagli immigrati con le indicazioni di condotta prevalenti nella società di accoglienza, il suo lavoro si focalizza sulla nozione di reati culturalmente orientati, esaminando come la giurisprudenza italiana abbia tentato di bilanciare il rispetto delle regole poste dallo stato con la tutela dell'identità individuale e della cultura di appartenenza.

La seconda parte del volume è dedicata al ruolo delle autonomie locali e regionali nella garanzia del *Rule of Law* e della democrazia di fronte alle regressioni dello stato costituzionale, con l'obiettivo di riflettere sul ruolo che le autonomie locali possono svolgere nella ri-costruzione di una democrazia pluralista, che sappia dare risposte alle esigenze poste dalle società multiculturali, evitando involuzioni di stampo identitario che cerchino di fondare l'unità sul "nazionalismo tribale".

Alcuni Stati hanno storicamente sperimentato il problema della *accomodation* delle differenti identità all'interno dei confini nazionali, come la Bosnia ed Erzegovina. A tal proposito, il lavoro di [Edin Skrebo](#) evidenzia come, dopo il 1989, il federalismo abbia costituito uno degli strumenti possibili di ricomposizione dei conflitti etnici e identitari in seno ai processi di *state-building*, ripercorrendo in particolare l'esperienza del Paese balcanico, dove nel modellamento dell'elemento territoriale è stata assai forte l'influenza di quello etico, producendo un fragile equilibrio attualmente assai precario.

Anche la Russia, da un punto di vista costituzionale e legislativo, considera da tempo la questione della tutela delle minoranze. [Paola Costantini](#) ripercorre l'evoluzione normativa che i diritti degli indigeni hanno sperimentato dagli anni Novanta sino a oggi, riflettendo specificatamente sulle numerose popolazioni native presenti nel Nord della Federazione e sulla discrasia esistente tra le garanzie predisposte a livello formale e la realtà di un Paese dove queste vengono costantemente disattese, per arrivare a sostenere il fondamentale ruolo di alcuni governi

regionali e locali nella promozione dei diritti degli indigeni, stanti le evidenti lacune normative e applicative.

Pure l'Italia costituisce un'esperienza paradigmatica per lo studio del rapporto tra il governo locale e le minoranze, con particolare riferimento a quelle storiche. Lo testimonia il lavoro di [Flavio Guella](#), il quale analizza le esperienze di governo dei processi partecipativi dei gruppi linguistici minoritari storici radicati in Trentino, utilizzandole come caso di studio del ruolo che le autonomie locali possono giocare nel valorizzare la partecipazione dal basso ai processi democratici di quei gruppi minoritari che, data la loro esiguità, rischiano l'assorbimento e dunque la cancellazione della propria identità in contesti istituzionali più ampi.

Anche il lavoro di [Katia Laffusa](#) tratta della valorizzazione delle minoranze, nel prisma del pluralismo, tramite gli strumenti della partecipazione democratica nel sistema delle autonomie locali, evidenziando il legame tra i temi della identità culturale minoritaria e del suo radicamento territoriale e quello del *Rule of Law*. Esaminando il contesto regionale e comunale in cui è radicata la minoranza linguistica storica *arbëreshë* in Italia, [Laffusa](#) enfatizza le potenzialità delle realtà territoriali in termini di partecipazione e, dunque, dell'intimo legame tra cultura e territorio.

Un legame che si snoda a diverse latitudini e che fonda lo Stato costituzionale sin dalla sua nascita. In tal senso, [Rosa Iannaccone](#) illustra come il recentissimo processo costituente cileno, sulla scia delle esperienze di Colombia, Venezuela, Ecuador e Bolivia, stia tenendo in considerazione i temi di riconoscimento e tutela dei popoli indigeni, alla cui realizzazione può concorrere la previsione di competenze locali determinate. Cosa le esperienze ecuadoriana e boliviana possono suggerire al costituente cileno in termini di effettivo impatto del ruolo degli enti territoriali per garantire la partecipazione e rappresentazione dei nativi?

La questione è posta in termini simili da [María Guadalupe Imormino De Haro](#), la quale esaminando le costituzioni locali degli Stati federati del Messico tenta di comprendere l'eventuale impatto concreto della democrazia di prossimità sullo sviluppo democratico del Paese. Valutando l'integrazione dell'identità culturale dei popoli indigeni e afro-discendenti nel costituzionalismo locale messicano, [Imormino De Haro](#) rileva un'insufficiente effettività dei principi di partecipazione e pluralismo, sottolineando l'importanza di procedimenti decisionali il più possibile aperti, trasparenti e inclusivi.

Una valorizzazione del ruolo degli enti locali è proposta anche da [Salvatore Mario Gaias](#), che ne evidenzia tutte le potenzialità nel favorire lo sviluppo sostenibile e la tutela delle generazioni future, obiettivi ormai assorbiti da numerose costituzioni contemporanee, focalizzandosi in particolare sulle politiche di mobilità *green* in Catalogna e in Sardegna.

Infine, il lavoro di [Matteo Agostino](#) ricorda come l'importanza della democrazia di prossimità e del protagonismo di città, province, regioni e comunità autonome sia favorita anche nel contesto dell'Unione europea, che proprio con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente e alla difesa dei diritti umani stimola il coinvolgimento degli enti locali nell'applicazione di strumenti normativi esistenti ma poco effettivi, innescando un circolo virtuoso che, potenzialmente, potrebbe costituire un'ulteriore arma per combattere le sistemiche violazioni dello stato di diritto riscontrate nei Paesi membri.

La terza e ultima parte del volume affronta il tema delle politiche sulla cittadinanza e delle condizioni necessarie per costruire società più coese, sostenibili e democratiche, allo scopo di riflettere sui requisiti per l'accesso alla cittadinanza e sulle prassi seguite nei diversi ordinamenti, non soltanto in relazione al conseguimento dello status di cittadino, ma anche con riguardo alla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, indagando le modalità più opportune *de iure condendo* per una cittadinanza inclusiva e interculturale, in grado di opporsi alle pulsioni nazionalistiche, populistiche e xenofobe della società contemporanea.

A tal fine, è anzitutto necessario interrogarsi sulla nozione di cittadinanza e sul suo significato. È ciò che tenta di fare [Luana Leo](#), il cui lavoro sostiene la necessità di pensare quest'ultima non solo in termini di appartenenza bensì anche in quanto strumento di condivisione, responsabilità e rispetto. Con una prospettiva comparata, viene affrontato il tema del legame tra percezione dello straniero in seno alla società civile ed evoluzione delle normative in tema di cittadinanza, nel prisma del contesto euro-unitario.

A proposito del sentire generalizzato in un Paese rispetto alla presenza di non cittadini, è evidente la centralità che riveste in tema l'ideale di rispetto della diversità, essenziale in termini di costruzione di una società interculturale. Fondamentale, allora, il ruolo della scuola, luogo di formazione e di integrazione. È quanto sottolinea [Ilaria Rivera](#), la quale valorizza il percorso di crescita personale e relazionale che a scuola si compie, grazie al costante confronto tra studenti, studentesse e corpo docente. Con un *focus* sul tema dei discorsi di odio, [Rivera](#) si interroga sulla crescente diffusione del fenomeno in Italia, sostenendo la necessità di guardare alla scuola come possibile strumento di contrasto all'*hate speech*.

Anche [Marta Addis](#) muove dal ruolo della scuola come luogo di formazione, che nel suo lavoro analizza alla luce della proposta di legge italiana sullo *lus scholae*, per cui il completamento del ciclo scolastico quinquennale permetterebbe ai cd. migranti di seconda generazione di acquisire la cittadinanza italiana. La prospettiva è dunque quella della stretta interconnessione tra l'istruzione, strumento di formazione dell'identità personale e luogo di incontro sociale e di integrazione, e la cittadinanza, per accedere alla quale cultura e formazione divengono indispensabili.

La riforma italiana non ha ancora trovato attuazione in ragione dei forti disaccordi in tema riscontrati tra le forze politiche del Paese. Come sottolinea [Giuliaserena Stegheer](#), quello della cittadinanza è infatti un argomento assai divisivo, al punto da rendere difficile il raggiungimento di una soluzione condivisa idonea a garantire un'integrazione effettiva degli stranieri. È ciò che [Stegheer](#) sostiene tramite l'analisi delle riforme attuate o comunque tentate in Italia e in Francia, per arrivare a concludere come l'obiettivo di inclusività a cui le politiche di cittadinanza dovrebbero tendere troppo spesso soccombe agli scontri ideologici connessi ai diritti che lo status di cittadino comporta e, conseguentemente, all'incidenza che l'estensione di questo avrebbe sulle finanze pubbliche.

L'insieme delle tensioni sottese alle politiche di cittadinanza è ben evidenziato anche dal lavoro di [Eleonora Iannario](#), che ne ripercorre le più significative evoluzioni nel corso degli ultimi decenni, con specifico riferimento all'Unione europea. Ne deriva un quadro frammentato nel quale, da una parte, i criteri per ottenere lo status di cittadino divengono più stringenti, in ottemperanza di politiche di "difesa culturale", mentre dall'altra parte l'esigenza di attrarre investimenti stranieri induce a quella che [Iannario](#) definisce una "svendita" della cittadinanza europea. Un netto contrasto tra esclusione e inclusione, che dà vita a una contraddizione di non facile risoluzione.

Infine, un esempio di estremo interesse in tema è fornito dal lavoro di [Enrico Campelli](#), il quale affronta i diritti delle minoranze, le loro relazioni culturali con la maggioranza e le loro rappresentazioni identitarie nello stato di Israele, dove la minoranza arabo-palestinese risulta assai rilevante non solo in termini numerici, ma anche in ragione della collocazione giuridico-costituzionale differenziata riservatagli. Esaminando la *Basic Law* del 2018, [Campelli](#) analizza il rinnovato modello costituzionale israeliano per evidenziare quanto significativo sia il tema della cittadinanza nel Paese, aprendo allo studio delle nuove problematiche modalità di semi-cittadinanza e inclusione differenziale che pure si prospettano in altri ordinamenti del mondo.

PARTE I
PLURALITÀ CULTURALE ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

[Riccardo Arietti](#)

[Thiago Burckhart](#)

[Leura Dalla Riva - Mariella Kraus](#)

[Luca Di Majo](#)

[Adriano Dirri](#)

[Nicola Maffei](#)

[Floriana Plataroti](#)

[Marco Rizzuti](#)

[Mayra Angélica Rodríguez Avalos](#)

Riccardo Arietti*

La difficile *accommodation* del matrimonio musulmano non registrato nell'ordinamento britannico, tra *non-marriage* e *non-qualifying ceremony*: profili di un problema irrisolto**

ABSTRACT: *La critica qualificazione da attribuire al matrimonio musulmano non registrato è stata portata, negli ultimi cinquant'anni, all'attenzione della giurisprudenza del Regno Unito. Gli appartenenti alle comunità musulmano-britanniche, importando pratiche matrimoniali religiosamente orientate, si ritrovano dinnanzi alla difficile scelta tra il conformarsi al dettame statale, ovvero a quello culturale. Dal canto suo, il giudice di quel paese ha reagito piuttosto bruscamente, plasmando la nuova categoria del matrimonio inesistente: concetto, quello di non-marriage, che origina dal dato legislativo e che descrive i confini di quel matrimonio così lontano dalla regola di legge da non essere né valido, né nullo, né, tantomeno, annullabile.*

The issue of the crucial status that must be accorded to unregistered Muslim marriage has been raised to the awareness of English courts over the past half-century. The members of Muslim-British communities, while importing religiously driven marriage customs, are faced with the tricky choice between adhering to the state's dictum, or the cultural one. On its part, the British courts reacted rather harshly, modelling the fresh concept of non-existent marriage: a notion that stems from the law and describes the boundaries of marriage so far outside the statutory regulation that it is neither valid, nor null and void, nor voidable.

SOMMARIO: 1. Spazio giuridico occidentale e gestione dei gruppi minoritari – 2. Le pratiche matrimoniali delle comunità musulmano-britanniche – 3. I processi genetici della tempesta perfetta: le regole di nullità tra *Marriage Act* (1949) e *Matrimonial Causes Act* (1973) – 4. *Nikah* e corti inglesi – 5. L'epilogo della vicenda? Commenti in calce al caso *Akhter v. Khan* (2018)

1. Spazio giuridico occidentale e gestione dei gruppi minoritari

Tra gli aspetti che interessano i processi di riconoscimento delle istanze religiose – poste da specifiche formazioni sociali, all'interno dell'ecosfera giuridica occidentale – un'importanza capitale è rivestita dal diritto di famiglia, segnatamente nella sua accezione di statuto personale¹. La gelosa difesa di quest'ultimo, caro alle comunità musulmane, conduce le medesime a riprodurre fedelmente gli schemi, anche qualora la disciplina culturale collida frontalmente con quella dello Stato ospite: si pensi, per fare un esempio, al matrimonio poliginico, la cui compatibilità col retroterra culturale euro-atlantico è inveterato tema di dibattito². Lungi dall'essere prossima all'esaurirsi, la riflessione sulle modalità corrette di interfacciarsi con gruppi portatori di sensibilità distanti, talvolta notevolmente, da quelle nostrane obbliga l'operatore del diritto a intessere rapporti genuinamente bilaterali e aperti, mantenendo salda la consapevolezza

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Perugia.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Lo statuto personale ricomprende, *ratione materiae*, stato, capacità, matrimonio, divorzio, diritti e doveri coniugali, obblighi di parentela, affinità, filiazione, liberalità e successioni. Per approfondire F. Castro, G.M. Piccinelli (curr.), *Il Modello Islamico*, Torino, 2007, 27-61.

² Sull'Islam in Occidente, *ex plurimis*, D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998; M. Berger (cur.), *Applying Shari'a in the West*, Leiden, 2013; M. ROHE, *Islamic Law in Past and Present*, Leiden, 2014; A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020. Un nutrito focus sul dilemma multiculturale, che rende assai ardue le sfide della tutela nelle società permeate da diversità culturali, in P. PANNIA, *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, Padova, 2021, 31 ss.

per cui «se vogliamo capire il mondo [...] dobbiamo accettare che le regole vincolanti le comunità non sono solo quelle costruite secondo i nostri schemi»³. Se ciò avviene, i profili di un coerente processo verso una reale integrazione s'intravedono; al contrario, il tentativo di ridurre a unità le manifestazioni giuridiche proprie di società complesse genera tensioni.

Un esempio nefasto di dialogo tra culture si osserva nel totale fallimento dell'*accommodation* del matrimonio musulmano (*nikah*) in Gran Bretagna. Qui, alla luce di un rifiuto giurisprudenziale quasi crittotipico⁴ per quelle tipologie nuziali non informate al *modus* cristiano, la tendenza delle coppie musulmano-britanniche a contrarre matrimonio secondo regole confessionali ha restituito un severo cortocircuito al sistema, con le corti protagoniste dell'introduzione di una categoria matrimoniale, il *non-existent marriage* – più succintamente, *non-marriage* – che sanziona, quasi esclusivamente, il *nikah* non registrato. Sorta d'inesistenza matrimoniale, la sopradetta qualificazione vede, in effetti, le nozze cadere nel vuoto giuridico, con plateale assenza di rimedi esperibili presso la giustizia ufficiale, nonché enorme detrimento per i soggetti vulnerabili del *ménage* familiare. La rigidità dell'impianto, insensibile alla giurisprudenza sovranazionale, sconfessa risalenti moniti dalla letteratura, frustrando un'attitudine storica che, pure legata a logiche coloniali, ovvero post-coloniali, garantiva tolleranza per quelle pratiche sconosciute al diritto statale.

Ragionare sulla refrattarietà all'accettazione di forme parziali di pluralismo giuridico debole⁵, finalizzata a una gestione armoniosa del tessuto sociale, diviene molto interessante proprio perché, da una parte, consegue un esito opposto a quello sperato, contribuendo all'edificazione del *parallel legal system* degli *Sharia Councils*⁶, dall'altra non offre speranze di aggiornamento futuro dei propri canoni. Se, agli albori del nuovo millennio, Shah notava come interrogarsi su simili temi regalasse «a more general lesson of how a dominant legal system is ill-advised to attempt to impose a mono-cultural and ethnocentric regime upon a legally pluralist social base»⁷, il *trend* seguito è stato opposto.

³ L. PEGORARO, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità*, in [DPCE online](#), 2020, 42, 2, numero speciale, 815.

⁴ La definizione di crittotipo in R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, V, 1989, 39 ss. La "fobia" del sistema inglese verso regolamentazioni allogene del matrimonio affonda le sue radici nella metà del XIX secolo, a partire dal *dictum* in *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, [1866] LR I PD 130, alla luce del quale il matrimonio è definito «voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others», in quanto «the matrimonial law of (the) country is adapted to the Christian marriage». Va sottolineato, inoltre, un precedente significativo: nel caso *Ardaseer Cursetjee v. Perozeboye*, [1856] 10 Moo PC 375, il giudice negava la propria competenza a deliberare sugli effetti di un matrimonio zoroastriano, poiché «the English Ecclesiastical law is founded exclusively on the assumption that all the parties litigant are Christians». La linea penetra, con un meccanismo quasi automatico, anche la giurisprudenza successiva: riscontri in *Garthwaite v. Garthwaite*, [1964] P. 356, 388, dove si constata «[...] the ecclesiastical courts exercised their jurisdiction [...] as administering the universal law of Christian marriage». Ammesso, dunque, che non ci si trovi di fronte a un para-crittotipo, vi è un evidente fenomeno di *path dependence*: il concetto in O.A. HATHAWAY, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, in *Iowa Law Rev.*, 2001, 86, 2, 601-666; M. PRADO, M. TREBILCOCK, *Path Dependence, Development, and the Dynamics of Institutional Reform*, in *Univ. Tor. Law J.*, 2009, 59, 3, 341-380.

⁵ J. GRIFFITHS, *What Is Legal Pluralism?* in *J. Leg. Plur. Unoff.*, 1986, 24, 1-55.

⁶ Il tema non potrà essere affrontato in questa sede: si mantengano come coordinate S. BANO, *An exploratory study of Shariah councils in England with respect to family law*, Reading, 2012; G. DOUGLAS, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, *The Role of Religious Tribunals in Regulating Marriage and Divorce*, in *Child Fam Law Q.*, 2012, 24, 2, 139-157; P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli Shari'a Councils in Inghilterra*, Torino, 2020. Sulle conseguenze della produzione normativa delle corti sciaraitiche, M.C. LOCCHI, *Pluralismo giuridico e diritto comparato nelle società occidentali di immigrazione*, in S. Bagni (cur.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?* Bologna, 2017, 110 ss.

⁷ P. SHAH, *Attitudes to Polygamy in English Law*, in *Int Comp Law Q.*, 2003, 52, 2, 370 ss, che, altresì, aggiunge «this approach is quite different to that prevailing in most Western unitary states which are characterised by state legal systems that generally claim an exclusive space for legal ordering, thus acknowledging minimal, if any, space for

2. Le pratiche matrimoniali delle comunità musulmano-britanniche

Diverse motivazioni, meritevoli di essere esaminate, soggiacciono al clamoroso impatto con cui il *non-marriage* incide quando reagisce con la galassia musulmana. Muovendo dalle caratteristiche⁸ del *nikah*, è bene sottolineare come questo non sia, a differenza delle usanze giudaico-cristiane, un sacramento ma, al contempo, contratto e imperativo morale⁹. Dal punto di vista formale, non richiede di essere officiato all'interno di un luogo prestabilito, né occorre la presenza di un ministro di culto¹⁰: si aggiunga la robusta prassi di celebrare il *nikah* nell'abitazione della sposa. L'importanza e il risalto che accompagnano il matrimonio fanno sovente propendere il singolo, di fronte alla difficile scelta tra *cultural loyalty* e *state loyalty*, in favore della prima. Una patente conflittualità con le regole previste dalle leggi matrimoniali inglesi insiste proprio sulla fluidità, anche spaziale, del *nikah*: la detta peculiarità spiega, di certo, i numeri (non esaltanti) di moschee opportunamente registrate per la celebrazione, sintomatici del risicato interesse delle comunità nell'avanzare domande in tal senso¹¹. Fermi quegli aspetti inerenti al momento costitutivo del vincolo, ulteriore causa preminente di inottemperanza alle regole della legge matrimoniale è rappresentata dalla *lack of awarness* circa le stesse, testimoniata dalle ricerche empiriche: in modo speculare, un ruolo significativo è svolto dalla risicatissima familiarità delle comunità musulmano-britanniche con gli strumenti della registrazione matrimoniale, che tradisce le altrettante difficoltà che affliggono i rispettivi paesi di provenienza¹².

3. I processi genetici della tempesta perfetta: le regole di nullità tra Marriage Act (1949) e Matrimonial Causes Act (1973)

L'interazione fra la realtà descritta ed il duro sistema di nullità previsto all'interno di *Marriage Act* (1949) e *Matrimonial Causes Act* (1973) completa quella che, in dottrina, è stata definita *legal perfect storm*¹³.

nonstate ordering systems. They also tend to emphasise uniformity as a desired goal of legal development. This goal, as we see below, is ill-suited to the plural nature of Afro-Asian societies and has also caused problems in accommodating Afro-Asian legal cultures that have been reconstituting in Western societies».

⁸ Sul matrimonio musulmano J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, 1995; R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. Ferrari (curr.), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, 183 ss.

⁹ I. UDDIN, *Nikah-only Marriages: Causes, Motivations and Their Impact on Dispute Resolution and Islamic Divorce Proceedings in England and Wales*, in *Oxford J. Law Relig.*, 2018, 7, 3, 408. Nel prosieguo della disamina l'autore arriva ad ammettere: «the reality is that Muslims view the nikah as the actual contract that sanctifies their marital relationship, and this is a contributing factor to why Muslims are lackadaisical in getting a civil marriage». Si è osservato, per quanto attiene alle coppie più giovani, come il *nikah* sia visto quale convivenza "*halal*" (quindi, lecita) o "*starter marriage*": un'anticamera matrimoniale rappresentata, tuttavia, da un matrimonio a tutti gli effetti. Conformemente, A. BONE, *Islamic Marriage and Divorce in the United Kingdom: The Case for a New Paradigm*, in *J. Muslim Minor. Aff.*, 2020, 40, 1, 163-178.

¹⁰ Come illustrato in R.C. AKHTAR, *Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives*, in *Oxford J. Law Relig.*, 2018, 7, 3, 428 «[...] nikah [...] can occur anywhere, at anytime; with no specific ceremony, usually, although not exclusively, in the presence of witnesses».

¹¹ Cfr. V. VORA, *Unregistered Muslim Marriages in England and Wales: The Issue of Discrimination through 'non-marriage' Declarations*, in Y. Suleiman, P. Anderson (curr.), *Muslim and the Europe II*, Cambridge, 2016, 130.

¹² R.C. AKHTAR, *Unregistered Muslim marriages in the UK: examining normative influences shaping choice of legal protection*, in M.C. Foblets, M. Graziadei, A. Dundes Renteln (curr.), *Personal Autonomy in Plural Societies: A Principle and Its Paradoxes*, Abingdon, 2018, 144.

¹³ R. PROBERT, S. SALEEM, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in *Oxford J. Law Relig.*, 2018, 7, 3, 389.

La possibilità che potesse figurarsi, all'interno dell'ordinamento, un matrimonio inesistente, poiché sfornito di efficacia giuridica, era già ipotizzata da Jackson che, concentrandosi sulla disciplina canonistica, concludeva: «where a marriage requires a declaration before a registrar or priest, a private and secret declaration of consent does not create any kind of marriage, not even a void one»¹⁴.

Nondimeno, merita porre il giusto apprezzamento, in particolare, sulle secc. 49 del *Marriage Act* e 11(a)(iii) del *Matrimonial Causes Act*: ai sensi della regolamentazione inglese, è possibile dichiarare nullo un matrimonio ogniqualvolta i nubendi abbiano eluso le prescrizioni minime previste *ex lege*, e custodite nella prima delle disposizioni suesposte, “*knowingly and wilfully*”, dunque, in maniera consapevole e deliberata¹⁵.

Parimenti, la seconda regola aurea in materia di nullità, da combinare con la precedente, prevede che la coppia si sia sposata «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage»¹⁶. Stante che molte delle formalità imposte da questi dispositivi toccano luogo di celebrazione, qualifica del soggetto celebrante e pubblicazioni matrimoniali, siffatte condizioni di invalidità del vincolo su base squisitamente volontaria lasciano campo aperto a due domande: viene da chiedersi quale possa essere la sorte delle violazioni inconsapevoli della disciplina matrimoniale; contemporaneamente, quale soluzione quando vengono violati tutti i requisiti posti, e non solo alcuni?

In entrambi i frangenti, non vi è risposta. In nessuna delle ipotesi l'unione può essere falciata dalla nullità, dal momento che, nell'una circostanza, ne mancano i presupposti soggettivi (“*knowingly and wilfully*”), nell'altra si travalicherebbe la lettera della legge¹⁷.

In tal modo, il giudice è messo di fronte alla delicata scelta tra dichiarare il rito difforme perfettamente valido, oppure riparare verso un'alternativa: quest'ultima è proprio il *non-marriage* che, come suggerisce il nome stesso, implica l'insussistenza del vincolo, con precipitati importanti sullo *status coniugale*¹⁸.

Il *ménage* è degradato a *cohabitation*, e ciò va a comprimere cospicuamente la possibilità di tutela giurisdizionale: ne consegue l'esclusione di pronunce di divorzio o nullità; delle misure a contenuto economico proprie del *relationship breakdown*; di quelle relative alla vicenda successoria¹⁹. Il vizio, peraltro, è così patologico da rendere inutilizzabile la presunzione di matrimonio: sul punto, Probert spiega correttamente che «where a ceremony of marriage could not have created a valid marriage, the presumption cannot apply»²⁰.

La situazione mette in grave pericolo il soggetto debole della coppia, e cioè, nella maggior parte dei casi, la moglie, mentre il marito ottiene «the benefits of married life», senza sopportare «any of the financial burdens associated with its breakdown»²¹.

¹⁴ J. JACKSON, *The Formation and Annulment of Marriage*, Londra, 1969, 85.

¹⁵ Il *Marriage Act* (1949), sec. 49, recita «if any persons knowingly and wilfully intermarry under the provisions of this Part of this Act (...): segue un elenco dei vari requisiti di legge la cui deliberata violazione provoca la nullità del matrimonio.

¹⁶ *Matrimonial Causes Act* (1973), sec. 11(a) (iii): «A marriage [...] shall be void on the following grounds only, that is to say; (a) that it is not a valid marriage [...] where: [...] (iii) the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage».

¹⁷ Il divieto per il giudice di stabilire la nullità di fuori dei motivi previsti espressamente dalla legge matrimoniale è statuito nel caso *Catterall v. Sweetman*, [1845] 163 E.R. 1047.

¹⁸ Cfr. R. PROBERT, *When are we married? Void, non-existent and presumed marriages*, in *Leg. Stud.*, 2002, 22, 3, 400.

¹⁹ K. O'SULLIVAN, L. JACKSON, *Muslim marriage (non) recognition: implications and possible solutions*, in *J. Soc. Welf. Fam.*, 2017, 39, 1, 25 ss.

²⁰ R. PROBERT, *When are we married?* cit., 416.

²¹ V. VORA, *The Continuing Muslim Marriage Conundrum: The Law of England and Wales on Religious Marriage and Non-Marriage in the United Kingdom*, in *J. Muslim Minor. Aff.*, 2020, 40, 1, 152.

4. *Nikah e corti inglesi*

Cuore della disamina, l'analisi dei momenti cruciali che hanno condotto la giurisprudenza a optare per la cristallizzazione della quarta tipologia di matrimonio – affiancata a matrimonio valido, nullo e annullabile – riconsegna all'interprete tutta la criticità di cui si discorre.

Le pronunce di *non-marriage*, susseguitesi per oltre 50 anni e deflagrate negli ultimi dieci, lambiscono un'abbondante dozzina di sentenze e risultano viepiù classificabili in tre distinti filoni temporali. Decorso un lunghissimo periodo di incertezza applicativa (1966-1999), in cui l'inesistenza matrimoniale rimane teorizzata e attuata raramente, riposando in una embrionale quiescenza, la fine del XX secolo porta alla sua formalizzazione, più ricca contenutisticamente (2001-2009), per arrivare, nella contemporaneità (a partire dall'anno 2010, come si dirà *infra*) a colorarsi di eccezionale rigidità, impermeabile e insensibile alle sollecitazioni di rinnovamento.

Procedendo col dovuto ordine, a partire dal caso *R. v. Bham* (1966) vengono poste le fondamenta per la successiva impalcatura del concetto: la decisione vede il giudice rovesciare una condanna in primo grado, per la *criminal offence* prevista alla sec. 75(2)(a) del *Marriage Act*²², contro l'*imam* Usuf Arif Bham, che aveva celebrato privatamente un *nikah*. In punto di diritto, mentre la Corona ritiene la condotta punibile *tout court*, il giudice, persuaso dal precedente *R. v. Ali Mohamed* (1964)²³, stabilisce, perché si ricada nello spettro applicativo delle leggi matrimoniali, «the solemnisation of matrimony must be at least the ceremony which prima facie will confer the status of husband and wife upon those two persons»²⁴. *A contrario*, una cerimonia inadatta, *prima facie*, a conferire ai nubendi lo *status* di moglie e marito si colloca al di fuori del *Marriage Act*²⁵.

Di qui, non senza oscillazioni²⁶, il concetto di matrimonio inesistente affiora all'interno del giudizio *Gandhi v. Patel* (2001) dove, nel valutare la corretta qualificazione da attribuire a un rito del tutto sfornito dei requisiti di legge, il giudice Park ha modo di sostenere che tale cerimonia «did not give rise to a 'void marriage'», bensì «it created something which was not a marriage of any kind at all, not even a marriage which was void. It might be described as a non-marriage rather than a void marriage»²⁷. Per la prima volta, una celebrazione aliena al contesto inglese è dichiarata inesistente, piuttosto che nulla: la *ratio* alberga nella tassatività dei vincoli normativi, giacché «if a ceremony which takes place in England is to create a relationship which English law will recognise as a marriage, it must comply with the formal requirements of English law»²⁸. Il processo verso una diffusione capillare della *further category* matrimoniale diviene inarrestabile. Così, è giocoforza possibile, nella cornice di *Hudson v. Leigh* (2009), stilare un test con quattro indicatori, non esaustivi, in grado di saggiare la presenza di un *non-marriage*. Il giudice dovrà tenere debitamente conto, *case by case*, di «various factors and features [...] including particularly, but not exhaustively: (a) whether the ceremony or event set out or purported to be a lawful marriage; (b) whether it bore all or enough of the hallmarks of marriage; (c) whether the three key participants (most especially the officiating official) believed, intended and understood the

²² *Marriage Act* (1949), sec. 75(2)(a): «2. Any person who knowingly and wilfully (a) solemnizes a marriage [...] in any place other than (i) a church or other building in which marriages may be solemnized according to the rites of the Church of England, or (ii) the registered building or office specified in the notice of marriage and certificate required under Part III of this Act; [...] shall be guilty of felony and shall be liable to imprisonment term not exceeding five years».

²³ *R. v. Ali Mohamed*, [1964] 2 Q.B. 350n.

²⁴ *R. v. Bham (Usuf Arif)*, [1966] 1 Q.B. 159, par. 167 F.

²⁵ Osserva il giudice (par. 169 B): «we repeat that this sort of marriage performed by a Mohammedan, at the request of the parties, and under Islamic law cannot have been in the contemplation of the legislature».

²⁶ *Gereis v. Yagoub*, [1997] 1 FLR 854; *Chief Adjudication Officer v. Bath*, [1999] 10 WLUK 747.

²⁷ *Gandhi v. Patel*, [2002] 1 FLR 603, par. 32.

²⁸ *Ibid.*, par. 35.

ceremony as giving rise to the status of lawful marriage; and (d) the reasonable perceptions, understandings and beliefs of those in attendance»²⁹.

Le linee d'indirizzo, preordinate alla ricerca di un equilibrio tra forma e intenzioni dei coniugi, sono subitaneamente inasprite dai giudizi successivi, i quali spacchettano i criteri di *Hudson*, dando preferenza alla sussistenza della materiale *compliance* del *Marriage Act*, la cui assenza è pregiudiziale all'indagine sulle volontà delle parti. Inaugurato da *El-Gamal v. Al-Maktoum* (2011), tale *two tiered model*³⁰ impone una divisione gerarchica dei parametri da soppesare, nel senso che «it is not the law [...] where no or minimal steps are taken to comply with the Marriage Acts and so the marriage does not set out or purport to be a marriage under those Acts, that is nevertheless suffices if the participants hopefully intended or believed that the ceremony would create one»³¹.

La severità scaturita a partire dall'ultima segmentazione temporale, che raggiungerà una durezza quasi controproducente altrove³², è ad oggi in corso, nonostante la fuga in avanti nel caso *Akhter v. Khan* (2018), con l'infruttuoso tentativo di bandire definitivamente l'istituto.

5. L'epilogo della vicenda? Commenti a lato del caso *Akhter v. Khan* (2018)³³

La decisione riportata in epigrafe, ultimo tassello della ricostruzione, esemplifica al meglio la chiusura ermetica del Regno Unito rispetto alla posizione da ritagliare, nelle maglie dell'ordinamento, ai matrimoni religiosi non registrati.

Dopo una lunga e turbolenta unione, celebrata in un ristorante di Southall con rito musulmano, Nasreen Akhter agisce in giudizio per divorziare dal marito, Mohammed Shabaz Khan. La donna chiede che il vincolo sia ritenuto valido dal giudice, applicando la relativa presunzione matrimoniale, ovvero nullo, in via sussidiaria, opzione che permetterebbe a lei ed ai tre figli della coppia di ottenere adeguate misure economiche. Il marito eccepisce la sussistenza di un *non-existent marriage*, avendo il *nikah* disatteso integralmente quei criteri menzionati a più riprese. Eppure, un argomento avanzato dal difensore di Mrs. Akhter supera le barriere del formalismo descritto, agganciando l'inesistenza matrimoniale a svariati parametri ripresi dal diritto internazionale e convenzionale. In particolare, si assumono violati gli artt. 6, 8, 12 e 14 CEDU, come anche l'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione (1952) e l'art. 16 CEDAW³⁴. Alcuni di questi sono recepiti dal giudice Williams che, in precedenza, con un approccio olistico e attento ai fatti in causa, statuisce: «in every sense save for the issue of legal validity this was a marriage and a long one at that»³⁵.

Appurata l'impossibilità di impiegare la presunzione di matrimonio, il rito è inquadrato come sufficiente a far scaturire una dichiarazione di nullità, grazie a un *reasoning* largamente incentrato sulla tutela dei diritti umani.

Specificamente, l'art. 12 CEDU, concernente il diritto al matrimonio, è leso alla luce del fatto che il marito, di fronte alle richieste della moglie di regolarizzare la posizione nuziale

²⁹ *Hudson v. Leigh*, [2009] EWHC 1306 (Fam), par. 79.

³⁰ C. BEVAN, *The Role of Intention in Non-Marriage Cases post Hudson v. Leigh*, in *Child Fam Law Q.*, 2013, 25, 1, 80-95.

³¹ *El Gamal v. Al-Maktoum*, [2011] 12 WLUK 835, par. 86.

³² Si tenga a mente, quantomeno, *Dukali v. Lamrani*, [2012] EWHC 1748 (Fam), ove si rovescia la validità di un matrimonio consolare.

³³ Una brillante riflessione in P. PAROLARI, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v Khan*, in [DPCE online](#), 2019, 40, 3, 2109-2120.

³⁴ *NA v. MSK*, [2018] EWFC 54, par. 15.

³⁵ *Ibid.*, par. 29.

intraprendendo un rito civile, abbia impedito con violenza che tale eventualità si materializzasse. Oltre a ciò – vero argomento convincente – osterebbe a una pronuncia di *non-marriage* quel diritto alla tutela della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) che non è solamente assenza di ingerenza da parte dello Stato, ma riconoscimento di situazioni concrete e meritevoli di salvaguardia: nell’opinione del giudice, «article 8 supports an approach to interpretation and application which supports the finding of a decree of a void marriage rather than a wholly invalid marriage»³⁶. Si rileva, infine, il mancato rispetto del *best interest* dei figli minori, protetto dall’art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (1989).

Il *nikah* che legava Mrs. Akhter e Mr. Khan, pertanto, è *void marriage: pro futuro*, la corte auspica l’abbandono definitivo della medesima locuzione “*non-marriage*”, in favore della più neutra “*invalid marriage*”³⁷.

L’apparente rivoluzione copernicana conclude la sua corsa prematuramente, sterilizzata, due anni dopo, dall’appello, che rigetta il coraggioso punto d’innovazione posto dal primo grado. Il precedente arresto, impugnato dall’*Attorney General*, viene totalmente censurato dal collegio: il giudice di *High Court* ha erroneamente richiamato la disciplina convenzionale, stante che il valore giuridico da attribuire all’unione non può dipendere da eventi futuri. È proprio lo zoccolo duro della decisione di Williams a crollare, affermando la corte: «the fact that at the time of the Nikah ceremony both parties knew that in order to contract a legal marriage they had to go through a civil ceremony, and intended to do so, does not undermine either of those conclusions or permit reliance on Article 8 as a means to allow a flexible interpretation of s. 11 of the 1973 Act»³⁸. Al pari, spostare l’accento sugli interessi dei figli minori della coppia è altresì erroneo, rimanendo esperibili i rimedi del *Children Act* (1989), di là della qualificazione del rapporto tra i genitori³⁹. L’unico assunto salvato è il superamento della terminologia “*non-marriage*”: in luogo di utilizzare la formulazione proposta, la *Court of Appeal* parla di “*non-qualifying ceremony*”⁴⁰.

Il brusco *revirement*, come anticipato, ha frustrato la possibilità di uscire dai granitici binari che perpetrano un trattamento deteriore per i riti nuziali islamici, ancorché non registrati, tutt’ora inesistenti e spogliati di sufficienti tutele giuridiche. Al netto di una veemente presa di posizione contraria a valutare queste cerimonie nulle, il cambio di rotta non può che giungere con intervento normativo, atteso che, in assenza di provvedimenti positivi, simile soluzione pilatesca «ancorata alla regola *one law for all* e a obiettivi di uguaglianza formale, finisce per condurre a un risultato discriminatorio in concreto»⁴¹.

³⁶ *Ibid.*, par. 80. L’applicazione del *non-marriage* risulta offensiva verso chi contrae matrimonio religioso non seguito da un rito civile, poiché «those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term “non-marriage” applied to them».

³⁷ *Ibid.*, par. 81, lo stesso sostiene che «whilst there may be a risk of confusion between void, voidable and invalid it seems to me preferable to use the expression invalid marriage to describe a situation which is none of the other three». Per questo motivo, «the expression non-marriage should be reserved only to those situations such as acting or children playing where there has never been any intention to genuinely create a marriage». Ampie note in F. CRANMER, *Does an unregistered nikah wedding give rise to a valid marriage, a void marriage or a non-marriage?* in *J. Soc. Welf. Fam.*, 2019, 41, 1, 96-99; R.C. AKHTAR, *From ‘non-marriage’ to ‘non qualifying ceremony’*, in *J. Soc. Welf. Fam.*, 2020, 42, 3, 384-387.

³⁸ *Ibid.*, par. 116.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *HM Attorney General v. Akhter*, [2020] EWCA Civ 122, par. 64.

⁴¹ Così M.F. CAVALCANTI, *Le interazioni tra ordinamento giuridico e ordinamento islamico: pluralismo giuridico e marital captivity nel Regno Unito e nei Paesi Bassi*, in [DPCE online](#), 2022, 50, numero speciale, 1431-1453.

Thiago Burckhart*

Patrimonio culturale immateriale, interculturalità e Popoli Indigeni: uno studio comparato tra Brasile e Colombia **

ABSTRACT: Il contributo intende analizzare comparativamente le esperienze brasiliane e colombiane di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (PCI) dei Popoli Indigeni. Le ipotesi sono le seguenti: a) la tutela giuridica del PCI in entrambi i paesi è intesa non solo come un modo di riconoscimento della diversità culturale, ma anche come una “politica interculturale”, in grado di mediare e prevenire i conflitti culturali ed etnici; e, b) le esperienze brasiliane e colombiane nella salvaguardia del PCI delle popolazioni indigene indicano che il PCI è un importante strumento per la promozione del dialogo interculturale. Come conclusioni parziali, c’è la conferma delle ipotesi di ricerca, ma si sottolineano i limiti del processo di patrimonializzazione della cultura.

The aim of this article is to comparatively analyze the experiences of Brazil and Colombia regarding the protection of the intangible cultural heritage (ICH) of Indigenous Peoples. The hypotheses are as follow: a) the legal protection of the ICH is understood not only as a form of recognition of cultural diversity, but also as an “intercultural policy”, capable of mediating and preventing cultural and ethnic conflicts; and, b) Brazilian and Colombian experiences in safeguarding indigenous peoples’ ICH indicate that ICH can be an important tool for promoting intercultural dialogue. As partial conclusions, there is confirmation of the research hypotheses, but it emphasizes the limits of the process of patrimonialization of culture.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Popoli Indigeni in Brasile e Colombia: la rinascita dell’indigenismo – 3. La protezione del PCI in Brasile e Colombia – 4. PCI, dialogo interculturale e Popoli Indigeni in Brasile e Colombia – 5. Conclusione

1. Introduzione

La storia politica del Sud America è caratterizzata da diversi conflitti nel riconoscimento del pluralismo culturale e delle identità culturali marginalizzate. In tale contesto, la “*questione indigena*” è stata al centro di questo fenomeno. Dagli anni ‘80 e ‘90, tuttavia, l’*empowerment* del movimento indigeno – sia nell’ambito internazionale che in quello nazionale in Sudamerica – ha spinto le sue istanze politiche nella sfera giuridica, in particolare in quella *costituzionale*, spianando la strada verso il riconoscimento – anche se spesso in modo *parziale* oppure *fragile* – della cultura indigena nell’ambito istituzionale, soprattutto a partire della Costituzione del Brasile del 1988 e di quella colombiana del 1991.

Allo stesso modo, l’intensificazione del processo di “*politicizzazione della cultura*” fu anche caratterizzata dalle critiche delle forme tradizionali di patrimonializzazione della cultura, verso la sua conseguente espansione. In questo modo, la promulgazione della *Convenzione UNESCO sulla Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale* (2003) rinforza – in Brasile – ed estende – in Colombia – la tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale (PCI). La formulazione ed attuazione delle politiche pubbliche sul PCI ampliano i meccanismi giuridici e politici di accomodazione delle identità culturali, specie quelle dei Popoli Indigeni.

Tenendo conto di ciò, il contributo intende analizzare comparativamente le esperienze brasiliane e colombiane di salvaguardia del PCI dei Popoli Indigeni. Partendo dai testi

* Dottorando di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

costituzionali, l'articolo cerca dimostrare le simmetrie ed asimmetrie, somiglianze e differenze nell'ambito della tutela del PCI, e la sua relazione con la protezione della diversità culturale, con particolare attenzione ai popoli indigeni. L'analisi si svolge nell'ambito del diritto pubblico comparato, in una prospettiva complessa in cui si privilegia lo studio del diritto come "politica costituzionale"¹.

La scelta di questi due paesi si basa su almeno tre fattori rilevanti: 1) entrambi appartengono allo stesso "ciclo costituzionale", in cui possono essere considerate nell'*avantgarde* del "nuovo costituzionalismo latinoamericano", soprattutto per quanto riguarda la tutela della diversità culturale; 2) hanno entrambi sistemi costituzionali paragonabili nel campo della tutela della diversità culturale e dei diritti dei popoli indigeni, giacché i processi costituenti sono state segnate da un'ampia partecipazione indigene; e, 3) hanno entrambi un numero simile di popolazione indigene in termine di quantità, e inoltre, popolazioni che si assomigliano dal punto di vista delle sue istanze e delle problematiche politiche. Dunque, la comparazione di queste esperienze può mettere luce sui recenti sviluppi e sfide comuni nel campo del costituzionalismo democratico latino-americano, nonché a sottolineare forme particolare di concepire la politica di tutela del PCI.

Le ipotesi sono le seguenti: a) la tutela giuridica del PCI in questi due paesi è intesa non solo come un modo di riconoscimento della diversità culturale, ma anche come una "politica interculturale", in grado di *mediare* e *prevenire* i conflitti culturali ed etnici; e, b) le esperienze brasiliane e colombiane di salvaguardia del PCI delle popolazioni indigeni indicano che il PCI sia un importante strumento per la promozione del dialogo interculturale.

2. Popoli indigeni in Brasile e Colombia: la rinascita dell'indigenismo

Dagli anni 1970/80, il movimento indigeno latino-americano si è consolidato, con notevoli riflessi nel campo politico e giuridico – come accaduto soprattutto in Brasile e Colombia. Infatti, come rimarca l'antropologa Manuela Carneiro da Cunha, «fino agli anni '70, i popoli indigeni, si presumeva, non avevano né futuro né passato»². In quel momento, il futuro li era negato a causa delle prognosi che li attribuiva l'assimilazione irreversibile e la sua inesorabile estinzione, mentre il suo passato ne era pure in ragione della reticenza degli storici e antropologi, che per motivi teorici e metodologici hanno esitato a calpestare le sabbie mobili e finora poco esplorate della storia, etnografia e etnologia indigena.

In questo contesto, partendo della necessità di affermare l'identità culturale indigena nella sfera pubblica, l'indigenismo si è particolarmente rinnovato in gran parte del subcontinente. Invero, l'indigenismo può essere inteso come un movimento ampio e nazionalista, formulato in Messico e appresso diffuso in tutte le Americhe, che mira la difesa e valorizzazione dei popoli indigeni³, attraverso l'attuazione delle politiche pubbliche, inclusione politica e riconoscimento dei diritti. Con protagonismo essenzialmente *statale*⁴ e inclinazione *integrazionista* in un primo momento, l'indigenismo ha spinto la creazione di istituzione specifiche per la protezione e

¹ Il concetto "politiche costituzionali" è inteso nel senso stabilito da Gustavo Zagrebelsky, Milena Petters Melo e Michele Carducci, che lo inferiscono come la somma delle azioni realizzate dai vari attori – sociali, politici e anche del terzo settore – rivolte a dare vita alla Costituzione. Per più dettagli, v.: G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mitte: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; M.P. MELO, M. CARDUCCI, R. SPAREMBERGER, *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*, Curitiba, 2016

² M.C. DA CUNHA, *Cultura com aspas e outros ensaios*, São Paulo, 2009, 125.

³ R. STAVENHAGEN, *Los pueblos originarios: el debate necesario*, Buenos Aires, 2010, 38-45.

⁴ In tale senso, questo lavoro si avvicina al concetto di indigenismo elaborato dall'antropologa Alcida Ramos: A. RAMOS, *Indigenism: ethnic politics in Brazil*, Madison, 1998.

integrazione dei popoli indigeni a metà del ventesimo secolo⁵. Tuttavia, è soltanto dalla rinascita e “empowerment” dell’indigenismo negli anni ‘70 e ‘80 – e le sue ripercussioni giuridiche nel nuovo ciclo costituzionale latino-americano⁶ – in cui si può dire che ha avuto un cambiamento di asse nella sua grammatica, influenzato dal crescente processo di “politicizzazione della cultura”⁷.

La Costituzione brasiliana del 1988 ha inaugurato un nuovo ciclo costituzionale in America Latina. Tra le sue innovazioni, si prevede un capitolo specifico sui diritti dei popoli indigeni in cui riconosce la loro organizzazione sociale, costumi, lingue, credenze e tradizioni, oltre ai diritti originali sulle terre che tradizionalmente occupano (art. 231). Allo stesso modo, il testo impone allo Stato il dovere di proteggere le manifestazioni delle culture popolari, indigene ed afro-brasiliane, e quelle di altri gruppi partecipanti del processo di costruzione della civiltà nazionale (art. 215, § 1°). La Costituzione Politica colombiana del 1991 anche riconosce i diritti dei popoli indigeni, in cui prevede che la Colombia è uno Stato multiculturale e plurale (art. 1), imponendone l’obbligo di proteggere la diversità etnica e culturale della nazione (art. 7). Ciò implica la tutela dell’integrità culturale, sociale, economica e ambientale (art. 80), delle lingue e dell’istruzione bilingue (art. 10) ed il rispetto allo sviluppo dell’identità culturale indigena (68). Si prevede anche alle terre indigeni uno status politico diverso, con certo grado di autonomia politico-amministrativa (art. 286).

Queste trasformazioni hanno istigato la ristrutturazione delle istituzioni e politiche pubbliche rivolte ai popoli indigeni in entrambi i paesi. In Brasile, il riconoscimento costituzionale dei diritti dei popoli indigeni ha spinto il rinnovamento istituzionale della *Fundação Nacional do Índio*, che è l’autarchia federale in cui si attuano le politiche indigene. Anche in Colombia i cambiamenti sono evidenti. Benché non abbia un’istituzione specifica e autonoma per formulare ed attuare la politica indigene – che è la responsabilità della *Dirección de Asuntos Indígenas* del Ministero dell’Interiore –, furono create: la *Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, la *Comisión Nacional de Territorios Indígenas* e la *Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas*⁸. Partendo di queste trasformazioni si può parlare di una vera “rinascita” dell’indigenismo in entrambi i paesi, non fondato su una prospettiva “assimilazionista” o “integrazionista”⁹, ma, almeno teoricamente, fondato sul dialogo con la diversità culturale.

3. La protezione del PCI in Brasile e Colombia

La menzionata “rinascita” dell’indigenismo in America Latina è avvenuta parallelamente alle istanze politiche per il riconoscimento della dimensione immateriale del PCI nelle rispettive sfere nazionali. Il rapporto storico e complesso tra Stato e popoli indigeni, segnato da profonde tensioni e avversità nell’ambito della legittimazione del pluralismo culturale e della loro identità culturale – e le recenti trasformazioni che seguono in senso inverso – mettono in rilievo il PCI come una nuova possibilità di *riconoscimento*, sebbene talvolta precaria, di queste identità. In tal senso, il potenziamento di una specifica “cittadinanza patrimoniale” allargata nel contesto latino-

⁵ Come nel caso del Brasile, con la creazione del *Serviço de Proteção aos Índios* (SPI), nel 1910.

⁶ Sul punto cfr. R. FAJARDO, *Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, in M.B. Lopez (cur.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006.

⁷ Cfr. S. BENHABIB, *Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global*, Traducido por Alejandra Vassallo, Buenos Aires, 2006.

⁸ Create attraverso i Decreti n° 1.396 e n° 1.397 del 1996.

⁹ Per capire la differenza tra *assimilazionismo* e *integrazionismo*, cfr. O. VILLAS BÔAS FILHO, *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*, in E. Bittar (cur.), *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*, São Paulo, 2003, 284.

americano – che ha storicamente privilegiato gli elementi patrimoniali legati alla colonizzazione europea – ha favorito il *redesign* della cittadinanza culturale in generale¹⁰.

Dunque, la Costituzione brasiliana del 1988 fu una delle pioniere in tutto il mondo nel riconoscimento formale del “patrimonio culturale immateriale” (art. 216), in cui si sottolinea il patrimonio culturale come elemento di riferimento all’identità, all’azione e alla memoria dei diversi gruppi che formano la società brasiliana (art. 216). La Costituzione anche stabilisce un elenco non esaustivo di pratiche che possono essere considerate patrimonio culturale brasiliano¹¹, e impone al Potere Pubblico, in collaborazione con la società, il dovere di promuoverlo e proteggerlo attraverso le forme giuridicamente previsti (art. 216, § 1°). La costituzionalizzazione del patrimonio culturale brasiliano ha quindi spinto lo sviluppo e attuazione di una politica pubblica per quanto riguarda la tutela del PCI, già nel 2000 – *Decreto Presidencial n. 3.551/2000* – in cui si garantisce l’*enforcement* del dispositivo costituzionale.

Va sottolineato che la menzionata politica pubblica precede la promulgazione della *Convenzione per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale* dall’UNESCO del 2003. Perciò, si può dire che la Convenzione ha *rafforzato* le dinamiche interne di salvaguardia del PCI, ampliandone verso la dimensione internazionale. In Colombia, invece, si osserva un afflusso inverso. La Costituzione colombiana del 1991 non prevedeva formalmente la protezione del PCI, ma l’articolo 72 impostava un ampio concetto di patrimonio culturale. Pertanto, la ratifica della Convenzione UNESCO del 2003 ha promosso lo sviluppo e l’attuazione di una politica pubblica per quanto riguarda la protezione del PCI. Dopo la ratifica, la Colombia ha approvato la Legge n. 1.185/2008, che modifica la *Ley General de Cultura* (Legge n. 397/1997), includendone la protezione del patrimonio immateriale¹². In tal senso, il PCI fu più dettagliatamente disciplinato in Colombia dai Decreti n. 763/2009 e 2.941/2009, che stabiliscono i poteri di ogni istituzione e autorità responsabili sul PCI, le forme di finanziamento e, inoltre, i chiarimenti concettuali sulle categorie centrali della politica – *Piano di Salvaguardia e Registro*, ad esempio – abilitando la sua attuazione. Nel caso brasiliano, invece, il *Decreto Presidencial n. 3.551/2000* aveva già istituito il *Programa Nacional do Patrimônio Imaterial*, in cui si disciplinano i meccanismi da rendere efficace la politica pubblica. Ciò ha permesso l’attuazione della politica sin dalla promulgazione del Decreto Presidenziale, ed il primo PCI fu riconosciuto già nel 2002. Dunque, si evince che l’inclusione della tutela del PCI in Brasile e Colombia sono avvenute in momenti diversi del loro sviluppo istituzionale e giuridico. Infatti, il Brasile ha una forte tradizione nella tutela del patrimonio culturale che risale alla formazione del *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional* (IPHAN) nel 1937¹³ – che è ancora in funzionamento – e che ha attuato diverse politiche rivolte alla protezione del patrimonio “materiale” nel paese. Influenzato dal movimento modernista brasiliano, in particolare dal pensiero di Mário de Andrade¹⁴, la tutela del patrimonio culturale spianò la strada per creare e proiettare un’identità nazionale propria.

¹⁰ Sul punto, cfr. M. LIMA FILHO, *Patrimonial Citizenship*, in *Vibrant*, 2019; M. CHAUI, *Cidadania cultural: o direito à cultura*, São Paulo, 2021.

¹¹ Ai sensi dell’art. 216: «I – le forme di espressione; II – i modi di creare, fare e vivere; III – le creazioni scientifiche, artistiche e tecnologiche; IV – le opere, oggetti, documenti, edifici e altri spazi per manifestazioni artistico-culturali; V – le aree urbane e siti di storico, paesaggio, valore artistico, archeologico, paleontologico, ecologico e scientifico» (mia traduzione).

¹² Sul punto, per un’analisi cronologica, cfr. M.A. PÉREZ, *A quién y qué representa la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la nación en Colombia?* in *Boletín de Antropología*, 2013; J. L. MEJÍA, *Política para la gestión, protección y salvaguardia del patrimonio cultural*, in *Compendio de Políticas Culturales*, Bogotá, 2015.

¹³ Cfr. R.P. TEVES, *Experiencias y políticas de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en América Latina*, in R.P. Teves (cur.), *Experiencias y políticas de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en América Latina*, Cusco, 2010.

¹⁴ Cfr. M.P.J. FUENZALIDA, *A trajetória do patrimônio cultural imaterial: política de proteção e formação de um discurso*, Brasília, 2018, 46.

La Colombia, invece, non ha avuto la stessa storia di tradizione in questo campo. Sebbene abbia avuto iniziative nell'ambito della ricerca e sistematizzazione del suo patrimonio culturale durante il ventesimo secolo, è soltanto a partire dagli anni '80 che si è svolta una politica pubblica incentrata sul patrimonio culturale "materiale"¹⁵. Altresì, è dalla promulgazione della Costituzione del 1991 che il paese ha attuato delle politiche culturali generali in modo sistematico, e ha stabilito delle istituzioni rivolte alla sua protezione¹⁶.

Queste differenze e singolarità nazionali permettono di comprendere più accuratamente l'enforcement del "diritto al patrimonio culturale immateriale"¹⁷ in ogni paese, evidenziando il suo *modus operandis*.

4. PCI, dialogo interculturale e Popoli Indigeni in Brasile e Colombia

Invero, varie sono le differenze tra le politiche del PCI in Brasile e Colombia che possono essere sottolineate: 1) in Colombia una legge nazionale può riconoscere un particolare PCI, mentre che in Brasile la procedura formale di riconoscimento rientra nella competenza del Potere Esecutivo; 2) in Colombia, l'inclusione del PCI nella *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Nación* (LRPCIN) richiede un previo Piano Strategico di Salvaguardia; mentre in Brasile, l'inclusione del PCI in qualsiasi libro rappresentativo implica l'elaborazione del Piano di Salvaguardia *a posteriori*; 3) in Brasile, la partecipazione dei cittadini è centrale nel *Programa Nacional de Patrimônio Imaterial*, intanto che in Colombia il concetto di "*representatividad*" ha una rilevanza significativa. Altresì, in Colombia non esiste un'istituzione nazionale specifica che si occupa della tutela del patrimonio culturale – come l'*IPHAN* in Brasile – e, pertanto, c'è una maggiore polverizzazione delle responsabilità rispetto al Brasile – sebbene il *Grupo de Patrimonio Cultural Inmaterial*, vincolato al Ministero della Cultura, sia l'istituzione direttamente responsabile della sua salvaguardia.

Tuttavia, si può anche mettere in rilievo un punto in comune fra i due sistemi: *l'utilizzo del PCI come strumento per riconoscere e valorizzare la diversità culturale e accomodare le identità culturali, in particolare quelle relative ai popoli indigeni*. La Convenzione UNESCO del 2003 sottolinea già nel Preambolo il rapporto tra il PCI e la diversità culturale ed evince il ruolo svolto dei popoli indigeni nella produzione, salvaguardia e mantenimento del PCI, che contribuisce all'arricchimento della diversità culturale¹⁸. Pertanto, la concessione del PCI in questo senso comporta in considerarlo non soltanto come un "diritto culturale" o una "politica culturale", ma come una politica "*interculturale*". Cioè, non solo come un modo per proteggere la diversità culturale, ma come un meccanismo in grado di *mediare* e *prevenire* i conflitti etnici e culturali – nonostante i suoi limiti.

In tal senso, concepire la politica del PCI come una politica interculturale implica in sottolineare che il suo riconoscimento è caratterizzato da un dialogo interculturale complesso, una *negoziante istituzionale simbolica*, che coinvolge le comunità, gli eventuali mediatori – antropologi, ricercatori, Università, organizzazioni non-governative, tra gli altri – e lo Stato. Questo processo può essere segnato da tensioni spesso inevitabili, ma tende ad essere autentico se guidato dal riconoscimento reciproco e dalla creazione di sinergie all'interno della loro uguaglianza

¹⁵ Cfr. R.P. TEVES, *Experiencias y políticas*, cit.

¹⁶ Cfr. R.P. TEVES, *Experiencias y políticas*, cit.

¹⁷ In effetti, si può parlare di un "diritto al patrimonio culturale immateriale", sul punto cfr. E. STAMATOPOLOU, *International framework of Cultural Rights*, Ciudad de México, 2018.

¹⁸ Anche se non tutti gli Stati concepiscono la formulazione e attuazione del PCI in questi termini.

e differenza¹⁹. Altresì, è una politica interculturale giacché deve mettere allo stesso livello le diverse culture ed epistemologie all'interno dello Stato, e permettere la più ampia partecipazione nel processo di costruzione del senso di nazionalità in questi paesi.

La protezione del PCI è, quindi, un processo di "creazione di identità"²⁰ – in particolare dell'identità culturale "nazionale" –, oppure come un elemento di identità che raggruppa e riafferma l'essere umano²¹. Comunque, va anche sottolineato che la sua protezione può essere un strumento per *mediare* e *prevenire* i conflitti culturali. Cioè, la salvaguardia di ciascuno PCI non protegge soltanto l'*elemento specifico*, ma salvaguardia la *comunità stessa*, come nota Valdinar Hafstein²². Seguendo il suo argomento, il processo di salvaguardia può essere inteso come un "trattamento" – in analogia alle cure mediche – di una certa epidemia – il PCI – che non ha cura, ma è controllato attraverso le misure che si riferiscono alla "documentazione", "identificazione", "promozione", e altre possibili metodologie²³. Perciò, la salvaguardia degli elementi può assumere una dimensione preventiva dei conflitti culturali, eppure mediare i conflitti già esistenti – come avviene più chiaramente con i popoli indigeni del Brasile e della Colombia.

I popoli indigeni brasiliani e colombiani sono effettivamente minoranze etniche in entrambi i contesti nazionali, e rappresentano circa l'1% della popolazione brasiliana e circa il 4% di quella colombiana²⁴. Tuttavia, nonostante siano minoranze, fanno parte della costituzione storica e soprattutto *simbolica* dell'immaginario nazionale – qualcosa che si verifica nei paesi americani in generale – specie in modo *folklorico*. In questo senso, il riconoscimento degli aspetti delle loro culture come elemento del PCI nazionale è un passo importante verso il superamento della nozione, a volte stigmatizzata, della cultura indigena come "*folklore*", ed il suo riconoscimento come effettivo elemento costitutivo dell'identità nazionale di questi paesi allo stesso livello di altre matrici culturali che hanno influenzato la costruzione della nazione, attraverso un *métissage* culturale.

Dall'attuazione delle politiche di salvaguardia del PCI in Brasile e Colombia, sono già riconosciute quattro pratiche culturali indigene in ciascun paese, a livello nazionale²⁵. In Brasile, il primo PCI incluso in un libro del registro fu il "*Arte Kusiva: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi*", ufficialmente dichiarata come tale nel 2002, inclusa nel "*Livro dos Saberes*". Allo stesso modo, sono state anche incluse il "*Ritual Yaokwa*" del popolo "*Eawanê Nawaeê*", nel "*Livro das Celebrações*", nel 2010; il "*Ritxòkò: expressão artística e cosmológica do Povo Karajá*", nel "*Livro das Formas de Expressão*", nel 2012; e, il "*Tava: lugar de referência para o Povo Guarani*", nel "*Livro dos Lugares*", nel 2014. In Colombia, uno dei primi patrimoni immateriali incluso nella "*Lista Representativa Nacional*" era anche legato ai popoli indigeni: il "*Sistema Normativo de los Wayuus, aplicado por el Pütchipü'üi*", nel 2010. Altresì, sono stati anche riconosciuti "*Los conocimientos tradicionales de los Chamanes Juguare de Yurupari*" nel 2011; il "*Bëtscaté: dia*

¹⁹ Cfr. B. DE S. SANTOS, *Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade*, in *Revista Direitos Humanos*, 2009, 2, 17-18.

²⁰ Cfr. C. BORTOLOTTI, *Le trouble du patrimoine culturel immatériel*, in C. Bortolotto (cur.). *Le patrimoine culturel immatériel: enjeux d'une nouvelle catégorie*, Paris, 2011.

²¹ Cfr. L.C. BELTRÁN, *El Patrimonio Cultural Inmaterial y la Ley de Víctimas: una herramienta para la restitución del tejido social en las regiones*, in *Apuntes*, 2011.

²² Cfr. V. HAFSTEIN, *Intangible heritage as a list: from masterpieces to representation*, in L. Smith, N. Akagawa (curr.), *Intangible Heritage*, London, 2009.

²³ V. HAFSTEIN, *Intangible heritage as diagnosis, safeguarding as treatment*, in *Journal of Folklore Research*, 2015.

²⁴ Secondo i dati presentati nell'ultimo rapporto di *The Indigenous World 2022*, disponibili in [The Indigenous World](#).

²⁵ Va ricordato che la politica di protezione PCI sia in Brasile, uno Stato Federale, che in Colombia, uno Stato Unitario, è decentralizzata, in modo che le entità che costituiscono i rispettivi stati (Unione, Stati e Comuni in Brasile; Dipartimenti e Comuni in Colombia) possono anche stabilire altre Liste specifiche.

grande de la tradición Camëntsá”, nel 2014; ed il “*Sistema de conocimientos ancestral de los cuatro Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta*”, nel 2019.

Come sottolinea l’antropologo colombiano Martín Andrade Pérez, i popoli indigeni colombiani ricevono positivamente l’inclusione del loro patrimonio immateriali nella lista rappresentativa nazionale, dato che «han visto en ella una oportunidad para recibir mayor apoyo por parte de los gobiernos nacinoales en diferentes campos (recursos económicos, turismo, apoyo institucional, etc)»²⁶. Analogamente, l’antropologo brasiliano Antonio Augusto Arantes Neto enfatizza che l’obbligo dello Stato brasiliano di stabilire un canale di dialogo con le comunità storicamente emarginate, com’è il caso dei popoli indigeni, per il riconoscimento e salvaguardia del loro patrimonio culturale immateriale ha spinto l’*empowerment* di questi popoli²⁷.

È comunque chiaro che l’utilizzo del PCI come strumento per accogliere le identità culturali, mediare e prevenire i conflitti, abbia dei limiti. Ciò perché non tutte le pratiche culturali possono essere riconosciute come tale, nonché molte comunità indigeni, per diverse ragioni, non esprimono il loro consenso e volontà per farlo. Altresì, la salvaguardia del PCI può anche comportare dei conflitti, le “*etnopolíticas de la memoria*”, come sottolinea Pablo Gómez-Montanez²⁸, in cui si stabilisce un campo conflittuale e ideologico che riproduce il conflitto per la gestione della memoria, della legittimità del passato e la definizione di nuove identità sociale e culturale.

Nonostante le tensioni costitutive del processo di salvaguardia del PCI, talvolta inevitabili, è ancora evidente che la salvaguardia del PCI sia un importante meccanismo di dialogo interculturale nelle dinamiche di relazione tra Stato e comunità, soprattutto per quanto riguarda i popoli indigeni in Brasile e Colombia, e può essere utilizzato come *un meccanismo efficace per trasformare* questa dinamica.

5. Conclusione

La comparazione tra Brasile e Colombia sulla tutela del PCI dimostra che: 1) sebbene entrambi i paesi hanno avuto percorsi distinti nell’affermazione delle loro politiche culturali e patrimoniali, hanno pure sviluppato sistemi efficaci di protezione del PCI; 2) nonostante le differenze negli aspetti singolari in ogni sistema giuridico, è notevole l’accento messo da entrambi sulla preservazione della diversità culturale nei processi di riconoscimento e salvaguardia del PCI – che vanno oltre al riconoscimento delle identità culturale indigene; e, 3) ciò permette di concepire l’effettiva tutela del PCI come un modo per approfondire il *dialogo interculturale* all’interno dello Stato-nazione, in particolare per quanto riguarda la costruzione del senso di nazione e, quindi, accogliere le identità culturale, mediare e prevenire i conflitti culturali, come avviene in Brasile e Colombia.

Il menzionato “accento” sulla legittimazione della diversità culturale attraverso il PCI, può essere spiegata dalla singolare realtà sociale di questi paesi, fortemente segnata da una pluralità di culture, etnie e *métissage* culturale, che spinge a comprendere la “cultura” nell’ambito della “diversità”. Dunque, le ipotesi di questa ricerca si sono confermate, ma va sottolineato anche i limiti dei processi di patrimonializzazione della cultura, visto che non possono essere estesi a tutte

²⁶ M.A. PÉREZ, *A quién y qué representa la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la nación en Colombia?* cit., 55.

²⁷ Cfr. A.A. ARANTES NETO, *A salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil*, in A.E. Barrio, A. Motta, M.H. Gomes (curr.), *Inovação cultural, patrimônio e educação*, Recife, 2010.

²⁸ Cfr. P. GÓMEZ-MONTÁNEZ, *Patrimonio y etnopolíticas de la memoria: el pasado como aparato ideológico en la Fiesta del Zócan en el Tiempo del Sol de Sogamoso*, in *Antipoda: Revista de Antropología y Arqueología*, 2011.

le pratiche culturali ed a tutti i popoli indigeni di questi territori nazionali. Pertanto, si riconosce che il PCI è “uno” specifico modo per accogliere le identità culturali, mediare e prevenire i conflitti culturali. Cioè, una possibile metodologia da utilizzare per tali scopi – ed evidentemente non l’unica.

Va notato, comunque, che entrambi i paesi hanno subito profonde trasformazioni politiche interne che incidono direttamente o indirettamente sulla tutela del PCI. La Colombia ha vissuto per decenni con un conflitto armato che anche dopo un Accordo di Pace, tenuto nel 2016, si trova odiernamente con diverse sfide per effettivamente superarlo, ma che identifica nella protezione del patrimonio culturale immateriale un modo per ripristinare il tessuto sociale. Il Brasile, però, è stato immerso in una crisi politica almeno dal 2016, che ha innescato anche verso una crisi costituzionale, con il discutibile processo di *impeachment* dell’ex Presidente Dilma Rousseff, e in processi frammentati di degradazione costituzionale e “decostituzionalizzazione” dei diritti culturali. Ciò richiederà dalla società, e soprattutto dai Popoli Indigeni brasiliani, la capacità di risignificare il patrimonio culturale nazionale, al fine di proiettarlo anche come un modo di ripristinare il tessuto sociale.

Leura Dalla Riva - Mariella Kraus*

Multiculturalismo e Stato Costituzionale in Brasile e Bolivia: la protezione dei popoli indigeni durante la pandemia di Covid-19**

ABSTRACT: L'obiettivo dell'articolo è di analizzare la protezione del multiculturalismo nello Stato Costituzionale in Brasile in prospettiva comparativa con la Bolivia durante la pandemia di Covid-19. Nell'ambito della teoria costituzionale e sulla base di una concezione del diritto della politica costituzionale, questa ricerca utilizza la procedura bibliografica, il metodo dell'approccio deduttivo e una prospettiva comparativa tra Brasile e Bolivia.

The aim of the paper is to analyze the protection of multiculturalism in the Constitutional State in Brazil in a comparative perspective with Bolivia during the Covid-19 pandemic. In the field of the constitutional theory and based on a conception of the law of constitutional policy, which is important to use the bibliographic procedure, the deductive approach method and a comparative perspective between Brazil and Bolivia.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I diritti dei popoli indigeni in Brasile e Bolivia: dal multiculturalismo al plurinazionalismo – 3. Popolazioni indigene e conflitti politici e giuridico-costituzionali in Brasile e Bolivia durante la pandemia di Covid-19 – 4. Conclusione

1. Introduzione

Questa ricerca mira ad analizzare la protezione del multiculturalismo nello Stato Costituzionale in Brasile in prospettiva comparativa con la Bolivia durante la pandemia di Covid-19, adottando la divisione di Raquel Fajardo sul costituzionalismo pluralista in America Latina, che ha tre cicli principali: (1) costituzionalismo multiculturale dal 1982 al 1988, compresa la Costituzione brasiliana del 1988; (2) costituzionalismo pluriculturale dal 1989 al 2005; e (3) costituzionalismo plurinazionale dal 2006 in poi, come il testo boliviano del 2009.

In questo contesto, Brasile è un paese continentale che ha circa 250 gruppi etnici e 150 lingue e dialetti, ma negli ultimi anni i popoli indigeni hanno affrontato conflitti politici con il governo federale. La Bolivia, nonostante abbia una grande popolazione indigena, ha anche avuto, durante la pandemia Covid-19, conflitti politici tra i movimenti indigeni e il governo nazionale a causa della mancanza di politiche volte a proteggere questi popoli.

Alla luce del costituzionalismo pluralista latino-americano, la domanda è fino a che punto i conflitti tra i popoli indigeni e lo Stato durante la pandemia di Covid-19 caratterizzano un'involuzione dello Stato Costituzionale nei paesi studiati. Nel campo della teoria costituzionale e sulla base di una concezione del diritto come politica costituzionale, questa ricerca utilizza la procedura bibliografica, il metodo di approccio deduttivo e una prospettiva comparativa tra Brasile e Bolivia.

In primo luogo, verranno presentati i diritti dei popoli indigeni previsti nel sistema costituzionale brasiliano e boliviano, contestualizzandoli nel costituzionalismo latino-americano e nelle sue fasi. Vengono poi affrontati i conflitti politici e giuridico-costituzionale osservati tra i popoli indigeni dei paesi studiati durante la pandemia Covid-19, dato che questo fu un periodo di grande tensione. Infine, si verifica come questi conflitti impattano sulla dinamica dello Stato Costituzionale in Brasile e Bolivia.

* Dottoranda di ricerca di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

2. I diritti dei popoli indigeni in Brasile e Bolivia: dal multiculturalismo al plurinazionalismo

Per molto tempo i sistemi giuridici latinoamericani non sono stati studiati a fondo perché non erano considerati originali, ma semplici “imitazioni difettose” dei modelli europei occidentali¹. La stessa America Latina è stata considerata un continente “fuori dalla storia”, perché la storia comunemente narrata sull’emergere della Modernità nasconde un mito eurocentrico dello sviluppo, che lascia fuori soprattutto l’America Latina e l’Africa a favore di un concetto di “centro” della storia mondiale. Così, la “periferia” dell’Europa è servita come spazio per l’espansione del capitalismo centrale e per il suo beneficio².

Nonostante questa “eredità comune”, alcuni popoli originari sono riusciti a sopravvivere ai processi di “civiltà” imposti dai colonizzatori e hanno conservato la loro cosmologia e cultura. È in questo contesto che i Paesi con una considerevole popolazione contadina e indigena (come l’Ecuador e la Bolivia) sono riusciti, all’inizio del XXI secolo, a introdurre nei testi costituzionali più recenti concetti propri dei loro popoli, come il *Buen Vivir*, i diritti della natura (della *Pacha Mama*) e il plurinazionalismo³. In questo senso, l’originalità dei sistemi giuridici latino-americani, che si sono allontanati dalla cultura giuridica occidentale al punto che «l’area latino-americana sai transitata dalla famiglia romano-germanica a quella dei sistemi ibridi o misti»⁴.

Per quanto riguarda il costituzionalismo in America Latina, Serena Baldin evidenzia tre cicli principali che si sono sviluppati nel continente. Il primo, si è sviluppato soprattutto a partire dal primo decennio del Novecento e sarebbe stato caratterizzato da un carattere liberale, dall’istituzione di repubbliche e da conflitti tra popoli autoctoni la cui cultura sarebbe stata annientata dall’imposizione della proprietà privata individuale, in quanto l’ideologia degli Stati nascenti si basava sulla presunzione dell’unità del corpo sociale e sull’offuscamento delle differenze. Il secondo ciclo del costituzionalismo nel continente, secondo Baldin, nella prima metà del XX secolo, sarebbe stato segnato dal riconoscimento dei diritti sociali e dall’apertura al pluralismo sociale attraverso il riconoscimento della classe operaia come soggetto politico ed economico, con la costituzione messicana del 1917 come principale punto di riferimento⁵.

Il terzo ciclo, a partire dalla seconda metà del XXI secolo, sarebbe stato caratterizzato dal multiculturalismo, dalla partecipazione democratica e “dall’emergere degli indigeni”: «Il periodo è connotato dalla presenza di nuove identità ed espressioni etniche, dalle domande e dalle rivendicazioni autoctone per ottenere l’autonomia. Il loro fine è di esaltare l’autodeterminazione, inverteandosi nel diritto a determinare liberamente il proprio statuto politico e a perseguire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, come sancito a livello internazionale»⁶.

A partire dalla fine del XX secolo, emerge in America Latina il cosiddetto nuovo costituzionalismo, un movimento che, secondo L. Pegoraro, ha mantenuto le caratteristiche teoriche del neocostituzionalismo europeo, ma non coincide totalmente con esso, avendo una serie di specificità del contesto latino-americano, concetti culturali e filosofici molto diversi da quelli che ispirano il neocostituzionalismo (e il costituzionalismo in generale)⁷. Secondo Silvia

¹ S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*. Torino, 2019, 35-36. Anche su questo argomento cfr. C. CRAWFORD, D.B. MALDONADO, *Constitutionalism in the Americas. Studies in comparative law and legal culture*, Cheltenham-Northampton, 2018

² E. DUSSEL, 1492. *O encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade*, Petrópolis, 1993, 19.

³ E. BUONO. *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*. Napoli, 2022.

⁴ S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 52.

⁵ S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 46-49.

⁶ S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 50.

⁷ R.M. DALMAU, R.V. PASTOR, C. STORINI, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza*, Santiago de Chile, 2021; e L. PEGORARO, *Diritto, diritto comparato, altre*

Bagni, si possono individuare queste specificità del contesto americano «nella partecipazione popolare all'esercizio del potere, in primis nello stesso processo costituente, nell'interculturalità e in una nuova visione dei rapporti fra l'uomo e la natura, che sta a fondamento, in alcuni casi ma non in tutti, del (tentativo di) adesione a nuovi modelli economici»⁸.

Per quanto riguarda in particolare l'aspetto culturale del nuovo costituzionalismo latino-americano, importa richiamare la divisione proposta da Raquel Fajardo Yrigoyen⁹, sulla cui base si sarebbero svolte le seguenti tre fasi:

1. *Costituzionalismo multiculturale*: fase della diversità culturale che si è verificata negli anni '80 ed è caratterizzata soprattutto dal riconoscimento della pluralità delle lingue. Spiccano le Costituzioni del Guatemala (1985), del Nicaragua (1987) e del Brasile (1988). In questa fase, il multiculturalismo si rafforza con la domanda di diritti degli indigeni e il riconoscimento dell'identità culturale e dei loro diritti individuali e collettivi. In questo paradigma, si ammette l'esistenza di diverse culture singolari che, tuttavia, non hanno necessariamente un legame, in una logica culturale dominante (egemonica) vigente che non si caratterizza come una costruzione che proviene da questi popoli¹⁰.

2. *Costituzionalismo pluriculturale*: fase di pluralismo culturale che inizia negli anni Novanta e che è segnata dalla promulgazione delle Costituzioni di Colombia (1991), Messico (1992), Ecuador (1998) e Venezuela (1999), nel contesto della Convenzione 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e del riconoscimento delle tradizioni e delle pratiche indigene, nonché di una giurisdizione indigena per la risoluzione di conflitti specifici.

Come spiega Walsh, pluriculturale e multiculturale sono termini descrittivi che servono a caratterizzare situazioni diverse e indicano l'esistenza di più culture in un determinato luogo, cercando il loro riconoscimento, la tolleranza e il rispetto. Secondo Walsh: «*El "multi" tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión relacional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. Actualmente es de mayor uso global, orientando políticas estatales y transnacionales de inclusión dentro de un modelo de corte neoliberal que busca inclusión dentro del mercado. El "pluri", en cambio, es término de mayor uso en América del Sur; refleja la particularidad y realidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco-mestizos y donde el mestizaje y la mezcla racial han jugado un papel importante*»¹¹.

3. *Costituzionalismo plurinazionale*: è iniziato soprattutto dal nuovo millennio, con le Costituzioni dell'Ecuador (2008) e della Bolivia (2009). Si caratterizza per la ricerca della pluralità e del protagonismo della cultura indigena con un'ampia partecipazione popolare alle agende politiche e la positivizzazione dei diritti dei popoli originari, proponendo la rifondazione degli Stati in una prospettiva di decolonizzazione¹²¹³. Si tratta di un processo costituzionale con una

scienze nello studio del nuevo constitucionalismo e del buen vivir andino, in S. Baldin, M. Zago (curr.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014, 390.

⁸ L. PEGORARO, *Diritto, diritto comparato, altre scienze, cit.*, 390.

⁹ R.Z.F. YRIGOYEN, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, in C. Garavito (cur.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2012. Anche in questo senso Cfr. E. BELLO, *A ciudadanía no constitucionalismo latino-americano*, Caxias do Sul, 2012, 90.

¹⁰ G. LEONEL JÚNIOR, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: un estudio sobre Bolivia*. Brasília, 2015, 97.

¹¹ C. WALSH, *Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*, Bogotá, 2008, 140

¹² Il progetto di costituzione cileno votato nel settembre di quest'anno sembrava andare nella stessa direzione, ma il testo non è stato approvato. Cfr. S. BAGNI, «*Era un gioco, non era un fuoco*». *Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in [DPCE online](#), 3, 2022.

¹³ Sulla questione decoloniale nella Costituente boliviana del 2009, cfr. F.R. TUDELA, *Constitución y deconstrucción*, La Paz, 2018.

significativa partecipazione popolare, per questo gli autori lo chiamano “*nuevo constitucionalismo latinoamericano*”¹⁴ o “*constitucionalismo achado na rua*”¹⁵.

Sulla base della classificazione proposta da Raquel Z. Fajardo Yrigoyen, si può notare che la Costituzione brasiliana del 1988 è presentata come una delle pietre miliari del costituzionalismo multiculturale, mentre la Costituzione della Bolivia del 2009 è caratterizzata dal riconoscimento dell’interculturalità e della plurinazionalità¹⁶.

La Costituzione brasiliana del 1988 stabilisce come dovere dello Stato quello di proteggere le manifestazioni delle culture indigene e afrobrasiliane (art. 215, §1). Nel capitolo dedicato agli “*índios*”¹⁷. Il testo brasiliano protegge il multiculturalismo stabilendo che i popoli originari (art. 231) «hanno la loro organizzazione sociale, i loro costumi, le loro lingue, le loro credenze e le loro tradizioni, e i diritti originari sulle terre che tradizionalmente occupano»¹⁸. Sulla rilevanza del testo costituzionale brasiliano del 1988 per i popoli indigeni, T. R. Burckhart sottolinea che «Il riconoscimento formale dei diritti ottenuto attraverso la Costituzione ha un valore simbolico per quanto riguarda la questione indigena. Da una realtà segnata dall’anonimato politico, i popoli indigeni hanno iniziato a essere riconosciuti come “soggetti politici” e “oggetti di diritti” sulla base della riaffermazione della loro etnia come componente politica e culturale centrale»¹⁹.

La Costituzione della Bolivia del 2009, a sua volta, si spinge oltre, istituendo uno Stato plurinazionale e interculturale di pluralismo linguistico, economico, politico, giuridico e democratico²⁰. Il testo boliviano prevede all’articolo 98 che «l’interculturalità è lo strumento per la coesione e la convivenza armonica ed equilibrata fra tutti i popoli e le nazioni. L’interculturalità si manifesta nel rispetto delle differenze e nell’eguaglianza delle condizioni» (art. 98)²¹. L’interculturalità, così, è stata elevata dalla Costituzione della Bolivia (2009) al livello di principio costituzionale e pertanto: «[...] implica riconoscere l’espressione e la convivenza della diversità culturale, istituzionale, normativa e linguistica, e l’esercizio dei diritti individuali e collettivi. Configurare istituzioni plurinazionali è un’opera che comporta la decostruzione delle logiche coloniali anche nell’alveo dell’amministrazione della giustizia, dove spetta al Tribunale costituzionale plurinazionale il compito di spezzare quelle prassi che riproducono schemi frutto del pensiero egemone»²². In questo senso, Raquel Z. Fajardo Yrigoyen sostiene che le costituzioni del XXI secolo si iscrivono esplicitamente in un progetto di decolonizzazione, affermando principi come il pluralismo giuridico, la dignità dei popoli e delle culture e l’interculturalità. Per Yrigoyen, la costituzione boliviana traduce questi principi in conseguenze istituzionali stabilendo la parità tra la giurisdizione indigena e quella ordinaria²³.

¹⁴ L. PEGORARO, *Diritto, diritto comparato, altre scienze*, cit.

¹⁵ Espressione che può essere tradotta come “costituzionalismo trovato per strada”: G. LEONEL JÚNIOR, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit.

¹⁶ Per ulteriori informazioni sulla questione della plurinazionalità in Bolivia cfr. R. MAYTA, *Jurisdicción indígena y colonialidad jurídica en la Bolivia plurinacional: desafíos de la autodeterminación indígena*, Foz do Iguaçu, 2021.

¹⁷ Il testo costituzionale brasiliano del 1988 adotta il termine “*índios*”, espressione utilizzata al momento della sua promulgazione. Attualmente si preferisce utilizzare il termine “popoli indigeni” o “originari” per riferirsi alle culture originarie delle Americhe. T. BURCKHART, *Direitos indígenas e jurisdição constitucional: uma análise crítica do caso Raposa Serra do Sol*, Florianópolis, 2019.

¹⁸ Cfr. T. BURCKHART, *Direitos indígenas e jurisdição constitucional*, cit., 20

¹⁹ Traduzione nostra. T. BURCKHART, *Direitos indígenas e jurisdição constitucional*, cit., 25.

²⁰ E. BUONO, *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*, Napoli, 2022.

²¹ Per ulteriori informazioni sul costituzionalismo boliviano dal 2008, cfr. G. LEONEL JÚNIOR, *The ten years of the constitution of the plurinational state of Bolivia: resisting between the pandemic and a coup*, in *Revista Culturas Jurídicas*, 8, 2021.

²² Per ulteriori informazioni sulle specificità dell’ordinamento costituzionale boliviano, Cfr. S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 87-138;

²³ R.Z.F. YRIGOYEN. *El horizonte del constitucionalismo pluralista*, cit., 9.

Non si parla più solo di multiculturalismo, ma di interculturalismo, che nasce come una nuova proposta paradigmatica per il rapporto tra Stato e società nell'ambito della gestione della pluralità insita nei diversi contesti sociali, consentendo di rendere possibile la comprensione culturale tra due culture, epistemologie e visioni del mondo diverse, aprendo la strada alla comprensione reciproca tra diversi attori culturali²⁴.

Tuttavia, sebbene la legge brasiliana e boliviana abbiano riconosciuto nel suo testo costituzionale una concezione rilevante del multiculturalismo e al plurinazionalismo, rispettivamente, esistono ancora oggi pratiche nella sfera pubblica e giudiziaria che sono incompatibili con queste idee proposte e incoraggiate dal testo costituzionale.

3. Popolazioni indigene e conflitti politici e giuridico-costituzionali in Brasile e Bolivia durante la pandemia di Covid-19

Il periodo tra il 2020 e il 2021 è stato uno dei peggiori scenari sanitari del mondo contemporaneo, a causa della pandemia Covid-19. Da ovest a est, dal nord al sud globale, nessuna popolazione è uscita indenne da un virus dai sintomi drastici. Oltre a sintomi di salute come respiro corto, affaticamento, perdita dell'olfatto e del gusto, questa pandemia ha portato anche sintomi di crisi politico-istituzionale, giuridico-costituzionale e democratica.

In alcuni Paesi, come Brasile e Bolivia, questa crisi ha lasciato tracce e segni anche sullo Stato costituzionale. Questo perché, di fronte alla condotta del Potere Pubblico nella gestione della pandemia in ognuno dei Paesi, ci sono state vittime non solo del virus Covid-19, ma anche della disinformazione e delle accuse di genocidio, come nel caso del Brasile. In questo modo, è stato possibile percepire che questa pandemia ha messo in evidenza un attore politico che nell'ultimo periodo era in relativa perdita di protagonismo: lo Stato²⁵.

Ci sono alcune comunità che, a causa di condizionamenti sociali, culturali e biologici, hanno subito un impatto più acuto, come le popolazioni indigene dell'Amazzonia brasiliana che, per tutto il 2020, hanno registrato alti tassi di contagio e di letalità a causa della Covid-19²⁶. In Bolivia, le popolazioni indigene hanno sofferto per la mancanza di assistenza medica, di cibo, per le precarie condizioni sanitarie e per la difficoltà di accesso alle informazioni su come infettare e prevenire il virus²⁷.

La pandemia di coronavirus ha avuto un impatto sulle dinamiche delle relazioni sociali, politiche e legali nella maggior parte dei Paesi. Nel caso del Brasile, una delle regioni più colpite è stata l'Amazzonia, che corrisponde a 5.034.740 km², pari al 59,1% del territorio brasiliano, dove vivono 170 gruppi etnici in 422 terre indigene riconosciute dallo Stato brasiliano²⁸.

Nella zona rurale, più dell'80% dell'area occupata dai popoli indigeni contiene foreste, per un totale di 330 milioni di ettari, di cui 173 milioni di ettari sono foreste intatte. Inoltre, il 45% delle foreste intatte del bacino amazzonico si trova in territori indigeni. Le aree occupate dalle popolazioni indigene rappresentano il 35% della superficie forestale dell'America Latina, e la maggior parte di esse si trova in Brasile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Messico, Argentina e Perù²⁹.

²⁴ T. BURCKHART, *Direitos indígenas e jurisdição constitucional*, cit., 187.

²⁵ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas na Amazônia brasileira durante a pandemia de covid-19: medidas jurídicas nacionais e internacionais*, in [Revista Jurídica Unicuitiba](#), 2020, 235-260.

²⁶ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 5.

²⁷ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*, 2020, 39-40.

²⁸ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 6.

²⁹ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*, cit., 29.

È importante sottolineare che queste popolazioni svolgono un ruolo fondamentale nella conservazione delle foreste e nella valorizzazione dell'agrodiversità, poiché si avvalgono delle loro conoscenze tradizionali sulla coltivazione della terra e sulle pratiche di conservazione. Per questo motivo, i popoli indigeni sono agenti della sostenibilità sociale e ambientale dell'intero pianeta, considerando le interazioni sistemiche della vita in una prospettiva ecologica³⁰.

La popolazione indigena della Bolivia rappresenta il 49,3% della popolazione totale, con circa 119 gruppi indigeni diversi. Secondo l'OMS, al 19 ottobre 2020 nel Paese sono stati segnalati 139.710 casi e 8.463 decessi dovuti al covid-19. L'Ufficio del Difensore Pubblico (Defensoria del Pueblo) ha testimoniato che il 43% di questa popolazione vive nei centri urbani, in situazioni di povertà ed esclusione sociale e che la pandemia è arrivata nel bel mezzo di una crisi politica e istituzionale, che ha portato molti gruppi indigeni a mobilitazioni di strada³¹.

In Bolivia, dal marzo 2020, il governo ha adottato una serie di misure economiche palliative, ma nessuna di queste misure ha stabilito disposizioni specifiche per le popolazioni indigene, che hanno dovuto spostarsi dai territori più remoti ai centri abitati per accedere ai sussidi, anche con i conseguenti rischi di contagio³².

La Commissione Internazionale per i Diritti Umani ha espresso preoccupazione per la mancanza di assistenza medica, di accesso alle attrezzature di biosicurezza e di cibo, oltre che per le precarie condizioni sanitarie e per il contagio preesistente tra le petroliere che operano nei territori indigeni, e ha esortato il governo a coordinare risposte efficaci e culturalmente appropriate per sviluppare misure di prevenzione, contenimento, diagnosi, trattamento e alimentazione, tra le altre, e per evitare le attività estrattive nei loro territori³³.

Un altro fattore aggravante nella risposta del governo boliviano alla pandemia nei confronti delle popolazioni indigene riguarda la mancata incorporazione di una variabile di autoidentificazione etnica nei dati epidemiologici ufficiali, così come l'assenza di protocolli di biosicurezza o di trattamento dei morti con un approccio interculturale. Inoltre, non ci sono informazioni sullo stato di avanzamento della pandemia nelle popolazioni indigene o nei loro territori a livello governativo, il che dimostra che lo Stato non ha tenuto conto delle popolazioni indigene quando ha pianificato la risposta alla crisi sanitaria, violando così i loro diritti³⁴.

L'accesso alle informazioni sulla pandemia è una preoccupazione centrale per le organizzazioni indigene in Bolivia; in assenza di misure statali, più di 400 donne indigene di La Paz, Oruro, Potosí e Cochabamba, appartenenti al *Centro de Desarrollo Integral de la Mujer Aymara* (CDIMA), hanno creato campagne di informazione orientate alla comunità³⁵.

In questo periodo di crisi, i popoli indigeni hanno dimostrato notevoli capacità tecniche di dare visibilità all'impatto della pandemia sui loro territori e sulle loro popolazioni; infatti, mentre molti governi si sono dimostrati riluttanti a disaggregare i dati in base ai popoli di appartenenza, le organizzazioni indigene di diversi Paesi stanno monitorando costantemente la situazione, combinando i dati ufficiali con i rapporti delle comunità. In Bolivia, data l'invisibilità delle popolazioni indigene nelle statistiche ufficiali della Covid-19, il Comitato Nazionale di Coordinamento per la Difesa dei Territori Indigeni Contadini e delle Aree Protette (CONTIOCAP) ha

³⁰ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 6.

³¹ S. Mota (cur.), *Povos indígenas e o enfrentamento à pandemia de covid-19: experiências internacionais*, Brasília, 2020.

³² Opinión. *Indígenas no tienen cómo cobrar bonos y se ven obligados a salir de sus territorios*, La Paz, 30 jun. 2020.

³³ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*, cit., 39-40.

³⁴ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*, cit., 39-40.

³⁵ M. HUANCOLLO, *400 mujeres explican en aymara y quechua los riesgos y medidas por COVID-19*, in *La Razón*, 2020.

consolidato le informazioni fornite dai leader delle comunità per fornire informazioni sui casi di Covid-19 registrati³⁶.

Per quanto riguarda il Brasile, anche il trattamento riservato alla protezione delle popolazioni indigene durante la pandemia di Covid-19 merita attenzione e studio, soprattutto dal punto di vista del diritto costituzionale. Sulla base del confronto costituzionale nell'asse euro-americano, il Brasile è un Paese che garantisce un alto livello di protezione costituzionale dei diritti dei popoli indigeni, in quanto la Costituzione brasiliana del 1988 dedica il Capitolo VIII (artt. 231 e 232) specificamente ai diritti dei Popoli Indigeni, riconoscendo la loro organizzazione sociale, i loro costumi, le loro lingue, le loro credenze e le loro tradizioni, nonché i diritti originari sulle terre che occupano tradizionalmente³⁷.

Tuttavia, nonostante il testo costituzionale lo protegga, il contesto dei diritti dei popoli indigeni è diverso, poiché il modo grave in cui lo Stato brasiliano ha trattato le popolazioni indigene del Paese durante la pandemia di Covid-19 ha rischiato di essere denunciato dal Presidente della Repubblica, Jair Bolsonaro, alla Corte Penale Internazionale (CPI).

Il 7 luglio 2020 il Parlamento brasiliano ha approvato la legge 14.021/2020, che prevede misure di protezione sociale per prevenire il contagio e la diffusione del Covid-19 nei territori indigeni; stabilisce misure di sostegno per le comunità *quilombola*, i pescatori artigianali e altri popoli e comunità tradizionali per affrontare il Covid-19; e crea anche il Piano di emergenza per affrontare il Covid-19 nei territori indigeni.

Questo "Piano di emergenza per la lotta alla COVID-19 nei territori indigeni" mira a garantire l'accesso alle forniture di base per il mantenimento delle condizioni di salute delle popolazioni indigene e per il trattamento e il recupero delle persone infette. Tra le misure di competenza dell'Unione³⁸ vi sono l'accesso universale all'acqua potabile, la distribuzione gratuita di medicinali, materiale igienico, pulizia e disinfezione delle superfici per le comunità indigene (ufficialmente riconosciute o meno), la partecipazione di squadre multiprofessionali di salute indigena, l'accesso a test rapidi, la fornitura di letti ospedalieri d'emergenza, la fornitura di punti internet nei territori indigeni per consentire l'accesso all'informazione al fine di evitare lo spostamento delle popolazioni indigene verso i centri urbani e l'elaborazione e la distribuzione di materiale informativo sui sintomi della Covid-19 con linguaggio accessibile³⁹.

Purtroppo, questa legge che stabilisce disposizioni per salvaguardare la salute e la sopravvivenza delle popolazioni indigene durante l'emergenza sanitaria ha avuto 14 (quattordici) veti da parte dell'Esecutivo federale per quanto riguarda le disposizioni che obbligano il governo a garantire alle popolazioni indigene, tra l'altro: l'accesso all'acqua potabile; l'accesso agli aiuti economici di emergenza per le persone con poche risorse durante la crisi di Covid-19; la distribuzione gratuita di prodotti per la pulizia, internet e cibo⁴⁰; obbligo per lo Stato di organizzare l'assistenza a media e alta complessità nei centri urbani e il follow-up differenziato dei casi che coinvolgono gli indigeni; fornitura di emergenza di letti ospedalieri e di terapia intensiva; obbligo di acquistare o rendere disponibili ventilatori e macchine per l'ossigenazione del sangue; inclusione delle popolazioni indigene nei piani di emergenza per i pazienti gravi delle segreterie municipali e statali, che hanno persino obbligato il Sistema Sanitario Unico brasiliano a registrare e notificare la dichiarazione di razza e colore (rendendo difficile l'identificazione delle popolazioni indigene trattate presso il SUS); obbligo di produrre materiali informativi sui sintomi del covid-19

³⁶ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*, cit., 35.

³⁷ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 8.

³⁸ È opportuno precisare che la Federazione brasiliana è suddivisa nelle seguenti entità: Unione (ambito federale), Stati federali (ambito regionale) e municipi (o comuni, ambito locale).

³⁹ M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 11.

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. CEPAL, *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*, cit., 40.

in vari formati con traduzione e linguaggio accessibile; distribuzione di cesti alimentari di base, sementi e strumenti agricoli alle famiglie indigene⁴¹.

Considerando che questa legge è stata promulgata solo nel luglio 2020 e che ha subito diversi veti, è possibile capire come lo Stato brasiliano sia stato lento nell'adottare misure di protezione delle popolazioni indigene durante la pandemia di Covid-19. Questo ritardo e l'inadeguatezza delle misure legali adottate hanno generato interrogativi sulla responsabilità personale del capo dell'esecutivo federale.

Sono state presentate denunce alla Corte Penale Internazionale (CPI) contro l'attuale Presidente della Repubblica, tra cui due denunce che riguardano direttamente le popolazioni indigene e che accusano il Presidente di aver commesso "crimini contro l'umanità" e "incitamento al genocidio": una presentata nel luglio 2020 dalla rete sindacale UniSaúde e un'altra presentata nel gennaio 2021 da *Cacique Raoni*, un importante leader indigeno brasiliano⁴².

In relazione a queste denunce, Daisy Ventura, specialista del rapporto tra pandemie e diritto internazionale, afferma che in relazione alla popolazione brasiliana in generale si configura il crimine di sterminio (articolo 7, lettera b, dello Statuto di Roma) e che il caso specifico delle popolazioni indigene può essere tipizzato come crimine di genocidio (articolo 6, dello Statuto di Roma), entrambi considerati crimini contro l'umanità⁴³.

Il crimine di sterminio è l'assoggettamento intenzionale a condizioni di vita che possono causare la distruzione di una parte della popolazione, che lo stesso Statuto di Roma esemplifica con la privazione dell'accesso al cibo e alle medicine, come è avvenuto in Brasile. Inoltre, il governo brasiliano ricade anche nella fattispecie penale del genocidio per aver causato gravi danni fisici o mentali ai membri di un gruppo (le popolazioni indigene), sottoponendo il gruppo a condizioni di esistenza in grado di provocare una distruzione fisica parziale o totale, caratterizzando il genocidio delle popolazioni indigene⁴⁴.

Un altro punto importante da sottolineare nel caso del Brasile è che la Corte Suprema Federale è stata attivata in causa attraverso un'azione di inadempimento di un precetto fondamentale (ADPF 709) presentata dall'Articolazione dei Popoli Indigeni del Brasile (Apib), che mette in discussione l'omissione dello Stato e il peggioramento della situazione pandemica nelle popolazioni indigene. Questa azione è considerata molto importante perché per la prima volta è stata riconosciuta la legittimità delle popolazioni indigene a presentare un'azione legale in questa istanza del potere giudiziario. In una decisione preliminare, il Ministro Luís Roberto Barroso ha stabilito che l'Unione deve adottare misure per affrontare la pandemia su diversi fronti⁴⁵.

Pertanto, si può osservare che le popolazioni indigene hanno subito gravi conflitti politici e giuridico-costituzionali nella risposta di entrambi i Paesi alla Covid-19. Sia il Brasile, con gravi denunce del Presidente della Repubblica davanti alla Corte Penale Internazionale (CPI), sia la Bolivia, considerata uno Stato modello nella protezione delle sue popolazioni indigene, non hanno gestito le loro politiche sanitarie contro la pandemia Covid-19 rispettando i diritti e le garanzie fondamentali di questi gruppi vulnerabili.

⁴¹ E. BRUM, *Há indícios significativos para que autoridades brasileiras, entre elas o presidente, sejam investigadas por genocídio*, in *El País, Brasil*, 2020.

⁴² M.P. MELO, T. BURCKHART, *Direitos de povos indígenas*, cit., 11.

⁴³ E. BRUM, *Há indícios significativos*, cit.

⁴⁴ E. BRUM, *Há indícios significativos*, cit.

⁴⁵ A. PONTES ET AL., *Pandemia de Covid-19 e os povos indígenas no Brasil: cenários sociopolíticos e epidemiológicos*, in G. MATTA ET AL., *Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia*, Rio de Janeiro, 2021, 123-136.

4. Conclusione

Il problema di ricerca presentato in questo lavoro è: fino a che punto i conflitti tra i popoli indigeni e lo Stato durante la pandemia di Covid-19 caratterizzano un'involuzione dello Stato Costituzionale nei paesi studiati.

Dalla panoramica costituzionale e dai contesti brasiliano e boliviano durante la pandemia di Covid-19, si può concludere che la protezione del pluralismo cultural e dei diritti dei popoli indigeni è direttamente collegata ai principi fondamentali della democrazia e dello Stato costituzionale, perché la mancanza di rispetto per la cultura, i territori e le tradizioni dei popoli indigeni danneggia la forza normativa della Costituzione, la sovranità dello Stato e, soprattutto, della popolazione.

Alla luce di queste analisi, si può osservare che sia la Bolivia (considerata uno Stato modello in termini di protezione dei suoi popoli indigeni), sia il Brasile, hanno avuto gravi conflitti politici e giuridico-costituzionali nella risposta di entrambi i Paesi alla Covid-19. Di conseguenza, i popoli indigeni sono vulnerabili non solo al virus che ha causato la pandemia, ma anche privi di protezione da parte dello Stato stesso che, sulla base dei principi costituzionali fondamentali, dovrebbe proteggere questi popoli come mezzo non solo per garantire i loro diritti, ma anche per salvaguardare il loro patrimonio culturale e la loro diversità attraverso la protezione di questi popoli originari.

Durante la ricerca per questo articolo il Presidente del Brasile è Jair Bolsonaro, ma nell'ottobre 2022 si sono svolte le elezioni presidenziali, dove è stato eletto l'ex Presidente del Brasile nel 2002, rieletto nel 2006, per occupare la poltrona della Presidenza della Repubblica dal 1° gennaio 2023. Luiz Inácio Lula da Silva ha vinto le elezioni con programmi più strettamente legati alla protezione dell'ambiente e delle popolazioni indigene. Pertanto, sebbene questo fatto non modifichi il contenuto della ricerca, in quanto si concentra sul periodo relativo alla sola pandemia, vale la pena di menzionarlo per contestualizzare lo scenario politico in transizione.

Luca Di Majo*
L'Avvocato e il migrante**

ABSTRACT: Il ruolo dell'avvocato immigrazionista è fondamentale nel processo di integrazione del migrante. L'ordinamento italiano, a volte incoerente con la normativa europea, non riserva all'avvocato strumenti adeguati per il riconoscimento dei diritti dei migranti, in particolare per il riconoscimento della protezione internazionale. Il procedimento amministrativo per il rilascio del permesso di soggiorno è sommario, unilaterale, senza un reale contraddittorio e la partecipazione dell'avvocato. Anche il giudizio innanzi ai Tribunali è breve e immediato, senza un'adeguata istruttoria. Tali elementi complicano, in qualche misura, il lavoro ordinario dell'avvocato, in particolare quando la documentazione da reperire a sostegno delle ragioni dei migranti non è facilmente accessibile, soprattutto in Paesi arretrati o in regimi che non consentono il rilascio di informazioni. L'avvocato è quindi chiamato a compiere sforzi ulteriori e a svolgere ricerche approfondite utili, in un eventuale processo, a ottenere ciò che le Commissioni territoriali, nella maggior parte dei casi, negano ai migranti.

The role of the Immigration Lawyer is very important in the integration process of the migrant. The Italian legal system, at times inconsistent with European legislation, does not reserve adequate tools for the lawyer to recognise the rights of migrants, in particular for the recognition of international protection. The administrative procedure for issuing residence permits is summary, one-sided, without a real cross-examination and participation of the lawyer. The judgment before the Court is also brief and immediate, without adequate preliminary investigation. These elements complicate, to some extent, the lawyer's ordinary work when the documentation to be found in support of the migrants' arguments is not easily accessible, especially in backward countries or under regimes that do not allow the release of information. Thus, the Lawyer is called upon to make an extra effort and carry out in-depth research useful, in a possible trial, to obtain what the Territorial Commissions, in most cases, deny to migrants.

SOMMARIO: 1. L'Avvocato del migrante nell'ordinamento giuridico interno ed europeo: cenni – 2. La fase amministrativa del riconoscimento della protezione internazionale in favore del migrante – 3. La fase giurisdizionale – 4. Conclusioni

1. *L'Avvocato del migrante nell'ordinamento giuridico interno ed europeo: cenni*

La disciplina in tema di riconoscimento della protezione internazionale conferma la specificità della funzione difensiva dell'Avvocato e la primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è posta.

L'affermazione della figura dell'Avvocato immigrazionista non accompagna l'evoluzione dei molteplici interventi normativi, spesso inadeguati in merito alle modalità di accesso alla giustizia per i richiedenti la protezione internazionale, combinando procedimenti vecchi e nuovi¹, restrittivi o meno a seconda dell'indirizzo politico del Governo, lasciando costantemente allo spontaneismo dell'accoglienza la carenza endemica dei servizi di assistenza, anche legale.

Le sanzioni inflitte all'Italia dalla Corte di Strasburgo (su tutte, *Hirsi c. Italia*, *Khlaifia c. Italia*) non hanno maturato nel legislatore la necessità di garantire ai migranti un livello più alto di garanzie nel diritto ad un ricorso effettivo innanzi alle autorità giurisdizionali.

* Ricercatore t.d., lett. b), in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Per una recente ricostruzione, cfr. C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo*, Napoli, 2021, G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, 2021, D. LOPRIENO, *"Trattenere e punire". La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018 e A. Patroni Griffi (cur.), *Europa e migrazioni*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 1, 2018. Meno recente, ma un punto di riferimento per gli studi sui migranti, C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2002.

Ancora più sullo sfondo è l'assistenza del legale, chiamato ad intervenire in una fase successiva all'accertamento unilaterale dei requisiti oggettivi per il rilascio del *visto* di ingresso, quando è davvero complesso scardinare non solo il provvedimento (pure scarno) della Commissione Territoriale competente, ma anche la contraddittorietà delle dichiarazioni rilasciate dal migrante in sede di audizione senza assistenza se non linguistica.

Ed, invero, anche nella direttiva n. 85/2005/CE del Consiglio *Norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, pur considerando «la possibilità di consultare un avvocato o altro consulente legale e il diritto di essere informato circa la sua posizione giuridica nei momenti decisivi del procedimento» (considerando n. 13), l'assistenza legale viene concepita come una mera possibilità che gli Stati membri possono prevedere (art. 11), in ogni caso solo «all'esito» (art. 11, comma 2, lett. e) della decisione resa dall'autorità amministrativa competente supportata da un medico, da uno psicologo (art. 13, comma 3), ma non dall'Avvocato.

L'assistenza legale resta perennemente sullo sfondo, viene considerata eventuale e non necessaria almeno fino alla direttiva 2013/32/UE del Parlamento, dove emerge con chiarezza quanto sia «opportuno» (considerando n. 23) il supporto di un difensore nell'ambito delle «garanzie» (art. 12) anche (e forse maggiormente) nella delicata fase preliminare volta all'accertamento della condizione di rifugiato.

Ciononostante, e a fronte di continue modifiche per lo più di natura amministrativa sul sistema di accoglienza (d.lgs. n. 18/2014, d.l. n. 119/2014, conv. in l. n. 146/2014, d.lgs. n. 142/2015) e sulle modalità di riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria (d.lgs. n. 18/2014), la legislazione italiana si è preoccupata di disciplinare esclusivamente le modalità del ricorso giurisdizionale (art. 3, comma 1, lett. d) e *d-bis*), d.l. n. 13/2017, art. 19-ter, d.l. n. 113/2018)², restando inerte circa il rafforzamento delle garanzie di assistenza legali.

Eppure, la lettura in combinato disposto dell'art. 24, comma 2, Cost. e 111, comma 2, Cost., lascia intendere l'obbligatorietà della difesa tecnica anche innanzi ai «procedimenti» amministrativi che possono sfociare in impugnazioni concernenti i diritti costituzionalmente tutelati.

Una difesa non limitata al «processo», ma estesa anche in una fase prodromica al diniego del riconoscimento assunto, estromettendo di fatto l'Avvocato quando, al contrario, il supporto difensivo resta «un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», non essendo affatto incoerente con le esigenze di pubblica sicurezza.

2. La fase amministrativa del riconoscimento della protezione internazionale in favore del migrante

Chi si è occupato della dimensione strettamente amministrativa ha considerato, non a torto, la fase preliminare innanzi alle Autorità di pubblica sicurezza “non esente da critiche”³, comunque “incerta”⁴, da sempre “fragile”⁵, dove il migrante, in assenza dell'ausilio di una *expertise*

² Su cui, cfr. Su cui v. A.D. DE SANTIS, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti: un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1219-1224, ma anche G. Buffone, C. Favilli, S. Mezzacapo, A. Cisterna (curr.), *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale (commento al d.l. 17 febbraio 2017 n. 13)*, in *Guida al Diritto*, 12, 2017, 14 ss.

³ M. CONITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2017, 393.

⁴ M. GIOVANNETTI, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in [Questione Giustizia](#), 2, 2021.

imprescindibile per chi arriva in condizioni vulnerabili nel Paese del Mediterraneo con maggiore incidenza di sbarchi⁶, non gode di garanzie sufficienti.

Si tratta, a ben vedere, di una procedura unilaterale, dove il migrante è sottoposto ad un interrogatorio seguito da una motivazione assai scarna pronunciata dalla Commissione Territoriale (complici l'attenuazione di un obbligo motivazionale e le deroghe partecipative giustificate da esigenze forse troppo vicine all'indirizzo politico di una maggioranza in cui erano presenti forze politiche dichiaratamente anti-immigrazione)⁷, che tuttavia non tengono conto di una serie di elementi anche psicologici di chi, soprattutto nella nuova fase della propria vita, si sente *altro da noi*).

Non è un caso che, in un contesto ordinario pre-pandemico, a fronte di un irrigidimento della normativa in tema di governo delle migrazioni, i dinieghi hanno registrato un andamento crescente (già dal 2012 in poi), giungendo ad oltrepassare la soglia del 76 per cento nel 2021⁸.

In esempio, non è prevista la comunicazione espressa da parte dell'autorità procedente della possibilità di nominare un difensore di fiducia (art. 10, d.lgs. n. 28/2005) che può assistere il migrante già nella fase di presentazione della domanda, nonostante la fase preliminare, volta all'instaurazione del primo contraddittorio tra il migrante e la Pubblica Amministrazione competente, diventi la chiave di volta per il riconoscimento della protezione internazionale o sussidiaria.

È una fase delicata, certamente, dove il migrante è spesso inconsapevole del prisma di garanzie procedurali che, in ogni caso, l'autorità procedente è obbligata a comunicargli. Per vero, nel silenzio dell'art. 10, d.lgs. n. 28/2005, è riservato al buon senso del responsabile del singolo procedimento amministrativo specificare al migrante la possibilità di richiedere assistenza legale, anche a spese dello Stato (art. 16, d.lgs. n. 28/2005).

I numerosi colloqui svolti senza il supporto del legale sono testimonianza, a parere di chi scrive, di una mal celata esigenza di celerità e di una procedura non sempre rispettosa del diritto di difesa e della trasparenza. Tanto ciò è vero che, in via generale, il colloquio svolto presso la C.T. competente è caratterizzato dalla segretezza: la seduta non è pubblica, non possono partecipare i familiari e l'Avvocato è presente solo se è stato nominato dal migrante⁹, ammesso che sia stato informato e che ne conosca uno.

Così, o il richiedente protezione accede all'assistenza legale perché *consigliato* da chi è in Italia da molto tempo e si è già legato ad un Avvocato, oppure non di rado sono gli stessi Avvocati

⁵ M. BENVENUTI, *La protezione internazionale*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010 e, per quanto riguarda il ruolo delle Commissioni Territoriali ante-riforme Minniti e Salvini, cfr. A. DAVOLA, *La procedura per il riconoscimento della protezione internazionale: problematiche e spunti di riflessione sul ruolo delle Commissioni territoriali*, in F. Biondi dal Monte, M. Melillo (curr.), *Storie di migranti in Toscana*, Pisa, 2014, 117-132.

⁶ In particolare, è la Sicilia il luogo del Mediterraneo con maggiore incidenza di sbarchi. Sul punto, cfr. i dati di [Openpolis](#).

⁷ Lo ricordano, non a caso, F. QUASSOLI, C. UBOLDI, *La credibilità del richiedente protezione internazionale tra cultura del sospetto, intuizioni e dilemmi etici. Alcune riflessioni a partire da un'indagine operativa sulle prassi operative delle Commissioni Territoriali*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 2, 2020, 182, che rilevano come "qualche mese prima dell'approvazione del decreto, il Ministro dell'Interno aveva fatto emanare una circolare ministeriale con la quale, tramite i prefetti, esortava le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale a valutare con «assoluto rigore e scrupolosità» le domande, in costante aumento, di asilo al fine di garantire «la salvaguardia degli interessi primari della collettività oltre che dei diritti dei richiedenti». Nella circolare, inoltre, si soffermava su un uso eccessivo della protezione umanitaria che avrebbe «legittimato la presenza sul territorio nazionale di richiedenti asilo non aventi i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale».

⁸ Per una ricostruzione puntuale delle statistiche, anche disaggregate, cfr. M. GIOVANNETTI, *Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri le persone*, in [Questione Giustizia](#), 2, 2018, 44-66, mentre per rilievi statistici più recenti, cfr. i dati del Ministero dell'Interno liberamente reperibili sul [sito istituzionale](#).

⁹ Ai sensi dell'Art. 13, d.lgs. 25/2008: Se il cittadino straniero è assistito da un avvocato ai sensi dell'articolo 16, questi è ammesso ad assistere al colloquio e può chiedere di prendere visione del verbale e di acquisirne copia.

immigrazionisti che, presenti presso gli uffici per l'immigrazione delle Questure, non esitano ad offrire un proprio contributo alle decine di persone in attesa del rilascio del permesso di soggiorno provvisorio, facendosi parte diligente nell'espone diritti e doveri a chi è giunto in Italia ignaro delle garanzie procedurali (amministrative e giurisdizionali) che l'ordinamento interno gli riserva, benché non robuste.

Ed invero, pur nella delicata fase dell'espulsione ai sensi dell'art. 13 ss., d.lgs. n. 286/2005, al migrante non è concesso alcun contraddittorio con la presenza del difensore, trattandosi di un vero e proprio atto unilaterale disposto dall'autorità amministrativa e convalidato dal giudice, immediatamente esecutivo «anche se sottoposto a gravame o impugnativa dall'interessato» (art. 13, comma 3) ovvero ad una proroga per l'esecuzione (art. 13, comma 5). In casi del genere, a sommo avviso di chi scrive, sarebbe stato opportuno riservare una funzione maggiormente incisiva all'Avvocato, chiamandolo a sollecitare il migrante ad offrire all'autorità procedente le giustificazioni che ammettono le eccezioni di cui all'art. 2-bis, ovvero in caso di ricongiungimento familiare, e finanche di accertamento dello *status* di minori non accompagnati, non essendo certa – in molti casi – la reale età anagrafica del migrante¹⁰.

E, si badi bene, anche per il *visto* di ingresso temporaneo (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 286/1998) non è prevista alcuna assistenza legale, stabilendo altresì che il diniego non va motivato, in deroga all'art. 7, legge n. 241/1990. Sebbene ci si trovi in un contesto diverso di non clandestinità si tratta, anche in questo caso, di una discrezionalità amministrativa ampia in assenza di parametri ben definiti, salvo la valutazione della pericolosità sociale, unico elemento espressamente indicato dalla disposizione richiamata, ma non l'unico che può essere posto dall'amministrazione a fondamento del mancato rilascio.

Anche in una procedura sommaria, l'assistenza legale diventa fondamentale a difesa delle ragioni di un migrante che, piaccia o non piaccia, viene sottoposto ad una valutazione del grado di pericolosità sociale senza la possibilità di dedurre ragioni contrarie allo spicciolo giudizio nemmeno motivato.

Eppure, c'è da dire che la normativa in tema di allontanamento dello straniero ha subito un incisivo adattamento dopo la sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale ad opera della l. n. 271/2004 di conversione del d.l. n. 241/2004.

È stato riconosciuto anche allo straniero in condizioni di clandestinità il diritto di difendersi, sebbene nel solo giudizio di convalida, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, d.lgs. n. 286/1998, «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa». È una fase delicata dove lo scrutinio del giudice è posto a presidio di tutta una serie di garanzie che hanno formato oggetto di istruttoria in assenza del patrocinio del difensore.

Posta la riserva di giurisdizione, la Corte rilevava come allo straniero vada riconosciuto il «diritto di essere ascoltato dal giudice ed assistito da un difensore, prima dell'esecuzione del provvedimento espulsivo». Benché si tratti di una pronuncia che ha imposto un cambio di rotta in merito alle garanzie processuali per i migranti, la particolare condizione soggettiva di chi penetra nel territorio dello Stato pretenderebbe una tutela massimizzata del contraddittorio, anche nella fase amministrativa dove il diritto di difesa, la partecipazione e il contraddittorio stesso continuano ad essere estromessi.

Se, per la Corte, la disposizione attinente all'arresto obbligatorio «non trova nessuna copertura costituzionale», ciò dovrebbe valere anche per la c.d. *detenzione amministrativa*, laddove è stato

¹⁰ Cfr. il caso recente del quattordicenne “invisibile” della Geo Barents in [la Repubblica – Palermo](#), 8 novembre 2022.

sottolineato come il legislatore italiano sia riuscito, attraverso “formulazioni infelici”¹¹, a distinguere una forma solo apparentemente *soft* di trattenimento (amministrativo) da un’altra *hard* (la detenzione carceraria) che nelle condizioni a cui i migranti sono sottoposti nei centri di accoglienza spesso non si percepisce.

Il momento amministrativo diventa dunque fondamentale per consentire al migrante di accertare la propria posizione, evitando – in caso di accertamento di fatti che lo ammettano – di essere trattenuto oltre tempo presso gli *hotspot*, ove non di rado vengono accertate tanto violazioni ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, quanto una condizione di soggiorno inadeguata, se non disumana, della detenzione amministrativa¹². A fronte di una tendenza del legislatore ad “amministrativizzare” la libertà personale¹³, non sono stati previsti dei contrappesi a garanzia di un sindacato penetrante sui modi e sulle forme della detenzione amministrativa dove all’Avvocato sarebbe stato opportuno dovuto riservare un ruolo di primo piano in una fase penalmente mascherata¹⁴, vestita di apparenti adempimenti amministrativi che non possono prescindere da una restrizione della libertà personale, ancorché non così definita *expressis verbis* dalla normativa di riferimento, dove ogni omissione sul diritto di assistenza al migrante è testimonianza di un procedimento caratterizzato dall’abbandono «di ogni approccio solidaristico e di umanizzazione»¹⁵, per la previsione di «strumenti preventivi e repressivi tipici dell’intervento di politica criminale»¹⁶.

Non di rado, infatti, il provvedimento successivamente sottoposto a gravame risulta sovente illegittimo sotto il profilo della mancante, insufficiente e contraddittoria motivazione¹⁷, anche perché al ricorrente spesso non è inviata, ex art. 7, legge n. 241/1990, la comunicazione di avvio del procedimento che preannuncia la reiezione dell’istanza di protezione internazionale presentata, impedendogli così di depositare, anche a mezzo di un patrocinatore legale, ulteriori controdeduzioni rispetto alle conclusioni cui perviene la Commissione, tra l’altro prescritte all’art. 9, d.lgs. n. 25/2008.

Spesso la Commissione, nel formulare il suo giudizio di scarsa credibilità delle dichiarazioni dell’istante, in applicazione dei criteri di cui all’art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251/2007, dovrebbe indicare quali sono gli elementi che lasciano immaginare una reticenza del ricorrente, nonché le specifiche circostanze che nel racconto risultano generiche, contraddittorie e/o in contrasto o non compatibili con la situazione del suo Paese di origine, che può essere ricavata principalmente dalle informazioni fornite, in esempio, dall’ACNHUR e dalla Commissione Nazionale, a norma dell’art. 8, comma 3, d.lgs. n. 25/2008. Ne consegue che il quadro politico di riferimento del Paese di origine del ricorrente risulta ricostruito dalla Commissione in modo del tutto arbitrario comportando un evidente aggravio per il difensore, costretto a muoversi in un perimetro già tracciato dall’autorità amministrativa precedente ogni qual volta vi sono comunque i presupposti per ricorrere avverso il diniego.

¹¹ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. storia diritto politica*, Bari, 2013.

¹² In tal senso, D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”, cit., 42 ss.

¹³ *Ibidem*, 42.

¹⁴ In tal senso, L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4, 2013, 765-786.

¹⁵ D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”, cit., 30.

¹⁶ T.F. GIUPPONI, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 2, 2013.

¹⁷ Quando, invece, il Consiglio di Stato, con sentenza del 10/03/1998, n. 405, aveva avuto modo di affermare che «il provvedimento con cui la Commissione Centrale presso il Ministero dell’Interno concede o nega lo *status* di rifugiato deve essere motivato in modo congruo e deve dare conto delle risultanze dell’istruttoria esperita al fine di accertare la situazione personale di fatto del richiedente nel suo paese di origine, con particolare riguardo alle variazioni delle condizioni politico istituzionali, di sicurezza pubblica e di vivibilità democratica» (in *Foro it.*, 1998, III, 213).

3. La fase giurisdizionale

I profili di criticità delle procedure amministrative si riversano nella fase giurisdizionale quando il migrante, a mezzo del magistero del difensore di fiducia nominato, chiede la revisione del provvedimento di espulsione innanzi al Giudice di Pace ovvero impugna il diniego della Commissione Territoriale davanti la Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea del Tribunale del circondario giudiziario competente.

Dopo l'approdo nel territorio italiano e un procedimento amministrativo per lo più sommario condotto dalla Questura e dalla Commissione Territoriale competente, il giudizio dei Tribunali diventa la porta di accesso ad un percorso di accoglienza funzionale alla completa integrazione del migrante nel Paese di arrivo.

Già nella fase amministrativa è emersa una normativa particolarmente restrittiva basata sul principio del *più probabile che non*: il migrante viene infatti percepito come un soggetto dotato di un elevato grado di pericolosità sociale benché presunta, così che per scardinare l'impostazione del modello amministrativo ed incidere sul libero convincimento del Giudice sono richiesti sforzi e diligenza professionale ben oltre i parametri medi.

Ed invero, l'impostazione processuale dei rimedi ai provvedimenti emessi dalle Autorità amministrative competenti conferma la percezione di un modello non coerente con i principi di tutela giurisdizionale di un particolare soggetto debole come il migrante, più volte richiamati anche dalla Corte costituzionale¹⁸.

Intanto, non sfugge all'interprete come la difesa tecnica del migrante non sempre sia prevista come obbligatoria: ai sensi dell'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286/1998, il migrante destinatario di un provvedimento di espulsione può presentare memorie anche *motu proprio* innanzi al Giudice di pace competente per territorio. La possibilità di difendersi autonomamente non è altro che una facoltà ulteriore rispetto a quelle concesse dal codice di rito per il cittadino italiano, anche se appare francamente inverosimile come il migrante, nelle condizioni di disagio in cui si trova nel territorio italiano, sia in grado di redigere memorie, allegare produzioni e documentazioni utili per paralizzare il procedimento di espulsione, offrendo circostanze rilevanti per una pronuncia di accoglimento alla revisione del decreto da parte del Giudice di Pace.

L'Avvocato immigrazionista diventa quindi, anche nella seconda fase (giurisdizionale, appunto), il soggetto principale del procedimento di espulsione per le capacità e le conoscenze che ha maturato in un'attività talmente specializzata che non si limita alla mera padronanza delle norme di diritto interno, europeo e sovranazionale, ma anche all'acquisizione di nozioni politologiche e sociologiche che consentono di illustrare al giudice lo scenario del Paese di provenienza del migrante e la volontà del medesimo di condividere valori e principi dell'ordinamento interno attraverso un graduale processo di integrazione (ovviamente scardinando, in diritto, le motivazioni poste a supporto del provvedimento di espulsione).

Per vero, si tratta di un patrocinio significativamente vincolato rispetto all'opposizione al diniego alla richiesta del permesso di soggiorno. L'Avvocato immigrazionista, difatti, è chiamato a dimostrare come l'ingresso nel territorio dello Stato non sia avvenuto sottraendosi ai controlli di frontiera (art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 286/1998) o il trattenimento sia stato subito in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1-bis, d.lgs. n. 286/1998, se la mancata richiesta di proroga del permesso o del *visto* sia dovuto a cause di forza maggiore, o se l'ingresso è avvenuto per motivi di ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 286/1998.

¹⁸ Corte cost., dec. n. [30/1971](#), [31/1971](#), [18/1982](#), [203/1989](#), [232/1989](#), [37/1992](#), [479/1987](#), [62/1992](#), [382/1992](#), [238/1996](#), [366/1997](#), [222/2004](#) e [393/2006](#).

Altre volte è invece impegnato a rovesciare quegli elementi considerati per prassi quasi alla stregua di fatti notori, come il pericolo di fuga, quando la domanda di permesso di soggiorno sia stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta, ovvero qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria non avendo neanche chiesto la proroga, dimostrando il possesso dei requisiti di cui all'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286/1998¹⁹.

Diversamente, nei numerosi ricorsi ex art. 35-*bis*, d.lgs n. 25/2008, e 737 ss. c.p.c. avverso il provvedimento di diniego al permesso di soggiorno da parte della Commissione Territoriale competente, al patrocinatore è consentito introdurre nel giudizio, a sostegno delle ragioni del migrante, una serie di elementi probatori che caratterizzano la difesa come *ibrida*, a metà tra la tecnica giuridica e la sociologia.

Ciò non vuol dire che il magistero sia semplificato, laddove nel processo devono penetrare una serie di documenti da reperire attraverso ricerche approfondite, analisi di dati, statistiche, studio della situazione sociopolitica non solo del Paese di provenienza del migrante, ma anche di tutti i Paesi – confinanti e non – che l'aspirante rifugiato è costretto ad attraversare per giungere in Italia.

All'Avvocato immigrazionista viene chiesto di dimostrare la veridicità della domanda di protezione tenuto conto dell'età, del Paese di origine del ricorrente, delle vicende personali specifiche narrate, che il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda, che tutti gli elementi pertinenti in suo possesso siano stati prodotti e che sia stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi, che le dichiarazioni del richiedente siano coerenti, plausibili e non contraddittorie con le informazioni generali che riguardano il loro Paese.

Diventa dunque fondamentale l'accertamento preliminare della condizione di *rifugiato* così come richiesto dalla Convenzione di Ginevra per essere, il migrante, oggetto di atti persecutori «sufficientemente gravi per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali» (art. 7, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 251/2007), unitamente ad altre misure assunte nel Paese di provenienza del migrante «il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera *a*)» (art. 7, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 251/2007), tra cui assumono rilevanza atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale, provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio, azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate, rifiuto alla richiesta di accesso ai mezzi di tutela giuridici, azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini o reati, atti specificamente diretti contro il genere sessuale o contro l'infanzia (art. 8, d.lgs. n. 251/2007).

Pur essendo particolarmente vasta la gamma di atti persecutori idonei a far scattare la protezione internazionale, è il parametro della *sufficienza* che concede sia all'Autorità amministrativa che al Giudice competente ampia discrezionalità nella lettura, da un lato, delle dichiarazioni rese dal migrante in sede di colloquio innanzi alla Commissione Territoriale e, dall'altro, della documentazione allegata dal difensore a supporto dei motivi di impugnazione.

Si tratta di documenti per lo più ricavati da dossier di associazioni umanitarie guardati da alcuni Giudici finanche con sospetto, laddove si ritiene, a torto, che le relazioni di chi partecipa alle missioni umanitarie delle O.N.G. assumano una percezione estrema della situazione sociale, economica, militare, governativa del Paese in cui si trova ad operare. E in molti casi, a supporto delle deduzioni dell'Avvocato, diventa significativamente complesso reperire elementi neutrali di

¹⁹ Nel caso in cui lo straniero sia destinatario di una sentenza di condanna diventa pressoché impossibile per l'Avvocato paralizzare il procedimento di espulsione.

provenienza governativa a sostegno della richiesta di protezione internazionale o di asilo²⁰ per le censure a cui sono sottoposte le fonti di informazioni e di raccolta di dati da parte dei regimi dittatoriali.

Insomma, il difensore del migrante deve destreggiarsi tra la diffidenza di alcuni giudici e la scarsità dei dati del Paese di provenienza, cercando in tutti i modi di rovesciare la pure scarna motivazione addotta dalla Commissione Territoriale, nonché di fornire una interpretazione alternativa alle dichiarazioni rilasciate dal migrante (ricordiamolo, in condizione di disagio e senza l'assistenza del difensore) nell'ambito del procedimento amministrativo.

Diventa complesso operare innanzi ad una scarsa stima per il magistero dell'avvocatura in questo settore, dove il libero convincimento del giudice non viene scalfito se non, eventualmente, dalle ricerche che egli stesso compie. E se le motivazioni delle pronunce sono diventate quanto mai ricche di dati, finanche di *collegamenti permanenti* a siti *web* (e a ciò non può che guardarsi con favore), l'accoglimento delle doglianze avviene quando le prove raccolte d'ufficio dal giudice e quelle allegate dal difensore appaiono tra loro coerenti quanto ai motivi della persecuzione che denotano la *sufficiente* meritevolezza della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato in caso di violazioni *manifeste* concernenti la razza, la religione, la nazionalità, il particolare gruppo sociale, cioè la *tribù* di appartenenza, l'opinione politica.

La complessità del magistero emerge anche nella richiesta, spesso avanzata in via gradata, della protezione sussidiaria *ex art. 2, comma 1, lett. g) e h, d.lgs. n. 251/2007, e art. 2, comma 1, lett. f) e g) del d.lgs. n. 25/2008, o umanitaria (artt. 5, comma 6, e 20, d.lgs. n. 286/98 e art. 2. d.lgs. 286/98) che richiedono eventi catastrofici o pandemie, come nel caso del Covid-19²¹, in cui è stato dimostrato come il diritto alla salute del richiedente la protezione internazionale rappresenti un elemento insormontabile di natura "solidale"²² quanto meno per il riconoscimento, per l'appunto, della protezione sussidiaria.*

Volgendo però lo sguardo ai profili formali, il procedimento giurisdizionale *breve e immediato* *ex art. 35, d.lgs. n. 25/2008, meramente "processuale"*²³ perché celebrato nelle forme dell'art. 737 c.p.c., rende l'attività difensiva maggiormente complessa, anche per i termini liberi particolarmente ristretti tra il provvedimento della Commissione Territoriale e il ricorso innanzi alla Sezione specializzata del Tribunale in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea: un'unica udienza nella quale il migrante può essere sentito dal giudice (spetta all'Avvocato, in tali casi, decidere in merito alla *convenienza* dell'audizione). Sarebbe stato opportuno, a sommosso avviso di chi scrive, riservare al giudice istruttore poteri d'ufficio obbligatori, come in esempio la richiesta di dati ufficiali di provenienza governativa all'ambasciata italiana del Paese di provenienza del migrante, sulle deduzioni ed eccezioni sollevate dal difensore (ad ogni modo, in assenza di tale obbligo, non si esclude che ciò possa rientrare nei poteri *ex officio* del giudice).

In assenza di tali prescrizioni, tocca all'Avvocato del migrante *gettare il cuore oltre l'ostacolo*, non limitando il magistero alla mera assistenza in un processo molto scarno, caratterizzato da una

²⁰ Su cui, C. PANZERA, *Il diritto di asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020 e C. CORSI, *The Right of Asylum after the 'Security Decree'. The Abolition of Humanitarian Protection*, in [Italian Journal of Public Law](#), 2, 2019.

²¹ Decreto n. cronol. n. 4222/2020 del 15 giugno 2020, pronunciato dal Tribunale di Napoli nel procedimento n. 23563/2018 R.G. Su questo aspetto, cfr. anche C. CORSI, *Migranti e immigrati di fronte all'emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2020.

²² In passato, su questo aspetto, A. RUGGERI, [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), in [Consulta OnLine](#), 2017/III, 455.

²³ G. FINOCCHIARO, *D.l. immigrazione in G.U.: un intervento eminentemente "giudiziario" e "processuale"*, in [Il Quotidiano Giuridico](#), 21 febbraio 2017.

istruttoria limitata alla mera allegazione di documenti²⁴ e dalla dialettica sacrificata (soprattutto dal processo c.d. *cartolare*) in favore della celerità della decisione.

È un processo *al* migrante, piuttosto – come dovrebbe essere – *del migrante*, chiamato a dimostrare la sussistenza di quelle condizioni soggettive (peraltro molto limitate) e oggettive che giustificano la permanenza nel Paese italiano insieme all'insussistenza della presunzione di pericolosità sociale e alla volontà concreta di intraprendere un percorso di integrazione socioeconomica.

4. Conclusioni

La ricostruzione delle garanzie amministrative e giurisdizionali riservate al migrante dimostra purtroppo «quanto profondo sia, in materia di immigrazione, il solco tra il paradigma della sovranità statale e quello della tutela dei diritti umani»²⁵.

In una condizione di estrema inadeguatezza, la tutela legale si è configurata storicamente come il principale parametro di riferimento della democraticità di un ordinamento che riconosce e assicura un elenco di diritti.

Se, per un verso, lo straniero appartiene ad uno spazio di sicurezza, di libertà e giustizia in cui sono assicurati i diritti e le libertà fondamentali delle persone in quanto tali, cioè l'Europa, che accoglie i migranti in fuga da guerre o da persecuzioni, in modo rispettoso della dignità umana, garantendo a ognuno un trattamento equo ed assicurando che il loro caso venga esaminato con norme uniformi in modo che, indipendentemente dal luogo in cui il richiedente presenta domanda, l'esito sia equivalente, per altro verso, il concreto riconoscimento di un catalogo dei diritti non può non passare attraverso un rafforzamento del ruolo dell'Avvocato immigrazionista.

Lo testimonia l'articolata giurisprudenza delle Corti interne e sovranazionali adite dai migranti con il sostegno di legali specializzati i quali, nel corso del tempo, hanno provocato una serie di pronunce storiche che hanno richiesto attenzioni e sforzi costanti sia ai governi nazionali sia alle istituzioni eurounitarie nel proteggere ogni tipo di minoranza, includendovi gli stranieri, senza alcuna distinzione tra migrante economico, rifugiato, clandestino²⁶. È fin troppo noto come il sistema di protezione internazionale italiano sia gravido di numerose omissioni, come l'assenza di un piano nazionale di integrazione, di *standard* adeguati per accogliere i nuovi arrivi, in particolare i soggetti *vulnerabili*.

A tale proposito, le azioni condotte dai recenti Governi italiani, volte ad imprimere una natura più repressiva che di gestione dei fenomeni migratori, continuano a segnare il *tradimento* di quei valori e principi supremi propri della Costituzione, costato all'Italia condanne da parte della Corte EDU.

Così, l'assistenza al migrante diventa preziosa al fine di evitare che i diritti e le libertà fondamentali non si riducano a semplici espressioni ed enunciazioni di meri principi. L'Avvocato del migrante ha acquisito, nel corso degli anni, maggiore consapevolezza di quanto sia importante

²⁴ Come rileva I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione, Diritti senza confini*, in [Questione Giustizia](#), 1, 2021, 1, si tratta di «un processo che comunque è retto dal principio della domanda, e in cui il monopolio dell'allegazione dei fatti è dunque rimesso alle parti, sicché i poteri istruttori del giudice si devono muovere dentro una cornice data, che è quella tracciata dai fatti allegati da queste ultime».

²⁵ D. LOPRIENO, *“Trattenere e punire”*, cit., 22.

²⁶ S. MAROTTA, M. D'ANDREA, *Il diritto di migrare: itinerari socio-giuridici e contraddizioni nella dicotomia tra migranti “economici” e richiedenti protezione internazionale*, in A. Patroni Griffi (cur.), *Europa e Migrazioni*, in [Rassegna di Diritto Pubblico Europeo](#), 1, 2018.

il proprio magistero a favore di chi arriva in Italia privo di tutele e assistenze, rispetto ad una fase delicata e preliminare al percorso di integrazione.

L'elevata specializzazione e la profonda conoscenza delle dinamiche politiche internazionali rafforza la figura di un Avvocato qualificato inserito a pieno titolo in un'attività di difesa non più limitata alle categorie classiche del diritto civile, penale, amministrativo, del lavoro e tributario e non circoscritta al solo processo giurisdizionale. Egli ha il dovere di accompagnare il migrante in tutto il procedimento di integrazione, a partire dalle valutazioni sommarie della Commissione Territoriale, fino al compiuto inserimento sociale ed economico, ancorché ciò sia consentito (e sempre non lo è) dalla legislazione sull'immigrazione.

La funzione del magistero del difensore diventa sempre più delicata e lo si percepisce anche dalle voci che si levano a favore della costituzionalizzazione di tale figura in vista di un rafforzamento del principio costituzionale dell'Avvocato, funzione di rilevanza pubblica non circoscritta alla pure fondamentale attività processuale.

Eppure, l'Avvocato continua ad essere percepito come un mero *utente* del processo, quando, al contrario, egli è soggetto "coessenziale"²⁷ ad una realizzazione della giustizia compiuta non soltanto nella dimensione della funzione difensiva dei diritti delle parti, quanto in quella *normativa*, concorrendo ad «individuare i bisogni, prima delle carenze, a proporre le regole più opportune per il miglioramento del sistema»²⁸.

Oggi, per il futuro, l'Avvocato non può che continuare a fare proprio l'insegnamento ereditato da Piero Calamandrei ed ergersi a garanzia dei diritti dei «deboli contro i forti [attraverso] una solidità morale che può restituire all'esercizio delle professioni legali la nobiltà di un apostolato»²⁹.

²⁷ A. LA TORRE, *L'Avvocatura*, in *Rassegna Forense*, 2000, 1.

²⁸ R. DANOVÌ, *Il ruolo e le funzioni dell'Avvocato di fronte ad una nuova domanda di giustizia*, in *Rassegna Forense*, 1994, 75.

²⁹ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Bari, 2008.

Adriano Dirri*

Il *living tree* della giustizia riparativa canadese: diritti degli Aborigeni, Corte Suprema e tentativi di federalismo cooperativo “interstiziale”**

ABSTRACT: *This paper seeks to investigate the dilemma of aboriginal rights in Canada from a different perspective. In fact, even though many studies exist in matter of the aboriginal “quest” not the same may be said related to the role of federalism in the accommodation of aboriginal interests and claims. Drawing on the jurisprudence of the Canadian Supreme Court on the duty to consult and the aboriginal land claims, this paper aim at providing a different perspective on the evolution of the Canadian constitutional order. Thus, under the spotlight there is the interrelation between sovereignty – federalism – constitutional law with the need to accommodate aboriginal claims; to this regard, the federal toolkit seems to offer viable options. For this reason, it is argued that, with this specific purpose, Canada is witnessing an “interstitial and rescue” federalism.*

Questo contributo tenta di analizzare il dilemma dei diritti degli aborigeni canadesi da una diversa prospettiva. Infatti, pur essendo numerosi gli studi sul tema, non sono molti gli studi che pongono in relazione il federalismo con il riconoscimento dei diritti delle First Nations. Sulla base della giurisprudenza della Corte Suprema canadese sull’obbligo di consultazione e sul land claim, questo saggio intende offrire una diversa prospettiva circa l’evoluzione dell’ordinamento canadese. Al centro dell’indagine viene posta l’interrelazione tra sovranità – federalismo – e diritto costituzionale e la necessità di fornire soluzioni giuridiche al problema dei nativi; a questo riguardo gli strumenti del federalismo sembrano offrire interessanti soluzioni. Per questa ragione si afferma che, in questo caso specifico, il federalismo canadese sia qualificabile come “interstiziale e di salvataggio”.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La specificità canadese: tra dualismo e relazioni intergovernative – 3. L’eccezione: i diritti degli Aborigeni e il *duty to consult* – 4. Il potenziale trasformativo dell’art. 35: sovranità, territorio e “*interstitial and rescue federalism*” – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Uno studio sui diritti dei “nativi”, diritti ancestrali o atavici¹ presuppone un cambio di paradigma nell’analisi della relazione tra spazio e diritto, quindi del territorio quale elemento costitutivo dello Stato. Non si vuole esplorare il più classico dei temi della teoria dello Stato – la sovranità – piuttosto si vuole sottolineare come essa possa risultare una questione “incompiuta” in alcuni ordinamenti, in relazione a chi è stato escluso dalla “strutturazione” dell’edificio statale e del costituzionalismo².

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Luiss Guido Carli.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ La razionalità giuridica impone di circoscrivere i diritti aborigeni, compito arduo per gli operatori del diritto e per le corti proprio per la natura degli stessi. Purtroppo si può affermare, con molta prudenza, che con i diritti degli aborigeni ci si riferisce «*to both activities and property to which aboriginal peoples have a protected interest*». Preliminarmente preme osservare che è il riconoscimento, la garanzia e la promozione di tali “interessi protetti” derivano da specifiche norme costituzionali nonché da altre fonti, tra cui i trattati, il *common law* e il *civil law*. La definizione dei diritti degli aborigeni necessita di una interpretazione di tipo teleologico nell’analisi dell’interrelazione tra le diverse tradizioni giuridiche canadesi, con un *favor* verso i diritti dei nativi. Cfr. M.J. BRYANT, *Public law: an overview of aboriginal, administrative, constitutional and international law in Canada*, Toronto, 2002, 2-5.

² La prospettiva è quella prettamente interna all’ordinamento canadese come sottolinea Russel: «for the Europeans who fashioned the canadian confederation, the aboriginal peoples were subjects on whom sovereignty could be imposed, not people with whom one formed a political community». P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?* Third Ed., Toronto-Buffalo-London, 2004, 4.

Infatti, l'ordinamento canadese rimane sempre un caso scuola circa la relazione tra sovranità, costituzionalismo, multiculturalismo e federalismo³. In questo campo, non può sorprendere che l'espansione geografica della "forma moderna di organizzazione dello spazio politico"⁴, ossia tentativi di riproposizione dello Stato *elsewhere*, abbia soppresso le "sovranità ancestrali" dei popoli ivi coinvolti nel "turbini" sovrano dello Stato. Non è un caso che i territori abitati dagli autoctoni venissero definiti *terra nullius* e *ab origine* non titolari della sovranità⁵; proprio in considerazione del peccato originario dei colonizzatori il costituzionalismo più recente ha incorporato quelle disposizioni normative per porre rimedio alla negazione dei diritti dei popoli autoctoni. Il Canada non fa eccezione, anzi quanto ruota attorno al *corpus* giuridico riferito alle *First Nations*, in special modo il formante giurisprudenziale, evidenzia questo insoluto problema⁶.

Proprio il tentativo di riconoscere e includere le "sovranità" originarie appare incompatibile rispetto alla sovranità della Corona. La risposta a tale questione non può non trovare una interlocuzione necessaria nell'evoluzione del costituzionalismo e nei suoi strumenti per poter porre rimedio a questa distorsione originaria della sovranità dei nativi, *rectius*, evoluzione dei rapporti di forza tra comunità⁷. Il Canada, in questo senso, appare il più avanzato laboratorio del diritto costituzionale comparato non solo per i summenzionati motivi, bensì per aver riconosciuto e fornito garanzia costituzionale ai diritti dei nativi, mediante il *Constitution Act*, 1982, specialmente negli articoli 25 e 35 alla cui progressiva definizione, caso per caso, ha contribuito la Corte Suprema⁸. Non deve stupire, però, che il dibattito su tale tema giunga a riguardare come essi possano essere inquadrati in termini di "sovranità" e di "self government"⁹.

La questione dei diritti dei nativi rimane inestricabilmente connessa con il problema della sovranità; a tal fine il federalismo pare offrire un'utile chiave di lettura a quel *corpus* giurisprudenziale che risponde alla necessità di "ricostituire" in qualche modo la sovranità originaria degli aborigeni, come dimostra una recente sentenza della Corte Suprema in tema di giurisdizione¹⁰. Contestualmente, si evince l'intento "trasformativo" della Costituzione canadese¹¹, al fine di "ricomporre" il *clash of sovereignties* tra la Corona e i nativi, collocando tale percorso costituzionale all'interno della dottrina del *living tree* dell'ordinamento canadese¹².

³ Anche in considerazione della sua struttura "duale"; il riferimento è alla divisione delle competenze legislative esclusive ai sensi degli artt. 91 e 92 del *British North America Act*, (BNA) di Province e Federazione secondo la nota formula dei *watertight compartments*, come si evince dall'aspro dibattito sulla *national concern doctrine*. Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, Oxford, 2017, 396.

⁴ A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 23.

⁵ E. CECCHERINI, *Eguaglianza e identità culturale. Una prospettiva comparata*, Genova, 2012, 28-31.

⁶ G. ROLLA, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 5 ss.

⁷ Tema vasto quello della geopolitica del diritto ma basti qui ricordare che la sistematizzazione giuridica dello spazio globale è avvenuta mediante l'espansione del pensiero giuridico occidentale. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari, 2013, 8 ss.

⁸ *Calder v British Columbia* (AG) [1973] SCR 313, [1973].

⁹ J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., 281 ss.

¹⁰ *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat et al.*, SCC 37912.

¹¹ Su cui M. HAILBRONNER, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2017, 527-565.

¹² Con tale perifrasi si individua quell'interpretazione giurisprudenziale di tipo evolutivo fondata sulla flessibilità delle norme costituzionali *pro-futuro* senza comprometterne il significato letterale originario. Cfr. L. PIERDOMINICI, *La dottrina canadese del living tree come modello comparatistico di interpretazione costituzionale*, in G. Delledonne, G.

Questo contributo mira ad esplorare le potenzialità trasformative del costituzionalismo canadese e, in particolar modo, quelle legate ad una forma di federalismo *ad hoc* che verrà denominato *interstitial e/o rescue federalism*¹³. A tal fine, si evidenzia il ruolo del formante giurisprudenziale nella ridefinizione di alcuni strumenti tipici del federalismo canadese (*duty to consult* e autogoverno) per la tutela degli aborigeni e dei territori da loro storicamente occupati.

2. La specificità canadese: tra dualismo e relazioni intergovernative (cenni)

Sono molte, come si è anticipato, le ragioni che hanno portato la dottrina costituzionalistica¹⁴ ad approfondire l'esperienza canadese, tra cui figurano i diritti degli aborigeni, la loro costituzionalizzazione nonché le fonti che concorrono a definirli¹⁵.

Il Canada è considerabile come un ordinamento federale "classico" seppur con alcune differenze rispetto ad ordinamenti quali Stati Uniti, Svizzera e Germania, da cui si differenzia in quanto l'unione fu il risultato tra enti non sovrani. Il *British North America Act* BNA era stato formalmente adottato da Westminster e bisognerà attendere, come è noto, il *Constitution Act* del 1982 per recidere gli ultimi legami formali con il Regno Unito. La Costituzione canadese, composta principalmente dai documenti costituzionali richiamati, assieme a «*various other quasi-constitutional statutes*», in principio ebbe il fine di adottare una tipologia di federalismo differente rispetto a quello degli Stati Uniti, vista la guerra civile in corso negli stessi anni in cui si andava discutendo il BNA. Infatti, alla Federazione quanto alle Province spettava il potere legislativo esclusivo, ben diversa dalla residualità delle competenze riservata agli Stati nell'esperienza statunitense¹⁶.

Tuttavia, lo schema costituzionale federale venne congelato a favore delle Province dal *Privy Council*, che limitò l'utilizzo di quelle clausole di omogeneità quali la *disallowance*, che conferisce al Parlamento federale il potere di annullare una legge provinciale entro un anno dalla sua adozione, la *reservation* in materia di opere pubbliche, nonché la clausola residuale ex art. 91, ai sensi del quale il Parlamento federale ha la possibilità di legiferare col fine di preservare *Peace*,

Martinico, L. Pierdominici (curr.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, spec. 85 ss. Altrimenti definita *progressive interpretation*. Cfr. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1998, 646 ss.

¹³ Espressione mutuata da Hamilton con cui in parte si concorda, mentre l'espressione *rescue federalism* si giustifica in relazione alla capacità dell'ordinamento canadese di trovare formule accomodanti anche in situazioni, a costituzione invariata, che riguardo le fondamenta del Canada. Cfr. R. HAMILTON, *Indigenous Peoples and Interstitial Federalism in Canada*, in [Review of Constitutional Studies](#), 2019, 43-84

¹⁴ Ad esempio, N. OLIVETTI RASON, *Un federalismo asimmetrico: il Canada*, in N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (curr.), *Esperienze federali contemporanee*, Padova, 1996, 91 ss.; AA. VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997; T. GROPPI, *Canada*, Bologna, 2006; G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, cit.; G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008; T. GROPPI, *Il multiculturalismo come strumento di costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza del Canada*, in D. Amirante, V. Pepe (curr.), *Stato democratico e società multiculturali*, Torino, 2011, 17-30; G. Delledonne, G. Martinico, L. Pierdominici (curr.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni*, cit., Pisa, 2017; G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Québec*, Torino, 2019.

¹⁵ *Ex multis*, per la dottrina italiana: M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di Common law*, Padova, 2004, 63 ss. e bibliografia ivi citata; E. CECCHERINI, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, cit., 58 ss.; ID., *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2016, 23 ss.

¹⁶ P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 115. In senso contrario al federalismo statunitense i costituenti canadesi elaborarono una struttura federale quanto più possibile chiara circa i poteri della federazione e delle province; gli esempi sono molteplici, a partire dalla *commerce clause* sino ad arrivare a materie come sistema bancario, il diritto di famiglia, il diritto penale e penitenziario.

Order and good Government, in tutte quelle materie non di competenza provinciale¹⁷. Fu la giurisprudenza a orientare il federalismo canadese in senso “duale” secondo la metafora dei *watertight compartments*; non bisogna dimenticare un’altra caratteristica, ossia il pluralismo giuridico del *Dominion* britannico, connotato da un sistema giuridico misto di *common law* e, nel Québec, di *civil law*¹⁸.

Nella logica dei padri costituenti, tali istituti “unitari” rispondevano ad esigenze centripete¹⁹, ben prima dell’adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e del riconoscimento dei diritti degli aborigeni, elementi di omogeneità del sistema duale canadese. Accanto a ciò va comunque ricordato che a partire dal 1949, anno in cui la Supreme Court “sostituì” il *Privy Council*, la giurisprudenza costituzionale ha provato ad introdurre elementi di flessibilizzazione nel sistema federale, in particolar modo richiamando i livelli di governo ad una maggiore collaborazione²⁰. Si sottolinea questo aspetto proprio perché a fronte di «*a failure to recognize the links between issues of federalism, individual rights and Aboriginal rights [...] the Constitution is an integrated framework in which federalism, individual rights and Aboriginal rights are linked*»²¹. A fronte di questo quadro non esaltante l’obbligo di consultazione svolge un ruolo centrale per la tutela dei diritti delle *First Nations*²²; il dovere di cooperare, assieme a forme di autogoverno *ad hoc*, risulta essenziale per la definizione dei diritti degli aborigeni e fortemente connessi con lo scottante tema della sovranità in società multiculturali (secondo profilo) verso la quale il “*federal spirit*”²³ ha saputo riorientare difficili scelte di natura costituzionale.

Come anticipato, la formula dei *watertight compartments* si è rivelata inadeguata, così come interpretata dalla giurisprudenza del *Privy Council*; la Corte Suprema ha avanzato una flessibilizzazione nonché svolge un ruolo di “*facilitator*” del federalismo intergovernativo²⁴. Infatti, sono proprio le relazioni tra gli esecutivi federali e provinciali ad aver avuto notevole influenza sul *policy making*; tutto ciò avviene sul piano strettamente politico e in modo informale tale da definirsi “para giuridico”. Nella Costituzione non è presente alcuna norma sul principio di cooperazione e la Corte Suprema, scartata l’ipotesi di considerarlo principio normativo, lo ha piuttosto utilizzato in funzione di *moral suasion* per ridurre i conflitti di competenza²⁵. Un giudizio recente²⁶ ha ribadito l’impossibilità di conferire rango normativo alla cooperazione, che rimane una guida “politica” ma senza alcuna forza normativa: la Corte continua ad attenersi alla lettera della Costituzione in materia di divisione delle competenze, peraltro non contemplando nemmeno la possibilità di un’attrazione verso l’alto delle competenze provinciali, in un ordinamento in cui il

¹⁷ Per approfondimenti cfr. G.P. BROWNE, *The Judicial Committee and the British North America Act: An Analysis of the Interpretative Scheme for the Distribution of Legislative Powers*, Toronto, 1967; A. CAIRNS, *The Judicial Committee and its Critics*, in *Can. J. Pol. Sci.*, 1971, 301; P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law. Fifth Ed*, Toronto, 2017, 99 ss. Si ricorda solamente che in tale periodo fu elaborata la *double aspect doctrine* dalla giurisprudenza. Cfr. *Hodge v The Queen (Canada)* [1883] UKPC 59; *AG Ontario v AG Canada (The Local Prohibition Reference)*.

¹⁸ K. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Year*, Toronto, 1990.

¹⁹ G. DELLEDONNE, *L’omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 117-121.

²⁰ Accanto ad un approccio meno “parsimonioso” laddove si è trovata a giudicare casi rientranti nel Peace Order and Good Government (POGG) ai sensi dell’art. 91. Cfr. M.J. BRYANT, *Public law: an overview*, cit., 113 ss.; P.W. HOGG, W.K. WRIGHT, *Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism*, in *U.B.C. Law Review*, 2005, 329 ss.

²¹ A.W. MACKAY, *The Supreme Court of Canada and Federalism: Does/Should Anyone Care Anymore?* in *The Canadian Bar Review*, 2001, 243-244.

²² *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

²³ M. BURGESS, *In Search of the Federal Spirit*, Oxford, 2012.

²⁴ Su cui P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law*, cit., 226 e 271 ss.; A.W. MACKAY, *The Supreme Court of Canada and Federalism*, cit., 255 ss., 279-280.

²⁵ Come in *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, SCC 20, [2005] 1 SCR 292.

²⁶ *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 SCC 48.

principio di sussidiarietà rimane «*still largely undetermined*»²⁷. La Corte segue la traccia segnata da *Canadian Assistance Plan Reference*²⁸ dove aveva negato qualsivoglia obbligo procedurale in capo al legislatore nell'esercizio dell'iniziativa legislativa di rispettare un accordo precedentemente raggiunto in sede intergovernativa. L'argomentazione della Corte rimane sempre la stessa, ossia la sovranità del Parlamento e dei parlamenti provinciali come confermato in *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*²⁹.

Di taglio diverso appare la giurisprudenza della Corte Suprema laddove il principio di cooperazione si pone in connessione con la tutela dei diritti ancestrali. Il caso *NIL/TU,O*³⁰ è interessante in quanto riguardava l'istituzione di un'agenzia (*NIL/TU,O Child and Family Services Society*) avente il compito di fornire assistenza sociale alle famiglie aborigene; in tale ambito spetta al Parlamento federale legiferare in relazione a *Indians, and Lands reserved for the Indians* (art. 91, par. 24), mentre l'assistenza sociale è un compito provinciale. Il governo federale e della *British Columbia* raggiunsero un accordo sull'agenzia con il fine di tutelare il benessere dei bambini aborigeni ma le relazioni sindacali rimanevano di competenza provinciale. Venne contestata dall'agenzia la competenza della *British Columbia* di regolamentare la contrattazione sindacale, visto che essa era stata frutto di un accordo tra il governo federale e la *British Columbia* ai sensi dell'art. 91 par. 24. La Corte affermò il diritto sindacale fosse di competenza provinciale ed essa non veniva "assorbita" dalla Federazione a fronte dell'accordo e perché l'art. 91 non avrebbe potuto includere le relazioni sindacali. Nell'asserire ciò la Corte evidenzia l'importanza del «*sophisticated and collaborative effort*» dei governi col fine di «*respects and protects the Collective First Nations' traditional values*»³¹. La Corte ha confermato la costituzionalità dell'accordo seppur ricordando che l'ente, in quanto erogatore di servizi sociali, viene regolamentato dalla legislazione provinciale. Questo caso ha evidenziato l'accentuazione della collaborazione tra livelli di governo per tutelare un fine comune della Costituzione canadese, ossia la giustizia riparativa in favore dei nativi, aspetto che può essere considerato un forte tratto di omogeneità³².

3. L'eccezione: i diritti degli Aborigeni e il duty to consult

I diritti delle *First Nations* sono tutelati mediante l'art. 35 che riconosce e promuove gli *existing aboriginal and treaty rights*, clausola generale che da un lato evidenzia il carattere aperto dell'*unfinished business* del *living tree* trasformativo canadese, dall'altro è distinta dalla Carta dei diritti e delle libertà (artt. 1-34) e, come tale, non incontra le limitazioni derivanti ex artt. 33 (*notwithstanding clause*) e 1 della Carta. Il secondo riferimento normativo si rinviene nell'art. 25³³

²⁷ E. BROUILLET, *Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box?* in *Supreme Court Law Review*, 2011, 632.

²⁸ *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

²⁹ Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism*, cit., 406-411; J. POIRIER, *The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism*, in *Supreme Court Law Review*, 2020, 85-123.

³⁰ *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.

³¹ *Ibid.*, 43-45.

³² Cfr. M. WENTE, *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union and Communication Energy and Paperworkers of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto Case Comment*, in [Indigenous Law Journal](#), 2011, 133 ss.; Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism*, cit., 403.

³³ «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada

– anch'essa clausola generale, che rende “immuni” i diritti degli indigeni o quantomeno orienta l'interpretazione della Carta svolgendo la funzione di «*justificatory framework designed to balance Aboriginal rights and Charter rights*»³⁴.

La giustizia riparativa, che si sostanzia nel godimento di tali diritti, non può non essere perseguita se non attraverso forme di cooperazione. Ancora una volta è il formante giurisprudenziale a giocare un ruolo chiave, con sfumature diverse, ma sempre tenendo a mente il fine dell'art. 35: la riconciliazione. Il *duty to consult* è stato considerato in *Sparrow*³⁵ e poi in *Delgamuukw*³⁶ un requisito procedurale obbligatorio nell'adozione di atti normativi che comportano limitazioni agli interessi degli aborigeni (*infra*) a cui si è poi aggiunta *Haida*³⁷ in cui tale dovere giuridico deriva dall'*Honour of the Crown* che richiede «*that the Crown act with reference to the Aboriginal group's best interest in exercising discretionary control*»³⁸.

Proprio l'ultimo giudizio ha reso il *duty to consult* un principio costituzionale ancorato all'*Honour of the Crown*, specificamente posto in relazione ai diritti dei nativi, seppur non precisandone il contenuto procedurale in relazione all'oggetto. Secondo la Corte, nel predisporre interventi normativi «*where a strong prima facie exists for the claim*», sono obbligatorie le consultazioni con le popolazioni indigene ma non l'obbligo di trovare un accordo³⁹; «*rather, the commitment is to a meaningful process of consultation*» in buona fede tra governo e popolazioni indigene senza, però, fornire ulteriori indicazioni su come esse si dovessero svolgere⁴⁰.

Infatti, la necessità di delineare procedure di consultazione, nonché l'esatta individuazione dei soggetti passivi, hanno generato una proliferazione dei giudizi della Corte Suprema. In *Chippewas*⁴¹, la *National Energy Board* (NEB) – autorità di regolazione e tribunale amministrativo federale – è stata investita del *duty to consult* in nome della Corona per il rilascio di autorizzazioni e licenze; nella sentenza *de qua*, è emersa una *diminutio* degli obblighi di consultazione visto che l'interesse degli aborigeni era assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto privato.

Invece, secondo la Corte in *Clyde River*⁴² la stessa NEB non aveva adeguatamente consultato gli aborigeni, poiché sorgeva un loro chiaro interesse⁴³. Dato ormai per acquisito il dovere di

including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired».

³⁴ Si veda l'efficace ricostruzione di A. SWIFFEN, *Constitutional reconciliation and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in [Review of Constitutional Studies](#), 2019, 90-99.

³⁵ «Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed [...] and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented». R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075. Sul giudizio cfr. M. ASCH, P. MACKLEM, *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on R. v. Sparrow*, in [Alberta Law Review](#), 1991, 498-517.

³⁶ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, 168.

³⁷ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73. Non differente fu il giudizio in *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 SCR 550, seppur di diverso esito nel caso concreto.

³⁸ *Ibid.*, 16-19. L'*Honour of the Crown* è un principio rintracciabile nella tradizione costituzionale britannica concretizzatosi in Canada già nella *Royal Proclamation* del 1763 secondo cui i popoli indigeni venivano protetti dalla Corona. Tale principio è di primaria importanza in relazione ai diritti dei nativi. Cfr. T. MCMORROW, *Upholding the Honour of the Crown*, in [Windsor Yearbook of Access to Justice](#), 2018, 311 ss.

³⁹ N. BANKERS, *The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2020, 264.

⁴⁰ *Haida*, cit., 37-42, 47-48-49. Cfr. P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law*, cit., 620 ss.; M. MAZZA, *La consultazione dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese*, in [filodiritto](#), 2020.

⁴¹ *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099

⁴² *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

⁴³ E. CECCHERINI, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2273-2278.

consultazione nel procedimento amministrativo (*Ktunaxa*⁴⁴), non pochi dubbi permanevano sull'attività legislativa. Su quest'ultimo aspetto altri giudizi hanno fornito alla Corte l'occasione di esprimersi: *Williams Lake*⁴⁵ e *Mikisew Cree*⁴⁶ hanno evidenziato il rapporto tra tale principio e la struttura federale nonché sull'importanza del dittico sovranità-potere legislativo su cui si fonda il Canada. Infatti, in questi due giudizi il dovere di consultazione viene posto al di fuori del procedimento legislativo relegandolo solo ad atti di natura amministrativa⁴⁷.

Il dovere di consultare i popoli indigeni è, in buona sostanza, un dovere di cooperare ma la sua indeterminatezza ha portato la dottrina ad evidenziare non pochi problemi: *in primis* la mancanza di certezza giuridica del *duty to consult* genera incertezze procedurali, tanto da indurre alcune province a relegare tale compito a soggetti privati, a cui si aggiunge che alcuni trattati stipulati con gli aborigeni già prevedono specifici *iter* di consultazioni. Ma è il sistema delle fonti ad essere "scosso" dal *duty to consult*: la fonte costituzionale, dedotta per via interpretativa, si dimena tra il diritto costituzionale, amministrativo e il *tort law* (soprattutto nei casi di *trespass*). Infatti, alla luce della giurisprudenza presa in esame, esso può essere considerato un principio costituzionale che riduce la discrezionalità amministrativa laddove siano in gioco gli interessi dei nativi; d'altro canto la giurisprudenza attuale limita alla fase esecutiva il *duty to consult* che non può impattare sul procedimento legislativo, ancorato al dogma della sovranità dei legislatori che alla luce dello stesso art. 35 potrebbe definirsi "spuria"⁴⁸.

4. Il potenziale trasformativo dell'art. 35: sovranità, territorio e "interstitial rescue federalism"

Il riconoscimento dei diritti degli aborigeni rappresenta un momento di "tensione necessaria" all'interno dell'ordinamento canadese e proprio le dizioni *existing rights* e *treaty rights* evidenziano il tentativo riconciliatorio tra le "due sovranità"⁴⁹. I primi vengono progressivamente definiti dal formante giurisprudenziale, sulla base dell'art. 35 ed è indubbia la loro natura *sui generis* ed *extra ordinem*. I *treaty rights*, stipulati tra Corona e aborigeni (*First Nations*) sin dal 1763, si differenziano dai trattati internazionali in quanto contenevano un certo *favor* verso i colonizzatori⁵⁰. Ciò implica una nuova interpretazione dei trattati alla luce dell'art. 35; infatti, la Corte non tardò a sostenere che essi «*should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians*»⁵¹.

Sono questi gli strumenti che hanno generato una "dicotomizzazione costituzionale" delle identità autoctona e non autoctona. Il problema della sovranità si coglie mediante le parole di chi⁵² ha sottolineato la presenza di una comunità differenziata derivante da un ordinamento autoctono fondato sull'art. 35, corrispondente a una realtà sociologica basata sull'identità. Il diritto è quindi

⁴⁴ *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386.

⁴⁵ *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83.

⁴⁶ *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765.

⁴⁷ E. CECCHERINI, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2692.

⁴⁸ Questioni abilmente discusse da D. NEWMAN, *The Section 35 Duty to Consult*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., spec. 355-364.

⁴⁹ J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, cit., 281 ss.

⁵⁰ P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 584; E. CECCHERINI, *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, cit., 32-36. Ne consegue che i trattati sono parte della storia costituzionale canadese molto più del *Constitution Act*, 1867. Cfr. P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, 2001, 151.

⁵¹ *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, 27.

⁵² G. OTIS, *Le libertà*, in AA. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, cit., 226.

“personale” o della comunità rompendo invece la dicotomia della tradizione giuridica occidentale tra territorio e politica. Eppure, l’elemento identitario rimane fortemente connesso al territorio dove il regime di personalità e i diritti fondiari si sovrappongono; proprio mediante il territorio si giunge a codificare in concreto e caso per caso i diritti degli aborigeni⁵³.

Il percorso della Corte, in questo senso, ha avuto inizio prima della novella costituzionale del 1982 con il caso *Calder*⁵⁴, quando venne sancita l’esistenza dei diritti atavici; seguì, nel 1985, il caso *Guerin*⁵⁵ ove la Corte enfatizzò che il mero fatto, ossia l’occupazione della terra da parte degli indigeni prima dell’arrivo degli europei, fosse sufficiente per l’*Aboriginal Title*, veniva definito *sui generis* non essendo riconducibile integralmente ad un diritto personale, di usufrutto e di *beneficial interest*⁵⁶.

Che la questione territoriale fosse intimamente connessa a quella della sovranità originaria fu ancor più chiaro se si considera il tentativo di istituire un vero e proprio autogoverno per le popolazioni indigene con il *Charlottetown Accord, 1992* che, come è noto, non si concretizzò⁵⁷, al contrario del riconoscimento dell’autonomia del territorio del Nunavut⁵⁸. Tale situazione di *impasse* circa il *self-government* ha generato un rilevante dibattito, soprattutto alla luce del coinvolgimento degli aborigeni nelle riforme costituzionali. Così il riconoscimento del *self-government* degli aborigeni potrebbe avvenire mediante la stipulazione dei trattati in considerazione del loro rango costituzionale ai sensi dell’art. 35⁵⁹. Non avendo avuto seguito le due opzioni, è stata la giurisprudenza costituzionale, *case by case*, ad aver definito i contorni dei diritti dei nativi nel solco della riconciliazione.

Come già osservato, negli anni 90’ vennero adottati una serie di giudizi sull’operatività della clausola derivante dall’art. 35. In *Sparrow*, in tema di *fishing rights*, la Corte rilevò che qualsiasi legislazione che interferisse con i diritti di pesca dei nativi fosse obbligata a «*demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights*»⁶⁰. In concreto, una specifica modalità di pesca tradizionale, che i convenuti consideravano illegittima ai sensi dell’art. 35, risultava contraria alla normativa federale in quanto la novella normativa avrebbe portato a sacrificare un interesse dei nativi. Si tratta di una vera e propria deroga alla legislazione generale, effettuata mediante i principi di adeguatezza e proporzionalità⁶¹ sottoponendo allo scrutinio della Corte le finalità della normativa federale e/o provinciale rispetto ai diritti e interessi dei nativi. Ad essa seguì *Van Der Peet*⁶², in cui venne definita con più precisione la “sostanza” dei diritti e interessi atavici; infatti, nel giudicare il commercio di salmone esercitato

⁵³ *Ibid.*, 228-233.

⁵⁴ *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313.

⁵⁵ *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, 376-377.

⁵⁶ *Ibid.*, 382. Le uniche caratteristiche essenziali erano l’inalienabilità e il *fiduciary duty of the Crown*. Già allora venivano espressi non pochi dubbi sulla *reductio* del *title* a questi due elementi. Cfr. J. HURLEY, *The Crown’s Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen*, in *McGill Law Journal*, 1985, 567-584. La giurisprudenza costituzionale ha impiegato decenni per giungere ad affermare che l’*Aboriginal title* può estendersi ad un territorio o area dove hanno sempre vissuto i nativi, non solo siti specifici di caccia, pesca o villaggi. Il riferimento è il caso *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44 (*infra*).

⁵⁷ P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey*, cit., 193-203; P. HOGG, M.E. Turpel, *Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues*, in *Canadian Bar Review*, 1995, 187 ss.

⁵⁸ Sul Nunavut cfr. M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni*, cit., 77-88.

⁵⁹ P. HOGG, M.E. TURPEL, *Implementing Aboriginal Self-Government*, cit., 216-218; P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 596-597.

⁶⁰ *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

⁶¹ *Ibid.*, 112. Meglio enunciato in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, 728: «First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?».

⁶² *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 30, 46, 51.

in modo contrario alla legge federale, la Corte ricordava che «*to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right at the time of contact*». Si trattava di interessi preesistenti al contatto con gli europei che non potevano in alcun modo ricomprendere pratiche che esulavano dall'identità culturale degli aborigeni, come venne specificato in *Pamajewon*⁶³. Il fine era quello della riconciliazione e della protezione degli interessi associati con l'identità e il territorio⁶⁴. Non deve stupire che proprio questa fu la rivendicazione dei nativi in *Delgamuukw*, probabilmente la sentenza più importante, sino alla più recente *Tsilhqot'in*.

Nella prima le doglianze dei nativi riguardavano l'*Aboriginal title* su un territorio più vasto rispetto alle riserve; in realtà la Corte Suprema rinviò il giudizio al tribunale d'appello (*British Columbia Court of Appeal*) per motivi processuali, ossia la validità di prove orali⁶⁵ non considerate precedentemente idonee per dimostrare la storica occupazione delle relative terre. In tale giudizio, la Corte definì l'*Aboriginal title* e sostenne che «*aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves aboriginal rights*». Così, l'*Aboriginal title* venne caratterizzato da una forte connessione con il territorio, culmine di un grado di intensità dell'applicazione dell'art. 35 che variava dalle semplici tradizioni, per poi passare a *site-specific rights* sino a giungere al "titolo", definito *sui generis*, che conferiva il diritto alla terra stessa⁶⁶.

La già menzionata *Tsilhqot'in* ha però posto una pietra miliare sul rapporto tra art. 35 e legislazione provinciale e federale e sui contorni dell'*Aboriginal title*⁶⁷. Infatti, in questo caso la rivendicazione dei nativi poneva la lettura dell'art. 35 in relazione tanto alla legislazione provinciale sui diritti reali (art. 92(13)) quanto a quella federale sulle riserve indiane (art. 91(24)). La Corte ha sostenuto l'inapplicabilità della *interjurisdictional immunity*⁶⁸ in ragione della funzione di parametro di legittimità costituzionale svolto dall'art. 35⁶⁹; in questo modo, pare opportuno segnalare che per la Corte l'art. 35 diviene norma parametro nel caso in cui venga accertata una lesione dei diritti degli aborigeni. L'altro aspetto su cui focalizzare l'attenzione è la caratterizzazione dell'*Aboriginal title* «*not confined to specific village sites or farms [...]*»; piuttosto è il "regolare" utilizzo del territorio da cui si evince il possesso in modo non dissimile dalla

⁶³ *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821. In questo caso si trattava di avviare l'attività del gioco d'azzardo in una riserva.

⁶⁴ Quest'ultimo aspetto è stato acutamente evidenziato da Macklem laddove CJ Lamer evidenziava che gli aborigeni vivevano in *distinctive communities*. Cfr. P. MACKLEM, *Form and Substance of Aboriginal Title*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., 332.

⁶⁵ *Delgamuukw*, cit., 87.

⁶⁶ Quindi anche attività non corrispondenti all'identità e cultura indigena: *ibid.*, 111, 138. Proprio perché nel *common law* l'occupazione della terra è una prova del possesso, dimostrata dal "semplice fatto" che quei territori erano regolati da un sistema di diritto consuetudinario preesistente; di qui la duplice natura dell'*aboriginal title*. Cfr. J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia*, *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, 537-596; K. McNEIL, *Emerging Justice. Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, 2001, 71-82; M.J. BRYANT, *Public law: an overview of aboriginal*, cit., 19-27.

⁶⁷ Infatti, precedentemente non era stata fornita una risposta diretta alla questione *Aboriginal title*, visto che in *Calder* la Corte si divise, in *Delgamuukw* fu un *obiter*, mentre in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 e *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13 la Corte rimase molto vaga. Non a caso è stato dedicato uno *special Issue* dell'[University of British Columbia Law Review](#), Vol. 48, Issue 3, 2015.

⁶⁸ Nel caso in cui una legge va a regolare anche una materia che ricade tra le competenze di un altro livello di governo essa diventa inapplicabile in quella materia che esula dal fondamento costituzionale sulla cui base è stata adottata. Tale dottrina si avvale della tecnica del *reading down*, ossia un'interpretazione restrittiva volta ricondurre la normativa adottata alla specifica competenza sancita dalla Costituzione. Cfr. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 361-362.

⁶⁹ Si veda E. CECCHERINI, *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, cit., 37-38.

tradizione di *common law*; inoltre, l'occupazione del territorio deve riflettere la *way of life* della popolazione aborigena, «*including those who were nomadic or seminomadic*»⁷⁰.

Il formante giurisprudenziale ha così sancito la "territorialità" dell'*Aboriginal title* su cui la comunità aborigena esercita i propri *inherent rights*. In questo modo si giunge ad un non dichiarato autogoverno del territorio a costituzione invariata grazie al ruolo delle corti⁷¹. Viene riproposto, nuovamente, il problema costituzionale del *self government* connesso alla sovranità degli aborigeni e alla riconciliazione: è questo il secondo aspetto del c.d. *interstitial/rescue federalism*.

Recentemente, il problema della sovranità è stato esaminato dalla giurisprudenza in tema di giurisdizione provinciale, evidenziando quanto la concezione politica del territorio si scontri con la *customary law*. In *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, i nativi reclamavano l'occupazione di un territorio che trascende i confini provinciali del Québec e Newfoundland e Labrador su cui da tempo era stato avviato un progetto di attività mineraria. Le doglianze dei nativi riguardavano l'utilizzo esclusivo del territorio nonché l'impatto ambientale e le conseguenze sui diritti di caccia, pesca e sulle risorse naturali. Essendo tale area sita in due province sorgeva il problema della giurisdizione in relazione a quella della provincia del Newfoundland e Labrador, non essendo accettabile che la successiva definizione dei confini provinciali potesse privare o impedire il diritto degli aborigeni ad un rimedio giurisdizionale effettivo⁷². Viene così confermato il giudizio della Corte d'Appello del Québec che aveva stabilito la propria giurisdizione, ribadendo la natura *sui generis* dell'*Aboriginal title*, in quanto non riconducibile a un diritto reale e a quello personale, né tantomeno a una combinazione di entrambi. L'analisi della Corte poggia sulla caratterizzazione mista dell'oggetto, poiché gli indigeni miravano al riconoscimento del *title* (diritto *sui generis*) e diritti di natura personale, mentre non avrebbe avuto giurisdizione nel caso in cui il ricorso avesse riguardato i diritti reali. Infatti, il codice civile del Québec garantisce la giurisdizione nel caso in cui il ricorrente sia domiciliato nel Québec, come le due imprese minerarie. La Corte ha sottolineato la specificità del caso asserendo che «*non-classical mixed action simply not been contemplated by the C.C.Q.*»; l'interpretazione del codice richiede una torsione alla luce della specialità dell'art. 35, così come l'*Honour of the Crown* e la funzione costituzionale dell'art. 35 richiedono una flessibilizzazione interpretativa per non rendere gravoso l'accesso alla giustizia per i nativi⁷³.

Anche da quest'ultimo giudizio si evince che la *vexata quaestio* della sovranità, questa volta in relazione alla giurisdizione, ha rivelato la necessità di una "flessibilità" interpretativa della normativa provinciale nonché la mancanza di disposizioni *ad hoc*. La giurisprudenza sull'*Aboriginal title* ha evidenziato un ulteriore elemento di quel federalismo interstiziale che esula dalla struttura federale canadese, ma che trae forza e fondamento dall'interpretazione teleologica derivante dall'art. 35.

⁷⁰ *Tsilhqot'in*, cit., spec. 2, 39, 42, 56, 59. In appello la Corte del British Columbia definì il caso «one of the most complex ever adjudicated in this country». *William v. British Columbia* (2012 BCCA 285), 128. In realtà la Corte chiarì numerosi altri punti come i diritti dei privati e gli interessi pubblici successivamente all'accertamento dell'*Aboriginal title*, alla necessità di compensazioni contestualmente alla disapplicazione della legislazione con specifico riferimento ai territori posseduti dai nativi. Tutti questi aspetti sono abilmente analizzati da D.M. ROSENBERG, J. WOODWARD, *The Tsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada*, in *University of British Columbia Law Review*, 2015, 943-970.

⁷¹ K. SWINTON, *La forma di governo*, in AA. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, cit., 159-161.

⁷² *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, cit., 49, 239, 249. Si noti che la Corte si è divisa (cinque a favore e quattro contrari) sulla giurisdizione del Québec ma tutti i giudizi sono stati concordi sul problema della giurisdizione e dell'accesso alla giustizia. A tale fine, la Corte pare invocare una soluzione concertata tra province e nativi sulla giurisdizione.

⁷³ *Ibid.*, 34-36, 50, 56-64. I riferimenti del Codice civile del Québec sono gli artt. 3148 e 3152. Può essere una soluzione prevedere *joint courts* per siffatti casi.

5. Brevi considerazioni conclusive

Come si è visto, il processo costituzionale canadese assieme alla giurisprudenza della Corte ha reso esplicito l'intento trasformativo dell'ordinamento; in particolare le Corti, nel ruolo di "legislatore positivo", hanno avuto un forte impatto sullo status costituzionale degli indigeni⁷⁴. D'altra parte, gli stessi strumenti costituzionali e la giurisprudenza spingono a sostenere che le disposizioni relative ai diritti degli aborigeni risultino una clausola di omogeneità che tende a flessibilizzare il federalismo duale. L'*interstitial federalism* viene definito dalla presenza di un corpus giurisprudenziale, di trattati e diritti che, ponendosi "nel mezzo", ossia tra giurisdizione federale e provinciali, diventano parametro di legittimità degli atti normativi di entrambi i livelli⁷⁵ al fine di tutelare un "asimmetrico" insieme di strutture di governance e autorità indigene legittimate dalla Costituzione, senza che, ad oggi, ciò sia configurabile formalmente come un terzo livello di governo⁷⁶.

Seppur il fine rimanga quello di riconciliare la sovranità della Corona con quella degli indigeni non va sottaciuto che la Corte, nella famosa *Reference* sulla secessione⁷⁷, avrebbe potuto osare di più. Infatti, in quel giudizio, la Corte ha considerato gli aborigeni come minoranze e non come *partners*, con tutte le specificità del caso, dell'ordinamento federale evitando così di soffermarsi sul ruolo delle *First Nations*. Così, se è pacifico sostenere l'intento riparativo rispetto alle sovranità preesistenti in modo non dissimile è possibile affermare che la sovranità del Canada risulti ancora "imperfetta". Ne è dimostrazione l'*interplay of Canada's contending sovereignties* tanto sul piano decisionale, visto che l'art. 35 "limita" gli organi legislativi, quanto sul piano delle fonti del diritto, tra cui si annoverano anche gli usi e consuetudini delle *First Nations*⁷⁸.

In tale contesto, la Corte Suprema ha assunto la funzione di *gap-filling* seppur rimanendo un organo giurisdizionale della sovranità statale che può anche negare le rivendicazioni dei nativi secondo tecniche interpretative derivanti dal *common law*. A questa critica⁷⁹, che evidenzia una continuità nella narrazione neocoloniale, va aggiunta una seconda che discute proprio la "categoria" di *interstitial federalism*⁸⁰: infatti, essa si fonda su un pensiero politologico e giuridico ancorato ad esperienze occidentali (Stati Uniti) e per questo motivo sembra ragionevole definire questo insieme di strumenti giuridici tipici del federalismo anche come *rescue federalism*, che sottolinea al meglio l'emergenza di fornire risposte costituzionali a problemi – la sovranità negata, è bene ricordarlo, "pre-costituzionali".

⁷⁴ R. HAMILTON, *Indigenous People and Interstitial Federalism in Canada*, cit., 58, 67.

⁷⁵ Secondo Hamilton questo prefigura un *interstitial law-making* in cui i diritti dei nativi diventano parte del «fabric of Canadian law and shape the constitutional relationships between the parties». *Ibid.*, 77.

⁷⁶ Se solo si considera la presenza del Territorio del Nunavut con proprie istituzioni pubbliche si comprende la scelta dei termini utilizzati.

⁷⁷ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁷⁸ Cfr. J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, cit., 291 ss.

⁷⁹ C. GORDON, *A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation*, in [Windsor Yearbook of Access to Justice](#), 2005, 20-21, 27-32. Cfr. anche P.B. WOOD, D.A. ROSSITER, *The Geography of the Crown: Reflections on Mikisew Cree and Williams Lake*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2020, 187-205.

⁸⁰ R. HAMILTON, *Indigenous People and Interstitial Federalism in Canada*, cit., 46 ss.

Nicola Maffei*

Dal *duty to consult* al *free, prior and informed consent*: verso un nuovo modello di *accomodation* per i popoli indigeni del Canada? **

ABSTRACT: L'obiettivo di questo contributo è valutare in quali termini l'intrapreso cammino di attuazione a livello interno da parte del Canada della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, mediante l'approvazione dell'UNDRIP Act del 21 giugno 2021, possa incidere sulla declinazione dei rapporti tra le autorità canadesi e i popoli indigeni del Paese nordamericano. In particolare, si verificherà se il principio del *free, prior and informed consent*, previsto all'interno della dichiarazione onusiana, possa influenzare ovvero sostituirsi alla dottrina giurisprudenziale del *duty to consult* come nuovo criterio informatore della consultazione e della cooperazione delle autorità canadesi con i popoli indigeni.

The aim of this paper is to assess how the path of implementation of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, undertaken by Canada through the approval of the UNDRIP Act of 21 June 2021, may affect the relations between the Canadian authorities and the Indigenous peoples of the North American country. In particular, it will be examined whether the principle of *free, prior and informed consent*, envisaged in the UN Declaration, may have an impact on or replace the judicial doctrine of the *duty to consult* as the new guiding principle of the consultation and cooperation between the Canadian authorities and Indigenous peoples.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le radici costituzionali dell'*accomodation* indigena – 3. La *duty to consult doctrine*: una costruzione del formante giurisprudenziale – 4. Il *free, prior and informed consent*: l'impulso internazionale per un rinnovato ruolo del formante legislativo?

1. Premessa

Nell'ambito della più ampia riflessione sulle politiche di *accomodation* delle identità culturali all'interno dello stato costituzionale, il presente contributo intende focalizzare l'attenzione sugli strumenti che il costituzionalismo canadese, all'interno del più generale percorso di *Reconciliation* tra *Aboriginal* e *non-Aboriginal peoples*, ha predisposto al fine di disciplinare i rapporti tra le autorità di governo e i diritti appartenenti ai popoli indigeni¹ del Paese nordamericano, secondo un modello compatibile con quanto sancito all'interno della *section 35* del *Constitution Act* del 1982.

Partendo dal richiamare l'affermazione e il riconoscimento a livello costituzionale, nel citato articolo 35, dei diritti esistenti – ancestrali o derivati dai trattati – dei popoli autoctoni del Canada, si procederà, in particolare, ad una ricostruzione del percorso di edificazione ed evoluzione, mediante la fondamentale opera della Corte Suprema canadese, della *duty to consult doctrine*.

Successivamente, si analizzerà l'influenza che la Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP), adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 2007, ha avuto in termini di rimodulazione delle relazioni tra autorità pubbliche e popoli indigeni relativamente ai diritti

* Dottorando di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Le parole "indigeni", "aborigeni" e "autoctoni" sono sinonimi e verranno in tale sede usati alternativamente. Tali termini sono usati per indicare gli abitanti originari di un determinato luogo. Il termine "indigeni" è usato all'interno della Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni dell'Assemblea Generale dell'ONU del 2007. Tuttavia, all'interno del *Constitution Act* del 1982 si parla di diritti dei "popoli aborigeni" con riferimento alle *First Nations*, agli *Inuit* e ai *Métis*.

insistenti sui loro territori, con riguardo, in particolare, al principio del *free, prior and informed consent* in essa sancito.

In questo senso, si procederà, da ultimo, a verificare come e se, in virtù dell'intrapreso cammino di attuazione a livello interno da parte del Canada della citata Dichiarazione mediante l'*UNDRIP Act* del 21 giugno 2021, il principio del *free, prior and informed consent* possa condizionare ovvero sostituirsi alla *duty to consult doctrine* come nuovo criterio informatore della consultazione e della cooperazione delle autorità canadesi con i popoli indigeni.

2. Le radici costituzionali dell'accomodation indigena

«*The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed*». Con queste parole, l'articolo 35(1) del *Constitution Act* del 1982 ha sancito il riconoscimento e l'affermazione a livello costituzionale dei diritti dei popoli indigeni del Canada², imponendo conseguentemente l'obbligo per la legislazione federale e provinciale di rispettare, in particolare, da un lato, gli *existing rights*, per tali intendendosi i diritti già appartenenti alle comunità autoctone prima dell'insediamento europeo e ancora riconosciuti a seguito della realizzatasi *Patriation*, e dall'altro, i *treaty rights*, nel cui novero rientrano, invece, i diritti espressi e riconosciuti nei trattati stipulati fra le autorità federali e provinciali e le popolazioni indigene³.

Letto in combinato disposto con quanto previsto altresì dall'articolo 25 della Carta canadese dei diritti e delle libertà⁴, l'articolo 35 ha rappresentato un importante momento di cesura rispetto alle politiche di assimilazione dei popoli indigeni adottate precedentemente dalle autorità canadesi nei confronti di questi ultimi sotto l'egida, dapprima, del dichiarato sforzo di edificazione della nazione canadese⁵ e, successivamente, del (fallito) tentativo di una loro integrazione o amalgamazione all'interno della società canadese⁶.

Sebbene, infatti, già nella pronuncia *Calder v. British Columbia* del 1973⁷ fosse stato affermato dalla Corte Suprema come i diritti di tali popoli non fossero il frutto di una concessione regia ma trovassero, invece, legittimazione nel loro essere ancestrali e preesistenti all'affermazione della sovranità della Corona, solo con la richiamata costituzionalizzazione dei diritti delle comunità autoctone del 1982 sono state create le basi per un nuovo patto costituente che, andando oltre la

² Ai sensi dell'art. 35(2) per tali si intendono le *First Nations*, gli *Inuit* e i *Métis*.

³ Per un'attenta analisi della difficile individuazione degli *existing aboriginal and treaty rights*, anche con il richiamo alla giurisprudenza della Corte Suprema sul punto, cfr. E. CECCHERINI, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 75-98.

⁴ Ai sensi dell'art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà approvata nel 1982 «*The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired*».

⁵ P. MCCURRY, *Section 35 Legal Framework: Implications for Evaluation*, in [The Canadian Journal of Program Evaluation](#), 2020, 4, 401.

⁶ Il riferimento è, ad esempio, all'istituzione del sistema delle *residential schools*, all'adozione del *Gradual Civilization of the Indian Tribes Act* del 1857, all'adozione dell'*Indian Act* ai sensi dell'art. 91(24) del *British North America Act* del 1867, nonché, successivamente, all'adozione da parte del Governo Trudeau del *White Paper* del 1969 – poi ritirato – teso all'eliminazione della distinzione tra indigeni e non indigeni. Cfr. E. CECCHERINI, *Un antico dilemma*, cit., 71-74; P. MCCURRY, *Section 35*, cit., 402.

⁷ *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, 31 gennaio 1973.

dialettica anglo-francofona, annoverasse anche gli indigeni tra i popoli protagonisti della sua edificazione⁸.

Tuttavia, dinanzi all'ampiezza della formulazione contenuta nell'articolo 35, vani sono risultati, negli anni immediatamente successivi, gli sforzi "istituzionali" tesi ad attribuire ad essa un significato concreto: il fallimento, in particolare, delle conferenze costituzionali a tal fine predisposte tra le autorità federali e provinciali e i leader aborigeni, nonché, successivamente, la mancata approvazione degli accordi di *Meech Lake* (1987) e *Charlottetown* (1992) hanno consegnato un quadro di grande fumosità e incertezza definitoria, determinato dal grande divario interpretativo tra indigeni e non indigeni riguardo alla disposizione richiamata.

A fronte, dunque, della riscontrata incapacità a livello politico nel chiarire l'esatta portata e gli specifici contenuti dell'articolo 35 del *Constitution Act*, l'istituzione chiamata a edificare un nuovo quadro di relazioni tra la Corona e i popoli indigeni, alla luce degli avvicendamenti costituzionali occorsi, è stata la Corte Suprema, la quale, sin dalle sue prime pronunce⁹, ha chiarito come una responsabilità di carattere fiduciario gravasse sulle autorità federali nei confronti delle istanze autoctone e come, pur riconoscendo l'autorità dei poteri legislativi federali con riguardo ai popoli aborigeni ai sensi dell'articolo 91(24) del *Constitution Act* del 1867, tali poteri dovessero essere letti alla luce dell'obbligo in capo alle autorità federali di garantire la più ampia tutela possibile degli interessi indigeni¹⁰.

Proprio all'interno di questa lettura fiduciaria e collaborativa dei rapporti tra Corona e comunità autoctone va ad inserirsi l'elaborazione della *duty to consult doctrine*, come strumento utile ad approntare una tutela dei diritti dei popoli indigeni il più possibile distante da logiche avversariali.

3. *La duty to consult doctrine: una costruzione del formante giurisprudenziale*

Il dovere di consultazione e, se del caso, soddisfazione dei popoli indigeni è una dottrina costituzionale che, come richiamato, può ricondursi al dettato dell'articolo 35(1) del *Constitution Act* del 1982. Nata e sviluppatasi con il preciso intento di invertire la tradizionale noncuranza delle autorità federali e provinciali/territoriali circa gli effetti delle loro azioni o decisioni sulle comunità indigene e, dunque, come risposta allo squilibrio di potere tra tali autorità e le comunità autoctone canadesi¹¹, essa richiede che la Corona – per tale intendendosi le autorità federali e provinciali – dialoghi con i popoli indigeni e, se necessario, soddisfi le loro richieste qualora contempa di porre in essere azioni in grado, eventualmente, di avere un impatto negativo o, più in generale, di incidere sui loro diritti ancestrali o derivati dai trattati. L'approdo a tale definizione, come accennato nella premessa, è il risultato di un lungo percorso che ha visto come principale protagonista la Corte Suprema negli anni successivi alla *Patriation* canadese, in un difficile sforzo di chiarificazione contenutistica attorno alla reale portata di ciò che si presenta come una norma procedurale aperta che, nel perseguimento del meritevole obiettivo di riconciliazione tra le autorità di governo della Corona e le nazioni indigene preesistenti, si compone di elementi specifici determinati a seconda dei singoli casi concreti¹².

⁸ G. ROLLA, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, cit., 1 ss.

⁹ *Guerin v. The Queen*, 1° novembre 1984; *R. v. Sparrow*, 31 maggio 1990.

¹⁰ J. B. KELLY, M. MURPHY, *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 2005, 2, 222-225.

¹¹ D. G. NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, 2014, 15.

¹² M. LAVOIE, *Assessing the Duty to Consult*, Vancouver, 2019, I, 5, disponibile sul sito del [Fraser Institut](http://www.fraserinstitute.org).

A questo proposito, il primo riferimento al *duty to consult* è stato previsto all'interno della seconda parte del cd *Sparrow test*¹³, elaborato dalla Corte Suprema nella sentenza *R v. Sparrow* del 1990 sul diritto di pesca dei Musqueam. In tale pronuncia, infatti, i giudici supremi di Ottawa, tra gli elementi utili a giustificare la violazione di uno dei diritti previsti ex articolo 35(1), hanno annoverato anche la previa consultazione, da parte delle autorità, del gruppo indigeno interessato dalla misura controversa¹⁴. Se, tuttavia, il rinvio a tale dovere non ha avuto un rilevante peso all'interno della pronuncia richiamata, è nella sentenza *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)* del 2004 che il *duty to consult* è stato oggetto di una piena ed autonoma concettualizzazione, anche in termini di legittimazione teorica, quale strumento in grado di approntare una tutela alle rivendicazioni indigene. In tale sentenza, infatti, la Corte, chiudendo una vicenda giudiziaria iniziata nel 2000 avente ad oggetto l'opposizione delle comunità indigene locali alla decisione del Governo della British Columbia a favore del taglio dei boschi per assicurare l'espansione dei terreni agricoli in un'area da tali comunità tradizionalmente abitata, ha affermato come la Corona avesse il dovere di consultare i popoli indigeni qualora intendesse operare incidendo in modo potenzialmente negativo sui loro diritti o sui loro titoli, anche se meramente invocati e non ancora definiti tramite negoziato o confermati dai tribunali¹⁵. Il fondamento teorico-costituzionale al quale la Corte ha ricondotto tale dovere è stato quello dell'*honour of the Crown*¹⁶ e, più in generale, della *Reconciliation*: in un'ottica di deflazione del contenzioso giurisdizionale in favore, invece, di soluzioni di carattere negoziale¹⁷, i supremi giudici di Ottawa hanno, infatti, considerato il dovere di consultazione come una delle possibili manifestazioni del più generale dovere di agire secondo buona fede e con onore in tutti i suoi rapporti con i popoli indigeni al quale la Corona è vincolata come portato dell'affermazione della sua sovranità sui popoli indigeni stessi, sui loro territori e sulle risorse da loro precedentemente controllate¹⁸.

Ai fini di tale studio, la pronuncia *Haida Nation* riveste un'importanza fondamentale anche per aver costituito il *leading case* del percorso giurisprudenziale mediante il quale, come accennato, la Corte Suprema ha progressivamente edificato ciò che oggi il *duty to consult* rappresenta all'interno dell'ordinamento canadese, e che qui si proverà a descrivere procedendo per gradi.

In questo senso, è importante innanzitutto chiarire la presenza di quali elementi faccia attivare il dovere di consultazione. A questo proposito, secondo quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Carrier Sekani* del 2010, confermando quanto già detto in *Haida Nation*, tale dovere si ingenera qualora 1) la Corona abbia conoscenza, effettiva o presunta, di una potenziale

¹³ La prima parte del test era relativo alle ipotesi nelle quali l'attività delle autorità violasse un diritto indigeno. Cfr. *R. v. Sparrow*, 1111-1113.

¹⁴ *R. v. Sparrow*, 1113-1119. Gli altri elementi di giustificazione richiamati sono stati 1) la presenza di un obiettivo legislativo valido; 2) la coerenza della misura con il principio dell'*honour of the Crown* e con l'attribuzione di un'adeguata priorità all'interesse indigeno; 3) il perseguimento del minor grado di violazione possibile nell'ottenimento del risultato desiderato; 4) la previsione di un equo compenso in caso di esproprio.

¹⁵ La Corte, nel par. 33, spiega infatti che limitare il *duty to consult* alla «*post-proof sphere*» potrebbe limitare l'obiettivo della riconciliazione, ad esempio mettendo a rischio i territori tradizionali in attesa della risoluzione di un reclamo. Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 18 novembre 2004. Nella sentenza dell'anno successivo *Mikisew Cree First Nation v. Canada* la Corte ha stabilito come il dovere di consultazione si applicasse anche relativamente alle decisioni in grado potenzialmente di incidere sui diritti derivati dai trattati, anche se tali decisioni non costituissero una violazione effettiva dei diritti derivati dai trattati. Cfr. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 24 novembre 2005, parr. 59-69.

¹⁶ «*The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown*». Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 16. Il principio dell'*honour of the Crown* non era un concetto nuovo per il diritto aborigeno: già nel 1895 la Corte Suprema aveva affermato come esso fosse «*faithfully fulfilled as a treaty obligation of the Crown*». Cfr. *Province of Ontario v. The Dominion of Canada and Province of Quebec. In re Indian Claims*, 9 dicembre 1895.

¹⁷ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 51.

¹⁸ *Ibidem*, par. 32.

rivendicazione o di un diritto aborigeno, 2) sia contemplata una condotta da parte della Corona, 3) vi sia la possibilità che tale condotta contemplata influisca negativamente su una rivendicazione o un diritto aborigeno¹⁹. Al di là della natura più o meno concreta o astratta delle decisioni delle autorità pubbliche qualificabili come “condotta della Corona”, ciò che emerge è un certo grado di difficoltà nel definire se una specifica condotta o comportamento sia in grado di far insorgere il dovere di consultazione, soprattutto se l’attività effettivamente verificatasi su un territorio di una comunità autoctona sia stata preceduta da una serie di decisioni ad essa funzionalmente prodromiche²⁰. Relativamente, poi, al quesito per il quale il *duty to consult* possa o meno attivarsi anche in relazione all’azione del potere legislativo, in base a quanto sancito dalla Corte nella sentenza *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)* del 2018, il dovere di consultazione dei popoli indigeni non può trovare applicazione nel procedimento di approvazione delle leggi, in quanto potenzialmente dante luogo a un’effettiva ingerenza del potere giudiziario nelle attività parlamentari, come tale non compatibile con i principi costituzionali della separazione dei poteri e della sovranità parlamentare²¹. L’inapplicabilità del dovere di consultazione nell’ambito del *law-making process* non esclude, tuttavia, che, qualora la legislazione derivante da tale procedimento sia lesiva di un diritto indigeno ancestrale o derivato dai trattati, essa risulti idonea a costituire legittimo fondamento per qualsiasi atto normativo di esecuzione, fermo restando anche qui l’eventuale superamento del già citato *Sparrow test*²².

Ricostruiti gli elementi ritenuti idonei, secondo la giurisprudenza richiamata, a ingenerare il *duty to consult*, è bene chiedersi in cosa consista effettivamente tale dovere. A questo proposito, si deve, ancora una volta, alla pronuncia *Haida Nation* il merito di aver provato a fornire alcune coordinate definitive in merito a un concetto dai tratti contenutistici fortemente influenzati dagli specifici contesti di applicazione. In base infatti alla pronuncia citata, il dovere di consultazione si concreta in uno spettro di azioni che la Corona deve compiere tenendo conto di due variabili indipendenti: 1) la forza della rivendicazione del titolo o del diritto aborigeno e 2) la gravità degli effetti potenzialmente negativi sul titolo o sul diritto aborigeno invocato.

Di conseguenza, in presenza di una debole rivendicazione del titolo o di un diritto limitato e di una possibilità di violazione minima, il *duty to consult* si declina come un mero dovere di dare comunicazione, divulgare informazioni e discutere eventuali questioni sollevate in risposta alla comunicazione; viceversa, dinanzi a un’ accertata fondatezza *prima facie* del reclamo, al grande peso attribuito al diritto da parte del popolo indigeno interessato e all’elevato rischio di un nocumento non risarcibile o compensabile, si rende necessaria una consultazione ben approfondita che preveda, da un lato, la possibilità per il popolo indigeno di presentare osservazioni e di partecipare come parte formale al processo decisionale, e dall’altro, la presentazione da parte delle autorità canadesi di motivazioni scritte tese a dimostrare l’avvenuta considerazione e presa in esame delle istanze autoctone²³. Sebbene il *duty to consult* possa in alcuni casi, come chiarito nella sentenza *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.* del 2017, specificarsi ed estendersi sino a prevedere che le autorità, per un verso, finanzino l’effettiva partecipazione degli indigeni al processo decisionale e, per l’altro, garantiscano risposte adeguate alle istanze di questi ultimi²⁴, esso non si traduce mai nell’imporre alla Corona il perseguimento di un risultato specifico o di un inafferrabile livello di perfezione: purché le consultazioni siano

¹⁹ Cfr. *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 28 ottobre 2010, par. 31.

²⁰ N. BANKES, *The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*, in [Arctic Review on Law and Politics](#), 2020, 11, 258-259.

²¹ *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 11 ottobre 2018, parr. 35-36.

²² *Ibidem*, parr. 48, 152, 154, 156. In tale pronuncia, nell’ambito dello *Sparrow test* il *duty to consult* ha trovato maggiore valorizzazione da parte dei giudici supremi.

²³ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, parr. 43-44.

²⁴ Cfr. *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 26 luglio 2017.

condotte in buona fede e con il massimo sforzo da parte delle autorità²⁵, il dovere può infatti considerarsi da queste ultime rispettato. In questo senso, il *duty to consult* non comporta il riconoscimento di un potere di veto in capo ai popoli indigeni sui progetti potenzialmente incidenti sui loro territori e sui loro diritti²⁶, rendendosi necessario il loro consenso limitatamente alle ipotesi nelle quali sul quel determinato territorio sia stato precedentemente riconosciuto un titolo aborigeno²⁷, e ferma restando anche qui la possibilità per la Corona, in caso di mancato ottenimento del necessario consenso, di superare tale *empasse* giustificando la violazione secondo quanto previsto dallo *Sparrow test*.

Il terzo aspetto che va, a questo punto, indagato è quali siano effettivamente le parti coinvolte nel *duty to consult*. A tal riguardo, se, da un lato, risulta agevole sottolineare come il dovere di consultazione veda come destinatario l'intero gruppo indigeno e come, sulla base di quanto affermato dalla Corte Suprema nella sentenza *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation* del 2010, il singolo componente del gruppo, preso individualmente, non possa legittimamente considerarsi parte necessaria e imprescindibile delle consultazioni²⁸, dall'altro lato, il generico riferimento alla Corona, come soggetto cui spetta tale dovere, necessita di maggiore approfondimento. A questo proposito, è bene ricordare come nell'ordinamento canadese siano l'Esecutivo federale e gli Esecutivi provinciali a rappresentare la Corona. Tuttavia, tali soggetti istituzionali, nei progetti che richiedono l'adempimento del dovere di consultazione, si affidano molto spesso all'operato dei singoli dipartimenti o dei singoli ministri o, ancora, delle autorità amministrative indipendenti. A queste ultime, in base alla giurisprudenza della Corte Suprema, a seconda del grado di autorità conferito loro dalle leggi che ne definiscono i poteri e i doveri, la Corona può delegare totalmente o parzialmente l'adempimento del dovere di consultazione ovvero attribuire il potere e la responsabilità di determinare se il dovere stesso sia stato da essa correttamente assolto²⁹. Per quanto concerne, invece, gli operatori economici promotori del progetto, sebbene la Corona possa delegare loro alcuni aspetti di carattere procedurale³⁰, essi vengono, tuttavia, considerati terze parti, restando dunque in capo alle autorità federali o provinciali la responsabilità ultima di adempiere adeguatamente il proprio dovere di consultazione nei confronti dei popoli indigeni interessati dal progetto stesso³¹.

Richiamate le cause, gli elementi costitutivi e i soggetti del *duty to consult*, restano ancora da analizzare le conseguenze di un'eventuale violazione di tale dovere. Il primo rimedio possibile è, a tal proposito, una dichiarazione giudiziale attestante la violazione da parte della Corona del suo dovere di consultazione, dalla quale deriverebbe il diritto dei popoli indigeni interessati ad ottenere un'ulteriore dichiarazione giudiziale di nullità nei confronti di qualsiasi decisione adottata

²⁵ Cfr. *Delgamuukw v. British Columbia*, 11 dicembre 1997, par. 168; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 62.

²⁶ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 48; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 26 luglio 2017, par. 59; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2 novembre 2017, parr. 80, 83.

²⁷ Cfr. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 26 giugno 2014, par. 76. Inoltre, nella pronuncia *Delgamuukw v. British Columbia* la Corte ha affermato come fosse necessario il pieno consenso della comunità indigena anche qualora le autorità provinciali emanassero regolamenti di caccia e pesca in relazione alle terre aborigene. Cfr. *Delgamuukw v. British Columbia*, 11 dicembre 1997, par. 168.

²⁸ Sebbene il gruppo indigeno possa designare un individuo come suo rappresentante all'interno delle consultazioni, questo generalmente non comporta che il singolo sia legittimato a essere consultato separatamente rispetto al gruppo cui appartiene. Cfr. *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 19 novembre 2010, par. 35.

²⁹ Cfr. *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, parr. 55, 56, 57, 60, 74; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, par. 5; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, parr. 1, 22.

³⁰ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 53.

³¹ Cfr. *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 22.

in violazione del dovere stesso³². Tuttavia, sono previsti ulteriori strumenti rimediali quali, ad esempio, l’emanazione di provvedimenti ingiuntivi, la condanna al risarcimento dei danni, nonché l’ordine per la Corona di effettuare le consultazioni o di impegnarsi in consultazioni più approfondite che possano permettere di colmare le lacune emerse tenendo contemporaneamente vivo il progetto impattante sulla comunità autoctona interessata³³.

L’ultimo elemento da approfondire, ai fini di un efficace inquadramento del *duty to consult*, è l’eventuale dovere di soddisfazione delle istanze indigene. Nato come diretto portato dell’adozione del principio di buona fede come canone di conduzione delle consultazioni con i popoli autoctoni, tale dovere, che può concretarsi, ad esempio, nell’introduzione di modifiche relative alla portata, alla conformazione, al luogo nonché alle tempistiche del progetto oggetto di confronto, è anch’esso influenzato in maniera molto rilevante dalle circostanze di ogni singolo caso concreto. Inoltre, la sua insorgenza va considerata come un esito meramente possibile e non automatico³⁴, rilevando a questo proposito la circostanza per la quale gli interessi indigeni, in sede di soddisfazione, debbano comunque essere bilanciati e ponderati, secondo quanto affermato ancora una volta dalla Corte Suprema, con gli altri interessi della società³⁵.

Prescindendo, in questa sede, dalle critiche che pur sono state sollevate in dottrina circa l’idoneità teorica e procedurale della *duty to consult doctrine* nell’assicurare una tutela effettiva delle istanze dei popoli indigeni interessati da progetti e azioni incidenti sui loro territori³⁶, il dato che sicuramente emerge dalla disamina qui brevemente condotta è il carattere significativamente elastico del dovere di consultazione, il quale, nonostante i richiamati sforzi di sistematizzazione della giurisprudenza costituzionale, sconta, nondimeno, un certo grado di subalternità rispetto ai singoli casi concreti in relazione ai quali si rende necessaria la sua attivazione ed articolazione. Tale circostanza porta a chiedersi se nell’ordinamento canadese siano state ricercate o sviluppate ulteriori soluzioni per il perseguimento dell’obiettivo finale della *Reconciliation* con i popoli indigeni.

A questo proposito, risulta ora opportuno passare all’analisi del principio del *free, prior and informed consent*, previsto, come richiamato nella premessa, all’interno della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007.

4. Il *free, prior and informed consent*: l’impulso internazionale per un rinnovato ruolo del formante legislativo?

Il 21 giugno 2021 ha rappresentato un momento fondamentale per il cammino di riconciliazione del Canada con i popoli indigeni. In tale data, infatti, il Bill C-15, denominato *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act (UNDRIP Act)*, ha ricevuto il *Royal Assent*, entrando così in vigore come legge federale dello Stato. Per comprendere, tuttavia, la

³² Cfr. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 69; *Gitxaala Nation v. Canada*, 23 Giugno 2016, par. 333; *Tsleil-Waututh v. Canada (Attorney General)*, 30 Agosto 2018, par. 768.

³³ Cfr. *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, par. 37; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, par. 89; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 69.

³⁴ Cfr. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 66.

³⁵ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 50; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, par. 59.

³⁶ Cfr. N. BANKES, *The Duty to*, cit., 264-266; M. PAPILLON, T. RODON, *Indigenous Consent and Natural Resource Extraction: Foundations for a Made-in-Canada Approach*, Montreal, 2017, 218-222, in cui si parla dei limiti che le *Environmental Impact Assessment Consultations (EIAs)* e gli *Impact and Benefits Agreements (IBAs)* dimostrano nell’assolvere il compito loro delegato dalle autorità di attuare il dovere di consultare, soddisfare e, in alcuni casi, ricercare il consenso dei popoli indigeni.

portata di tale atto normativo – e la conseguente sua rilevanza ai fini di tale studio – è opportuno fare un passo indietro al 13 settembre 2007, data in cui l'Assemblea Generale dell'ONU ha adottato, nella sua 62^a sessione, la Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP).

Adottata mediante risoluzione giuridicamente non vincolante, tale Dichiarazione rappresenta ad oggi il più importante strumento internazionale per la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni di tutto il mondo. All'esito di un percorso durato più di due decenni, l'UNDRIP, consolidando una pluralità di regole già riconosciute nell'ambito della comunità internazionale³⁷, ha fissato un ampio raggio di diritti collettivi e individuali per i popoli indigeni con il fine di garantire standard minimi legati alla loro sopravvivenza, dignità e benessere. Nei suoi 46 articoli, preceduti da un preambolo di 24 paragrafi, l'UNDRIP ha, infatti, riconosciuto ad essi diritti legati a ogni aspetto della loro vita quali l'autodeterminazione e l'autogoverno, l'uguaglianza e la non discriminazione, la lingua e la cultura, la religione e la spiritualità, l'uso della terra e delle risorse naturali, l'istruzione, la salute³⁸.

Il portato che, tuttavia, qui più rileva della Dichiarazione onusiana del 2007 è stato – usando le parole di James Anaya, allora relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni – l'aver fissato per gli Stati le norme e i principi fondamentali da rispettare nell'impostazione e nella gestione dei loro rapporti con i popoli autoctoni³⁹. In questo senso, ponendo in particolare l'attenzione sui diritti di questi ultimi sui territori da loro occupati e fatti oggetto di interventi da parte delle autorità statali, il punto centrale della Dichiarazione è costituito dal principio del *free, prior and informed consent* (FPIC), in essa più volte menzionato⁴⁰.

Sebbene il concetto dell'auspicato o necessario consenso dei popoli indigeni fosse già stato previsto all'interno di altri strumenti internazionali⁴¹, solo con l'UNDRIP tale principio è, infatti, emerso inequivocabilmente come criterio internazionale posto alla guida delle relazioni trilaterali tra gli Stati, i gruppi autoctoni e gli operatori economici attivi sui loro territori. In particolare, negli articoli 19 e 32(2) dell'UNDRIP si prevede che gli Stati debbano cooperare e consultarsi in buona fede con i popoli indigeni, mediante le loro istituzioni rappresentative, al fine di ottenere il loro consenso libero, previo e informato rispettivamente «prima di adottare o applicare misure

³⁷ W.R. ECHO-HAWK, *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden, 2013, 39: «*The standards in the Declaration do not create new or special rights for indigenous peoples. ... [O]ne purpose of the Declaration is to connect the human rights of indigenous peoples to the larger body of international human rights law and make that body more accountable to the needs and circumstances of indigenous peoples*».

³⁸ Il testo completo dell'UNDRIP è disponibile su [UNDRIP](#).

³⁹ J. ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*, UN Human Rights Council, 15 Luglio 2009.

⁴⁰ Il principio del *free, prior and informed consent* viene richiamato negli artt. 10, 11, 19, 28, 29, 32 dell'UNDRIP.

⁴¹ Cfr. *Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXIII on the Rights of Indigenous Peoples*, U.N. Doc. A/52/18. 1997: «*The Committee calls in particular upon States Parties to (...) ensure that indigenous peoples can participate effectively in public life and that decisions affecting their rights are made with their informed consent*»; *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life*, U.N. Doc. E/C.12/GC/21, 21 dicembre 2009, par. 37: «*Indigenous peoples have the right to act collectively to ensure respect for their right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literature, designs, sports and traditional games, and visual and performing arts. States parties should respect the principle of free prior and informed consent of indigenous peoples in all matters covered by their specific rights*»; *International Labour Organization Convention 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, art. 6(2): «*The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures*».

legislative o amministrative che li riguardino»⁴² e «prima dell'approvazione di qualsiasi progetto che influisca sulle loro terre o territori e sulle altre risorse, in modo particolare per quanto concerne la valorizzazione, l'uso o lo sfruttamento delle risorse minerarie, idriche o di altro tipo»⁴³. Alla luce di tali due articoli, si può, dunque, affermare come il rispetto del FPIC si concreti nel riconoscere ai popoli indigeni il potere di prendere autonome decisioni di consenso in merito all'adeguatezza dei progetti di sviluppo aventi ad oggetto i loro territori, purché tali decisioni siano prese in modo *libero* – e cioè scevro da ogni tipo di coercizione, intimidazione o manipolazione da parte delle autorità o delle terze parti in cerca del consenso necessario – *previo* – e cioè mediante un loro coinvolgimento sin dalle prime fasi del processo di pianificazione del progetto e in modo da consentire loro di prendere adeguatamente in considerazione le misure proposte – e *informato* – cioè fondato su una completa e solida cognizione dei problemi e delle conseguenze potenzialmente derivanti dalle loro scelte⁴⁴.

Definito in questi termini e letto come parte integrante di un più ampio insieme di norme tese ad assicurare ai popoli indigeni il godimento e lo sviluppo dei loro diritti, il FPIC è stato, di conseguenza, bidirezionalmente interpretato come portato e garanzia del loro diritto all'autodeterminazione: da un lato, infatti, è stato considerato come la prima e diretta conseguenza del potere dei popoli autoctoni, proprio in quanto titolari del diritto all'autodeterminazione, di compiere decisioni sul loro futuro e sui territori da loro tradizionalmente occupati⁴⁵; dall'altro lato, è stato letto come lo strumento maggiormente idoneo, mediante l'imposizione agli Stati di obblighi di cooperazione e collaborazione, ad assicurare effettività ed operatività all'autodeterminazione indigena⁴⁶.

Un simile inquadramento teorico, unito all'ampiezza – e conseguente ambiguità – delle formulazioni degli articoli 19 e 32 dell'UNDRIP⁴⁷, ha fatto in modo che si generasse un intenso dibattito interpretativo tra, da una parte, i sostenitori di una visione del principio del FPIC come espressione dell'obbligo per le autorità pubbliche di ottenere il consenso dei popoli indigeni, titolari, pertanto, di un potere di veto, e dall'altra parte, i propugnatori di una lettura procedurale del principio medesimo quale criterio su cui basare le consultazioni con le comunità autoctone al fine di perseguire (senza necessariamente ottenere) il loro consenso⁴⁸. Sul piano istituzionale, tale

⁴² Art. 19 UNDRIP: «*States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them*».

⁴³ Art. 32 UNDRIP: «*1. Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources. 2. States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. 3. States shall provide effective mechanisms for just and fair redress for any such activities, and appropriate measures shall be taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact*».

⁴⁴ G. GIBSON MACDONALD, G. ZEZULKA, *Understanding Successful Approaches to Free, Prior, and Informed Consent in Canada. Part I*, Boreal Leadership Council, Ottawa, 2015, 8; M. PAPILLON, T. RODON, *Indigenous Consent*, cit., 4; J. ANAYA, *Report of the*, cit., parr. 50-53.

⁴⁵ M. PAPILLON, T. RODON, *Indigenous Consent*, cit., 2.

⁴⁶ *Self-determination & Free, Prior and Informed Consent. Understanding the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 1° febbraio 2021, Coalition for the Human Rights of Indigenous Peoples, 13-14.

⁴⁷ In base agli artt. 19 e 32 gli Stati devono «*consult and cooperate*» con i popoli indigeni al fine di «*obtain...consent*».

⁴⁸ M. BARELLI, *Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead*, in *Int. J. Hum. Rights*, 2012, 1, 1-24; D. FARGET, M.-P. FULLUM-LAVERY, *La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le plan Nord. Perspective juridique interne et internationale*, in *McGill L. J.*, 2014, 3, 596-653; T. WARD, *The Right to Free, Prior,*

conflitto ermeneutico si è tradotto in un certo scetticismo da parte di molti Stati, i quali, pur dichiarando il proprio sostegno politico all'UNDRIP, hanno, tuttavia, proceduto a una lettura dell'articolo 32 della Dichiarazione come una disposizione programmatica esortante le autorità pubbliche a ricercare il consenso indigeno piuttosto che a ottenerlo formalmente⁴⁹.

A tale proposito, il Paese che più di tutti si è dimostrato restio all'approvazione e all'attuazione a livello interno dell'UNDRIP è stato il Canada: attraverso una narrazione retoricamente attribuite al FPIC il valore di *veto power* nelle mani dei popoli indigeni, le autorità di Ottawa, che già nel 2007 avevano votato contro l'adozione della Dichiarazione⁵⁰, sia nel 2010 – in occasione del sostegno con riserva fornito nei confronti della stessa⁵¹ – che nel 2014 – a margine dell'adozione da parte dell'Assemblea Generale ONU del documento finale della prima Conferenza mondiale sui popoli indigeni⁵² – hanno sottolineato, infatti, l'incompatibilità di un FPIC così concepito con il quadro giuridico-costituzionale canadese, facente già affidamento, come noto, sulla ben consolidata dottrina del *duty to consult* ai fini della gestione delle relazioni con i popoli autoctoni.

Nonostante tale renitenza sul piano politico-istituzionale, il peso dell'UNDRIP, quale fattore cruciale per il percorso di riconciliazione del Canada con i popoli indigeni, ha avuto modo di imporsi nel dibattito pubblico canadese tramite altre vie. Se da un lato, infatti, già a partire dal 2012 la giurisprudenza delle corti ha riconosciuto il valore dell'UNDRIP quale strumento utile a guidare l'interpretazione legislativa⁵³, dall'altro lato, dalla *Call to action* n. 43, pubblicata dalla Commissione per la verità e la riconciliazione del Canada⁵⁴ al termine dei suoi lavori nel 2015, è emersa con chiarezza la richiesta nei confronti delle autorità federali e provinciali di avviare il percorso di adozione dell'UNDRIP quale «*framework for reconciliation*»⁵⁵ con i popoli indigeni canadesi.

Dinanzi a tali istanze, l'allora appena insediato Governo Trudeau, in netto contrasto con la sostanziale rigidità dimostrata dalla precedente amministrazione federale nella gestione delle relazioni con i popoli indigeni, ha mostrato i primi segnali di apertura verso l'attuazione a livello

and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law, in *Northwest. J. Int. Hum. Rights*, 2011, 2, 54-84.

⁴⁹ M. BARELLI, *Free, prior and*, cit., 1-24; J. GILBERT, C. DOYLE, *A new dawn over the land: shedding light on collective ownership and consent*, in S. Allen, A. Xanthaki (curr.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2011, 289-322; P. HANNA, F. VANCLAY, *Human rights, Indigenous peoples and the concept of free, prior and informed consent*, in *Impact Assess and Project Appraisal*, 2013, 2, 146-157; T. WARD, *The Right to*, cit., 54-84.

⁵⁰ Gli altri Paesi contrari nel 2007 all'adozione dell'UNDRIP erano Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda.

⁵¹ *Canada's Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 12 novembre 2010.

⁵² «*Free, prior and informed consent...could be interpreted as providing a veto to Aboriginal groups and in that regard, cannot be reconciled with Canadian law, as it exist*». Cfr. *Canada's Statement on the World Conference on Indigenous Peoples Outcome Document*, New York, 22 settembre 2014.

⁵³ Le corti canadesi hanno riconosciuto l'utile impiego dell'UNDRIP 1) per preferire un'interpretazione legislativa il più possibile coerente con gli obblighi internazionali del Canada; 2) per informare l'approccio contestuale dei giudici prodromico all'interpretazione legislativa; 3) per identificare i valori e i principi che dovrebbero guidare l'interpretazione legislativa. Cfr. *Simon v. Canada (Attorney General)*, 4 novembre 2013, par. 121; *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 18 aprile 2012, par. 350-354.

⁵⁴ La Commissione per la verità e la riconciliazione del Canada (*The Truth and Reconciliation Commission of Canada*) è stata una commissione istituita in seno all'*Indian Residential Schools Settlement Agreement*, attiva dal 2008 al 2015 come strumento per avviare nel Paese una riflessione e indirizzare l'opinione pubblica verso una riconciliazione nel segno della verità storica in merito alle conseguenze negative dell'istituzione del sistema delle *Residential Schools* sugli indigeni canadesi e sulle loro famiglie.

⁵⁵ *Truth and Reconciliation Commission of Canada: Calls to Action*, par. 43: «*We call upon federal, provincial, territorial, and municipal governments to fully adopt and implement the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples as the framework for reconciliation*». Cfr. Altresì il par. 44: «*We call upon the Government of Canada to develop a national action plan, strategies, and other concrete measures to achieve the goals of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*».

interno dell'UNDRIP: dapprima, nel 2015, dichiarando l'impegno a rivedere tutte le leggi, i regolamenti e le politiche federali alla luce della Dichiarazione⁵⁶, e successivamente, il 10 maggio 2016, fornendo il pieno sostegno e impegnandosi alla piena attuazione della stessa mediante una dichiarazione resa dinanzi al Forum Permanente per le questioni indigene delle Nazioni Unite⁵⁷, nella quale tuttavia, pur sottolineando l'adesione incondizionata al FPIC, è stata ribadita la necessità di leggere tale principio in modo coerente con le pratiche e il quadro giuridico-costituzionale vigenti in Canada⁵⁸, ivi compreso, di conseguenza, il *duty to consult*.

L'appena richiamato impegno politico da parte del Governo federale, ribadito altresì nel 2017 con la pubblicazione dei *Principles respecting the Government of Canada's relationship with Indigenous peoples*⁵⁹, ha rappresentato – ed è quanto qui interessa rilevare – la premessa fondamentale per l'*auspicata* azione del legislatore, a livello sia provinciale che federale, volta a rendere concretamente operativa l'UNDRIP, e il FPIC in essa incorporato, all'interno dell'ordinamento costituzionale canadese.

In particolare, se già nel 2016 un *private Member's Bill* (Bill C-262) – in seguito decaduto per la fine della 42ª legislatura nel settembre 2019 – era stato introdotto dal deputato Romeo Saganash con l'obiettivo di avviare un processo di collaborazione mediante il quale il Governo federale avrebbe operato insieme ai popoli indigeni per individuare le leggi federali da riformare per soddisfare i requisiti dell'UNDRIP, successivamente, in data 28 novembre 2019, la British Columbia ha adottato il *Declaration on the Rights of Indigenous Act*, divenendo così la prima Provincia ad approvare un testo legislativo finalizzato ad attuare gli obiettivi dell'UNDRIP e a facilitare l'adeguamento delle leggi provinciali alla stessa, anche mediante la previsione dell'obbligo per il Governo provinciale di predisporre e redigere un *Action Plan* con la collaborazione dei popoli indigeni da presentare successivamente dinanzi all'Assemblea Legislativa della Provincia⁶⁰. Dove, tuttavia, si è registrato il più grande sforzo, da parte delle autorità canadesi, di edificazione – questa volta a livello federale – di un quadro giuridico idoneo ad attuare pienamente l'UNDRIP e i diritti in essa incorporati mediante un processo di coinvolgimento, consultazione e cooperazione con i popoli indigeni, è stato con il già citato *UNDRIP Act*. Un significativo atteggiamento di apertura nei confronti dei popoli autoctoni da parte del Governo federale è emerso, peraltro, già in fase di stesura del relativo progetto di legge. Il Bill C-15, presentato il 3 dicembre 2020 dinanzi alla Camera dei Comuni dal Ministro della Giustizia e Procuratore Generale del Canada con il supporto del Ministro per le relazioni Corona-Indigeni, ha rappresentato, infatti, il risultato di

⁵⁶ J. SMITH, *Canada will implement UN Declaration on Rights of Indigenous Peoples, Carolyn Bennett says*, in *Toronto Star*, 12 novembre 2015.

⁵⁷ Il Forum Permanente per le questioni indigene delle Nazioni Unite (UNPFII) è un organo consultivo del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite istituito nel 2000 con l'obiettivo di affrontare le problematiche dei popoli indigeni relative allo sviluppo economico e sociale, alla cultura, all'ambiente, all'istruzione, alla salute e ai diritti umani.

⁵⁸ *Speech delivered at the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues*, New York, 10 maggio 2016.

⁵⁹ In base in particolare al n. 6 di tali Principi «*The Government of Canada recognizes that meaningful engagement with Indigenous peoples aims to secure their free, prior, and informed consent when Canada proposes to take actions which impact them and their rights, including their lands, territories and resources*». Cfr. *Principles Respecting the Government of Canada's Relationship with Indigenous Peoples*, 12.

⁶⁰ Il 30 marzo 2022 la British Columbia ha pubblicato il suo *Action Plan* redatto con la collaborazione dei popoli indigeni. Esso di articola in 89 punti organizzati in quattro temi: 1) autodeterminazione e diritto intrinseco all'autogoverno dei popoli indigeni; 2) titoli e diritti dei popoli indigeni; 3) porre fine al razzismo e alla discriminazione nei confronti dei popoli indigeni; 4) benessere sociale, culturale ed economico dei popoli indigeni. I progressi compiuti in collaborazione con i popoli indigeni nell'ambito dell'*Action Plan* saranno esaminati su base annuale e resi pubblici in un rapporto annuale che sarà redatto in consultazione e collaborazione con i popoli indigeni e presentato all'Assemblea Legislativa Provinciale entro il 30 giugno di ogni anno. L'*Action Plan* sarà aggiornata in modo completo entro cinque anni. Per il testo dell'*Action Plan* cfr. *Declaration on the rights of Indigenous peoples Act Action Plan 2022-2027*.

un'intensa serie di colloqui e consultazioni che le autorità federali hanno tenuto con vari attori istituzionali, sociali ed economici. In particolare, per quanto riguarda il dialogo con i popoli indigeni, numerosi incontri si sono tenuti non solo con i loro principali organi rappresentativi⁶¹ in merito al progetto di legge oggetto di consultazione, ma altresì con un considerevole numero di altre organizzazioni indigene portatrici di istanze specifiche, al fine di offrire loro l'opportunità di conoscere il progetto oggetto di consultazione e di condividere le loro opinioni sui miglioramenti raccomandati al testo proposto. A tali incontri le autorità federali hanno inoltre affiancato, da un lato, tavole rotonde con gli operatori industriali interessati e, dall'altro, colloqui con le autorità provinciali e territoriali secondo il consueto canone della riservatezza al fine di fornire chiarimenti sul progetto e recepire le preoccupazioni utili alla discussione dello stesso⁶². In linea di continuità e in perfetta coerenza con il *modus operandi* dimostrato dalle autorità federali nella fase prodromica alla presentazione del progetto di legge qui brevemente richiamata, il testo normativo entrato in vigore il 21 giugno 2021 può oggi definirsi come il passaggio chiave ai fini del definitivo radicamento di un rapporto dialogico e cooperativo tra il Governo canadese e i popoli indigeni, in grado di incidere altresì sulla configurazione e sul valore del FPIC. Nell'ottica del perseguimento di due obiettivi fondamentali quali, da un lato, l'affermazione dell'UNDRIP come strumento internazionale di tutela dei diritti umani utile all'interpretazione ed attuazione del diritto canadese e, dall'altro lato, la costruzione di un quadro giuridico funzionale alla piena attuazione dell'UNDRIP stessa a livello federale, l'*UNDRIP Act* prevede, infatti, come il Governo del Canada, 1) nell'adottare tutte le misure necessarie per assicurare che le leggi federali siano conformi alla Dichiarazione 2) nel predisporre ed attuare un *Action Plan* per raggiungere gli obiettivi della Dichiarazione e 3) nello sviluppare un report annuale sui progressi in tal senso compiuti da sottoporre all'esame del Parlamento, debba agire sempre in consultazione e cooperazione con i popoli indigeni. È evidente, dunque, come una così "pluralisticamente proceduralizzata" attuazione dell'UNDRIP a livello federale, prevista e auspicata in tale atto legislativo, rappresenti l'occasione per il definitivo superamento del summenzionato approccio scettico dimostrato negli anni passati dalle autorità canadesi nella lettura delle relazioni Corona-indigeni, in favore, invece, dell'edificazione di un condiviso quadro di riconciliazione lenitivo del passato coloniale, di violenza e di discriminazione razziale vissuto nei secoli precedenti dai popoli autoctoni del Canada⁶³. In questo senso, l'attuazione a livello interno del FPIC rappresenta un esempio emblematico di tale sfida. Sebbene infatti possa pacificamente riconoscersi come tale principio, così come previsto dalla Dichiarazione dell'Assemblea Generale dell'ONU, si spinga ben oltre il *duty to consult* canadese, ponendo al centro il consenso dei popoli indigeni in tutte quelle decisioni che possano avere effetti sui loro interessi e sui loro diritti, è parimenti evidente come il "partecipato" percorso attuativo della Dichiarazione delineato dall'*UNDRIP Act* – con particolare riferimento all'*Action Plan* da esso previsto – rappresenti l'opportunità per giungere a una altrettanto partecipata definizione a livello interno del principio del FPIC che, disinnescando i già richiamati possibili risvolti divisivi e conflittuali derivanti da una lettura dello stesso in termini di *veto power*, lo elevi, per contro, a principale strumento di garanzia ed operatività di un rinnovato ruolo dei popoli indigeni non più come soggetti meramente da consultare, bensì come membri pienamente partecipi, insieme alle autorità federali e agli operatori economici coinvolti, di ogni progetto o azione che possa impattare sui loro diritti, sulle loro comunità e sui loro territori⁶⁴.

⁶¹ *Assembly of First Nations (AFN), Métis National Council (MNC), Inuit Tapiriit Kanatami (ITK).*

⁶² Per un'analisi del processo di consultazione prodromico alla presentazione del Bill C-15 cfr. *Bill C-15: What we learned report – Department of Justice.*

⁶³ Il testo completo della legge è disponibile su [UNDRIP](#).

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 6(4) dell'*UNDRIP Act*, l'*Action Plan* deve essere predisposta entro due anni dall'entrata in vigore della legge.

Floriana Plataroti*

L'effettività delle tutele nella diversità culturale: un'auspicabile valorizzazione delle differenze culturali nel rispetto dei principi fondamentali della persona**

ABSTRACT: *Nel presente lavoro si illustreranno, partendo dalla definizione di reato culturalmente orientato, i diversi rimedi, utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche più di recente, per dare rilevanza, laddove possibile e senza compromettere la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, al movente culturale.*

Starting from the definition of culturally oriented crime, this paper will illustrate the different and more recent doctrinal and jurisprudential remedies attempting to give relevance, where possible and without compromising the protection of fundamental human rights, to the cultural motive.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I reati culturalmente orientati: cenni sui diversi approcci alla “*cultural defence*” – 3. Il ruolo del giudice antropologo: la valutazione dei fatti – 4. Le categorie giuridiche utilizzate per considerare il movente culturale: limiti e possibili nuovi scenari – 5. La pronuncia della Corte di Cassazione sul c.d. “prezzo della sposa”: una recente applicazione della valorizzazione del fattore culturale in punto di commisurazione della pena – 6. Brevi considerazioni finali.

1. Introduzione

Le società contemporanee si mostrano sempre di più come società multiculturali, nelle quali convivono soggetti appartenenti a gruppi sociali contraddistinti da una “cultura” più o meno “distante” tra loro.

I flussi migratori hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza ad approfondire i conflitti che possono emergere quando le contrapposte culture presentano “indicazioni comportamentali inconciliabili”¹.

Nella pratica capita che determinati comportamenti, valutati non particolarmente gravi, o reputati normali, o addirittura incoraggiati all'interno di un certo gruppo culturale, integrino fattispecie di reato in un ordinamento giuridico influenzato dai valori del gruppo culturale maggioritario².

In sostanza, l'immigrato nel Paese d'arrivo trova regole di condotta e, in particolare norme penali, diverse da quelle presenti nel suo Paese d'origine, e tale diversità è dovuta almeno in alcuni casi, alla diversità di cultura.

Il fenomeno a cui si assiste è quello dei reati c.d. “culturalmente orientati”, categoria liquida e tuttora non definibile in modo preciso.

Prima però, di investigare le particolari sfide poste alla legge penale dalla trasformazione della società occidentale in società multiculturale, per comprendere se qualche rilevanza favorevole all'imputato, ed eventualmente in che misura, la motivazione culturale assume all'interno di un processo, è necessario occuparci preliminarmente del concetto di cultura, termine contrassegnato da una notevole polisemia³.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ A. FERRARA, *Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo*, in *Dem. dir.*, 1996, 2-3, 41.

² Con poche modifiche, si fa riferimento alla definizione proposta da J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes* (Cultural Offences), in *Eur. Jour. Cr. Crim. Just.*, 2001, 9, 1-32.

³ Cfr., tra gli altri, F. INGLIS, *Culture*, Cambridge, 2004, 1; A. DAL LAGO, *Esistono davvero conflitti di culture? Una riflessione storico-metodologica*, in C. Galli, (cur.), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006, 65; J.E. HENDRICKS, *Multicultural Issues and Perspectives*, in J.E. Hendricks, B. Byers (curr.), *Multicultural Perspectives, in Criminal Justice and Criminology*, 2000, 13; K. VISWESWARAN, *Race and Culture of Anthropology*, in *An. Anthropologist*,

Brevemente, in questo contesto, quando si parla di cultura s'intende un sistema complesso e organizzato di modi di vivere e di pensare, concezioni del giusto, del buono e del bello, radicati e diffusi in modo pervasivo all'interno di un gruppo sociale (nella maggior parte dei casi identificabile con un gruppo etnico) e che in tale gruppo si trasmettono, pur evolvendosi e modificandosi, di generazione in generazione, risultando capaci di coinvolgere "a tutto tondo" (non singoli, determinati aspetti, ma) i principali aspetti dell'esperienza personale degli appartenenti a tale gruppo⁴. In altri termini, il concetto cultura ai fini del presente lavoro, involge quei gruppi sociopolitici caratterizzati da un rilevante numero di individui, dalla condivisione di una lingua comune e dal legame con un territorio geografico di ampie dimensioni⁵.

2. I reati culturalmente orientati: cenni sui diversi approcci alla "cultural defence"

Avendo dunque, sinteticamente individuato i confini entro i quali si muove tale sfumato concetto è importante a questo punto soffermarsi sul significato di reato culturalmente orientato.

Ritornando alla nozione ampiamente condivisa in dottrina sopra richiamata, per reato culturalmente orientato deve intendersi un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza che è considerato reato nell'ordinamento (etico-morale-religioso) diverso da quello che pone la disposizione violata⁶.

Da tale definizione può fin d'ora notarsi che alla commissione di un reato culturalmente motivato fa da cornice un conflitto tra una norma giuridica, segnatamente una norma penale vigente nell'ordinamento di uno Stato che ha scelto di incriminare un determinato comportamento, ed una norma culturale, radicata nella cultura del gruppo d'appartenenza dell'imputato che non necessariamente, ma solo eventualmente, può essere recepita anche in una norma giuridica dell'ordinamento dello stato di appartenenza del suddetto, che facoltizza o impone quel comportamento.

In sostanza, ciò che viene in rilievo è un'antinomia tra la norma penale che proibisce una certa condotta, e sanziona la sua inosservanza con l'irrogazione di una pena, e la norma della cultura di minoranza che invece accetta o induce i suoi aderenti alla medesima condotta.

Questa situazione di conflitto è stata almeno dalla dottrina penalistica del passato⁷ inquadrata nella categoria del "conflitto improprio di norme", per indicare nell'ambito della teoria delle "antinomie" il contrasto tra una norma giuridica ed una norma extragiuridica⁸.

1998, 1, 70; J. BENNETT, *Anticipation, Adaptation and the Concept of Culture in Anthropology*, in *Science*, 1976, 192, 847; U. HANNERZ, *La diversità culturale*, trad. it., Bologna, 2001, 43; P. SCEVI, *Riflessioni sui reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 2016, 3, 1. Sul rapporto tra cultura e potere, cfr. da ultimo M. PARENTI, *The Culture Struggle*, New York, 2006; L. MANCINI, *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*, Milano, 1998, 5; T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 1.

⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

⁵ Come sottolinea Basile, la dottrina penalistica prima negli Stati Uniti d'America e poi anche in Europa, da qualche decennio nell'occuparsi di *cultural defence* e di reati culturalmente orientati ha costantemente fatto riferimento, probabilmente più per intuizione, più che sulla scorta di una scelta ponderata, proprio alla definizione a cui abbiamo fatto cenno nel testo.

⁶ La letteratura sui reati culturalmente motivati e sulla rilevanza del fattore culturale è amplissima. Si veda in ogni caso, A.D. RENTELN, *Cultural Defense*, Oxford, 2004; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit.; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2016; C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?* in O. Giolo, M. Pifferi (curr.), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione del migrante*, Torino, 2009, 177.

⁷ Tra i più A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.

In senso più moderno questa situazione è stata invece inquadrata nella categoria del “conflitto culturale”⁹.

Si tratta di una tipologia di illeciti penali già nota a Legislatori e giudici di paesi diversi dall’Italia, soprattutto extraeuropei, sia per ragioni storiche in quanto paesi popolati da minoranze autoctone dotate di un proprio e peculiare patrimonio etnico e culturale, sia perché maggiormente toccate dal fenomeno migratorio, che in svariati casi portano a far registrare la creazione a loro interno di autentiche comunità politicamente e socialmente organizzate.

In particolare, le problematiche sollevate da tali illeciti penali, sono emerse e sono state affrontate fin dai decenni scorsi negli Stati Uniti, società multiculturale per antonomasia, dove la dottrina preso atto di un’abbondante casistica giurisprudenziale, ha avviato, a partire dagli anni Ottanta un’ampia riflessione sui fatti di reato commessi per motivi culturali dagli appartenenti a gruppi di minoranza.

Nel dettaglio, il dibattito relativo ai profili di rilevanza penale dovuti alla compresenza in una società di una pluralità di culture, si è incentrato sulla formula “*cultural defence*”, che riguarda non tanto il diritto penale in sé considerato, ma l’imputato che per difendersi invoca il fattore culturale¹⁰.

Più di recente, il fenomeno ha visto coinvolto anche il nostro Paese, investito alla stregua di altri, del particolare problema relativo al trattamento penalistico di questa peculiare classe di reati.

Di fronte a questo “conflitto di coscienza”, il diritto penale si trova davanti ad una scelta: o disinteressarsi completamente dei motivi culturali che hanno spinto l’autore del reato a commettere quel determinato fatto sanzionato penalmente; oppure rispettare i condizionamenti culturali che hanno fondamenti di per sé non inaccettabili da parte dell’ordinamento giuridico.

Questa duplice diversità di approcci presta il fianco a due modelli contrapposti presenti nel panorama mondiale: uno di tipo assimilazionista; l’altro di tipo multiculturalista (pluralista).

Gli Stati che adottano il primo modello, tra tutti la Francia, partendo dal presupposto che tutti i cittadini sono uguali dinnanzi alla legge a prescindere dalla loro provenienza sociale e culturale, puntano all’assimilazione delle diversità culturali e dunque di fatto si spingono fino ad imporre in qualche misura ai soggetti culturalmente diversi l’accettazione delle norme culturali peculiari della maggioranza, optando di norma a non assegnare nessuna rilevanza penale al fattore culturale.

In sostanza il modello francese si mostra, indifferente ai moventi culturali sottesi ai reati e rifiuta di attribuire alla diversità culturale un peso nella graduazione della pena e, *a fortiori*, nell’esclusione della stessa.

Gli Stati, invece che scelgono il secondo modello, (multiculturalista), in particolar modo gli Stati Uniti ed il Regno Unito, hanno invece, come scopo principale, quello di salvaguardare la diversità culturale recata dalle minoranze presenti sul territorio nazionale, in virtù di una generalizzata tolleranza verso le condotte culturalmente orientate.

⁸ Nella maggior parte dei casi si tratta di norme di ordine morale.

⁹ Si parte dalla teoria elaborata dal sociologo svedese-americano Thorsten Sellin in sede di analisi della criminalità degli immigrati di soggetti cioè, che trasferiscono in una società che può avere codici culturali completamente differenti da quelli di origine. Più di recente v. F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, IV edizione, Padova, 2009, 605; M. BARGAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, 31.

¹⁰ Con tale espressione si indica la ragione per cui la diversa visione del mondo di una delle parti, derivante dall’appartenenza ad una cultura – in senso antropologico – diversa da quella della maggioranza ed estrinsecatesi in condotte o richieste giuridicamente rilevanti, debba rilevare nella decisione del caso. Tale argomento, generalmente rappresentato dall’avvocato, introduce nel ragionamento giuridico un parametro extra-sistemico, di origine esterna all’ordinamento – la cultura – con la quale il giudice che deve risolvere il caso è chiamato a confrontarsi, sia che decida di accoglierlo sia che decida di respingerlo. Sul punto, E.B. TYLOR, *Il concetto di cultura, i fondamenti teorici della scienza antropologica*, trad., it, Torino, 1871, 1975, così come I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*. cit.

Obiettivo del modello di tipo pluralista, è quello dell'esaltazione delle libertà individuali, tra cui quella di esprimere i valori della cultura di minoranza, con tendenza ad escludere la responsabilità penale o attenuare la risposta sanzionatoria verso gli autori di reati culturali.

Rispetto alle due esaminate contrapposte alternative, la collocazione dell'Italia non è del tutto univoca. Infatti, a fronte di alcuni indici volti al riconoscimento delle diversità culturale e religiosa nella legislazione locale, o anche in quella scolastica, si registrano di contro alcuni interventi ad opera del Legislatore che sembrano espressione di una diversa tendenza.

Sul punto si richiama l'introduzione del reato di mutilazioni genitali femminili *ex art. 583 bis c.p.*, ad opera della L. 7/2006¹¹, o del reato di impiego di minori nell'accattonaggio *ex art. 600 octies c.p.* ad opera della L. 94/2009 o ancora della recente fattispecie criminosa del matrimonio coatto *ex art. 558 c.p.* inserita dalla Legge n. 69/2019 (il c.d. Codice Rosso)¹².

Se dunque, il sistema sembra improntato all'indifferenza verso i fenomeni di diversità culturale, il punto di equilibrio può rinvenirsi, come osservato da attenta dottrina, accogliendo tanto il modello assimilazionista con apertura alle caute concessioni dei condizionamenti culturali, quanto a quello multiculturalista nella prospettiva di salvaguardare le diverse identità culturali.

In altre parole, l'ordinamento italiano si collocherebbe, "in bilico tra i due modelli".¹³

Alla luce, dunque, di quanto su esposto, appare ardua la sfida a cui dovrà far fronte l'ordinamento italiano vale a dire quella di contemperare l'esigenza di garantire una tutela effettiva alle vittime di tali reati sul territorio nazionale, con la necessità di preservare il nucleo identitario degli autori degli illeciti giustificati o motivati nella cultura d'origine.

3. Il ruolo del giudice antropologo: la valutazione dei fatti

Sul punto la giurisprudenza si è dimostrata, seppur con un atteggiamento oscillante, pronta a recepire tale impostazione al fine di meglio garantire la convivenza delle diverse culture.

Monito ribadito recentemente dalla Corte di Cassazione, che nell'ottica di valorizzare e non mortificare l'effettività delle tutele apprestate dal sistema giuridico nel quale si manifestano le condotte incriminate, sottolinea come sia necessario un corretto bilanciamento della cifra identitaria con la fondamentale tutela dei «beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero pongano in pericolo o danneggiano»¹⁴.

Bisognerà dunque, individuare i margini di tollerabilità di un riconoscimento dei condizionamenti culturali degli autori dei fatti illeciti penalmente sanzionati, tenendo presente che i reati sui quali spesso i giudici sono chiamati a pronunciarsi comportano l'offesa a beni giuridici di primaria importanza¹⁵.

¹¹ In dottrina v. F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 24, 2013, il quale esamina la sentenza della Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485.

¹² Parte della dottrina tra cui De Maglie non esita a rinvenire nell'ordinamento italiano un modello di tipo "assimilazionista-discriminatorio".

¹³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit.

¹⁴ Cass. n. 29613 del 2018; in termini analoghi s. v. anche Cass. n. 24594 del 2018.

¹⁵ Si tratta nella maggior parte di reati che possono essere raggruppati nelle seguenti sotto-categorie: omicidi, lesioni personali e maltrattamenti commessi in contesto familiare; omicidi e lesioni a difesa dell'onore, reati di riduzione in schiavitù a danno dei minori, reati sessuali, mutilazioni o lesioni genitali femminili, circoncisioni maschili

In questi casi l'imputato chiede, o il giudice può ritenere opportuna un'estensione della cognizione processuale anche al suo *background* culturale.

In proposito, gli strumenti tecnico giuridici utilizzati possono essere vari a seconda del tipo di reato commesso e della concreta conformazione del caso di specie nonché ovviamente dall'ordinamento di riferimento.

Al giudice viene chiesto concretamente di considerare la diversità culturale dell'imputato per uno dei seguenti scopi: a) esclusione del fatto tipico di reato, b) riconoscimento di una causa di giustificazione, c) esclusione del dolo per l'eventuale presenza di un errore sul fatto, d) riconoscimento di un minor grado di colpevolezza, e) attribuzione di una particolare connotazione ai motivi per i quali l'imputato ha agito¹⁶ f) riduzione della pena.

A tal proposito, l'atteggiamento della giurisprudenza, seppur ondivago, si è mostrato più sensibile ed incline a valutare le motivazioni culturali degli illeciti penali, servendosi di istituti che hanno quindi inciso ora sull'antigiuridicità del fatto, ora sulla colpevolezza e, soprattutto, sul trattamento sanzionatorio.

Indagare dunque il ruolo del giudice antropologo e gli strumenti interpretativi ed argomentativi che lo stesso utilizza è essenziale, in quanto il diritto multiculturale, nello specifico quello nascente dalla risoluzione dei conflitti multiculturali, è essenzialmente un diritto giurisprudenziale¹⁷.

È importante allora chiarire, prima di addentrarci nell'esplorazione dei rimedi rintracciati tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che affinché si possa parlare di "fatto culturalmente motivato", dovranno essere provati, nell'ambito del processo, i seguenti requisiti: a) il motivo culturale vale a dire se la causa psichica, che ha determinato il soggetto a commettere il reato, trova spiegazione nel bagaglio culturale di cui è portatore l'agente; b) la coincidenza di reazione, volta a dimostrare che la motivazione culturale dell'individuo ha una "dimensione oggettiva" cioè è espressione del bagaglio culturale ben consolidato del gruppo etnico di appartenenza. In pratica, affinché possa ritenersi integrato tale requisito, bisognerà accertare che i componenti del gruppo etnico di cui fa parte il soggetto valutino la situazione concreta in cui il reato si è realizzato nello stesso modo in cui l'ha valutata l'imputato; c) Il divario tra culture.

In definitiva, la cultura del gruppo etnico a cui appartiene l'agente dovrà essere messa a confronto con quella del Paese ospitante, in modo da individuare le differenze di considerazione e di trattamento tra i due sistemi. Se infatti, il divario risulta essere consistente, allora anche questa verifica si intenderà superata e si potrà pertanto concludere per la sussistenza di un fatto

rituali e tatuaggi ornamentali a "cicatrici", reati in materia di stupefacenti, violazioni dei diritti dell'infanzia, reati concernenti l'abbigliamento rituale (ad esempio il *burqa*, *Kirpan*). Rimangono, del tutto estranee alla categoria dei reati culturalmente motivati altre tipologie di illeciti penali: dai reati contro la personalità dello Stato, ai reati contro la pubblica amministrazione; dai reati contro l'amministrazione della giustizia ai reati contro la fede pubblica; dai reati contro l'economia pubblica ai reati contro l'ambiente, a quelli contro il patrimonio e in genere tutti quei reati che non coinvolgono né le relazioni familiari e domestiche, né le concezioni in materia di religione e di onore, né da ultimo i comportamenti nella sfera sessuale e riproduttiva. Tale ultimo rilievo trova conforto nella recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 18276 del 26 aprile 2018 in tema di reati di falso (art. 468, 476, 477, 482 c.p.). Per l'illustrazione di tale casistica qui ripresa v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 165.

¹⁶ Si pensi alla concessione della circostanza per aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale o per lo meno all'esclusione della circostanza aggravante dell'aver agito per motivi futili o abietti.

¹⁷ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975. V. anche M.C. Foblets, A. Dundes Renteln (curr.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defence*, Oxford-Portland, 2009 nonché I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, relazione al Convegno *Il Multiculturalismo e le Corti*, Roma, 2-3 ottobre 2015, Biblioteca giuridica della Corte di Cassazione; L.E. RIOS VEGA, I. RUGGIU, I. SPIGNO, *Justice and culture theory and practice concerning the use of culture in courtrooms*, Napoli, 2020; A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.*, 2007, 3; P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016.

culturalmente motivato¹⁸. È evidente, che la prova dell'esistenza di un fatto culturale deve passare attraverso fasi diverse e rigorose di accertamento, che possono richiedere l'intervento di esperti qualificati, che analizzino l'ambiente ed il retroterra culturale del gruppo etnico di cui l'agente fa parte¹⁹. Ora, fatta questa premessa, è importante precisare, che la giurisprudenza non sempre ha considerato o può considerare e valorizzare il movente culturale per il tramite dei rimedi che appresso esamineremo, poiché nel valutare l'accettazione della difesa culturale, bisognerà tener conto della natura del bene offeso, della natura della pratica culturale e del livello di integrazione dell'immigrato²⁰.

4. Le categorie giuridiche utilizzate per considerare il movente culturale: limiti e possibili nuovi scenari

Tratteggiato questo quadro di riferimento possiamo ad analizzare i rimedi che sono stati impiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per dare rilevanza al motivo culturale.

¹⁸ Si è ripresa la classificazione di C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., 28.

¹⁹ Su tale aspetto si rinvia più di recente a quanto scritto da I. RUGGIU, *Reati culturalmente motivati in Brasile: il caso di stupro-non stupro presso gli Indios Guarini (con riflessioni sui matrimoni precoci Rom)*, in *Stato, Chiese e pluralismo*, 3, 2022; sempre della stessa autrice, v. *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'“omaggio al pene” del bambino: uno studio per la cultural defence*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 27, 2019, 27. L'autrice mette in risalto come sia fondamentale far conoscere ai giudici i singoli comportamenti che presentano una componente culturale, al fine di realizzare compiutamente il diritto costituzionale ad un giudice naturale, scongiurando come attentamente osservato da F. BASILE, in *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 30, 2018, 14, il pericolo di redigere “un'atlante delle culture”, propendendo piuttosto verso una mappatura delle singole pratiche culturali. Così facendo la mappatura delle singole pratiche presenterebbe il vantaggio di non procedere per nazioni, per stati o per geografie, ma per singoli comportamenti, che raggruppati in un unico strumento unitario, potrebbero essere comparati. L'autrice ipotizza infatti la creazione, attraverso questa mappatura, di un dizionario delle pratiche culturali, che potrebbe fungere da strumento divulgativo di educazione alla cittadinanza multiculturale.

²⁰ Si tratta degli indici che F. BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza*, cit., 13, definisce test culturale, ripresi in giurisprudenza dalla Cass. n. 29613 del 2018. Ad avviso dell'autore, si tratta di snodi fondamentali coi quali sarebbe opportuno che si confrontassero tutti i giudici chiamati a valutare i casi di reati culturalmente motivati, così creando una sorta di “test”, vale a dire una procedura standardizzata di accertamento di determinati requisiti la quale potrebbe aiutare i giudici stessi a elaborare una motivazione delle sentenze più articolata e meglio argomentata in punto di movente culturale. Sempre dello stesso autore v. *I reati cd. “culturalmente orientati” commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in [Questione Giustizia](#), 2017, 1, 126.

La Suprema Corte, inoltre, da atto che ci sono alcuni reati rientranti nella categoria dei reati culturalmente orientati, che comportano una grave offesa a beni fondamentali della persona: vita, incolumità libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, libertà morale ecc. Quando oggetto di giudizio sono i reati siffatti, la giurisprudenza più recente al pari di quella precedente (in particolare la pronuncia n. 24594 del 2018) richiama la teoria dello “sbarramento invalicabile” da ultimo formulata nei seguenti termini: «nessun sistema penale, potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni a essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero, pongano in pericolo o danneggino». In tali casi la “difesa culturale” viene pertanto, ritenuta inidonea ad esonerare l'imputato dalla responsabilità. Una maggiore apertura, sia pure cauta e circoscritta, ad una valutazione *pro reo* della motivazione culturale è emersa, recentemente con riferimento ai reati di mero pericolo, reati offensivi di beni “spersonalizzati”, o reati bagatellari. In senso contrario invece si segnala la Cass. n. 24084 del 2017 con nota di F. BASILE e M. GIANNOCOLI, *Il coltello kirpan, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, 3, 1; v. anche L. FERLA, *Il pugnale dei Sikh tra esigenze di sicurezza e divieti normativo-culturali*, in *Giur.it.*, 2017, 2208, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit.

Si evidenzia fin da subito che il piano d'indagine risulta essere molto variegato, con alcuni autori²¹ che si sono spinti sino a prospettare una soggettività differenziata per l'area della tipicità penale.

Volendo partire proprio dalla tipicità del fatto, questa parte della dottrina ritiene che sarebbe opportuno limitare l'ampiezza dell'area di rilevanza penale in funzione delle qualità soggettive dell'autore e del soggetto passivo, o meglio della loro nazionalità.

Tale lettura propone l'introduzione di una norma *ad hoc* che preveda la non applicazione della legge italiana quando il fatto sia commesso da uno straniero verso altro straniero e risulti lecito secondo il diritto dello stato di cittadinanza dell'autore, salvo l'istanza della persona offesa²².

La prospettiva offerta però, non va esente da critiche in quanto così argomentando si creerebbe un sistema penale parallelo in contrasto con il principio di legalità, ed anche una tipicità differente per gli stranieri, violando così il principio di uguaglianza²³.

Infatti, non è inverosimile che le condotte illecite orientate culturalmente siano tenute proprio da cittadini italiani che accolgano nelle loro scelte di vita principi etici o religiosi non coincidenti con quelli dell'ordinamento giuridico.

Esente da critiche non sarebbe, almeno ai fini del discorso sulla multiculturalità, neppure il riferimento al fatto che per escludersi il reato, è necessario che ne risulti la liceità secondo il diritto dello Stato di cittadinanza.

Invero, la problematicità dei condizionamenti culturali non sempre deriva dal diritto tecnicamente esistente nel paese di provenienza.

A tal proposito, potrebbero anche emergere consuetudini *praeter legem*, obblighi morali, idee religiose, contrarie anche al diritto di quel paese.

Del resto, non varrebbe peraltro sostenere che una norma incriminatrice a soggettività differenziata non si applichi quando ad essere leso è un diritto fondamentale, poiché non è affatto certo il confine che si vuole tracciare tra beni di rilevanza fondamentale o meno, con ricadute di non poco momento anche in punto di determinatezza della fattispecie.

Dunque, proprio rispetto al principio di tassatività non appare corretto valorizzare il fattore culturale per il tramite della tipicità del fatto.

Allora più condivisibile appare la diversa visione di autorevole dottrina²⁴ che afferma che non sarebbe neanche necessario inserire una norma *ad hoc* che attribuisce un effetto di favore al

²¹ Si fa riferimento a D. MICHELETTI, *Contraddittore a C. Grandi, Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in G. de Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (curr.), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 372. Secondo tale impostazione, al legislatore dovrebbe essere impedito di esprimere *ab imis* un giudizio di illiceità nei confronti di azioni inoffensive, sebbene conformi al modello legale, in quanto si tratta di condotte culturalmente esogene rispetto al gruppo sociale che ha prodotto la norma penale ed al quale questa si rivolge. Tale prospettiva si fonda sul presupposto che le norme penali sono intrinsecamente connotate da una certa dose di relativismo politico e sociale, come testimoniano l'elevato numero e l'eterogeneità delle scelte punitive che si compiono nell'ambito di una medesima area culturale.

²² Secondo questa parte della dottrina minoritaria il comportamento culturalmente orientato non dovrebbe essere trattato con benevolenza, ma considerato per quello che realmente è «ossia un fatto completamente inidoneo a minare la validità sociale della regola di condotta penalmente presidiata». Così D. MICHELETTI, *Contraddittore a C. Grandi*, cit., 375. In particolare si sostiene che la tipicità di alcune fattispecie può essere ristretta mediante l'inserimento di una clausola derogativa interna al principio di territorialità, da introdursi tra gli attuali commi 1 e 2 dell'art. 3 c.p., che potrebbe essere modificato nel modo seguente: «salvo istanza della persona offesa, la legge penale italiana non si applica quando il fatto, sebbene verificatosi nel territorio dello Stato, è commesso da uno straniero ai danni di uno straniero e risulta lecito secondo il diritto dello Stato di cittadinanza».

²³ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia (curr.), *In dubbio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, 177.

²⁴ Si fa riferimento a Basile, autore più volte citato in questo contributo.

motivo culturale poiché la soluzione sarebbe già rinvenibile tra gli istituti di parte generale del diritto penale.

Sul punto, occorrerà dapprima verificare se la categoria astrattamente chiamata in causa, vale a dire quella dell'antigiuridicità, può essere interessata dal fenomeno del multiculturalismo.

Al riguardo, due potrebbero essere le cause di giustificazione pertinenti alla tematica, e cioè il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) e l'esercizio del diritto (art. 51 c.p.). In relazione alla prima causa di giustificazione, tuttavia si osserva in primo luogo che nei reati in parola la scriminante del consenso²⁵ non potrebbe operare *in primis* perché il bene oggetto di lesione non è disponibile incidendo tali reati su beni fondamentali dell'individuo (al contrario laddove fosse stato un bene disponibile ed il soggetto fosse stato capace di esprimere un valido consenso, non si sarebbe ravvisata nessuna ragione ostativa all'operatività della stessa).

In secondo luogo, nei reati in questione mancherebbe il consenso, acquisito al più passivamente o con violenza, per cui va da sé che i reati culturalmente orientati non possono considerarsi campo d'elezione per l'applicazione della scriminante in questione.

Per quanto riguarda invece, la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, la giurisprudenza ha chiarito che l'imputato non può invocare tale scriminante quando il diritto che si pretende di aver esercitato a giustificazione della liceità del fatto sia un diritto non riconosciuto nell'ordinamento nazionale²⁶.

Del resto, la Corte di Cassazione²⁷ ha precisato che non è configurabile una scriminante anche solo putativa fondata sull'esercizio di un presunto diritto escluso in linea di principio dall'ordinamento e, quindi, neppure l'eccesso colposo della scriminante stessa.

Tale affermazione deriva dall'assunto dal quale parte la giurisprudenza, ovvero quello per cui lo straniero che si stabilisce in un nuovo paese dovrebbe avere una corretta informazione circa la compatibilità dei propri comportamenti con i principi sanciti dall'ordinamento statale²⁸.

In altre parole, secondo l'orientamento prevalente, non è plausibile che chi si trasferisce in un paese diverso ritenga, in buona fede di poter attuare qualsiasi condotta in quanto consentita nel paese d'origine.

Se questo è lo stato dell'arte in relazione alle categorie della tipicità del fatto e dell'antigiuridicità, una parte della giurisprudenza²⁹, al fine di riconoscere una qualche rilevanza alla matrice culturale, ha tentato di utilizzare la diversa categoria dell'ignoranza inevitabile della legge penale.

In effetti, questa soluzione è stata adottata da alcuni giudici rispetto però a reati culturalmente motivati di rilevanza bagatellare, i cui autori erano stranieri giunti da poco in Italia, o addirittura in certi casi di passaggio, con scarsa o nulla conoscenza della lingua italiana provenienti da paesi nei quali la condotta incriminata non costituiva reato.

È evidente allora, anche sulla scorta di quanto appena esposto, che l'istituto che entra in maggiore tensione con la categoria dei reati culturalmente orientati appare essere quello della colpevolezza.

²⁵ Qui viene chiamato in causa il principio di autodeterminazione della persona offesa. Sui rapporti tra principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 49-99.

²⁶ Cfr. Cass. n. 14960 del 2015; Cass. Pen., Sez. V, n. 37638 del 2012; Cass. Pen., Sez. III, n. 284 del 2006.

²⁷ Cass. n. 340 del 2015.

²⁸ V. Cass. Sez. I, n. 24084 del 2017.

²⁹ A titolo esemplificativo, Tribunale per i minorenni di Genova 14 novembre 1994, Saurel, in *Foro. It.*, 1995, II, 274; Tribunale di Milano 12 gennaio 2010, Calderaru, in *Corr. Merito*, 2010, 51. Di segno opposto tra le varie, Cass. Civ., Sez. I, n.10145 del 2002, in *Riv. dr. internaz. priv. e proc.*, 2003, 958.

Il presupposto, infatti, per escludere la colpevolezza è che il soggetto attivo non conosca effettivamente o non abbia potuto conoscere con ordinaria diligenza la norma violata, commettendo un errore dovuto ad ignoranza inevitabile nella valutazione degli elementi giuridici.

In sostanza, il soggetto deve effettivamente non conoscere la norma violata, o deve comunque commettere un errore nella valutazione dei suoi elementi giuridici, e che soprattutto l'errore o l'ignoranza derivino da una causa tale da renderli inevitabili, in quella precipua situazione e per quel particolare soggetto.

Si fa riferimento, dunque, a tutti quei casi in cui i soggetti coinvolti sono giunti da poco sul territorio del paese d'accoglienza che riserva al fatto commesso un trattamento diverso da quello del paese di provenienza che vivono esclusivamente solo con i componenti delle comunità d'origine, essendo stati impossibilitati ad apprendere lingua e costumi del nuovo paese³⁰.

Ne consegue per evitare abusi, che chi al contrario si è integrato nel paese d'arrivo non potrà addurre come scusante una situazione d'ignoranza degli obblighi imposti dall'ordinamento giuridico e in contrapposizione con doveri etici o religiosi imposti da un altro ordinamento³¹.

Di certo l'esclusione della colpevolezza per errore o ignoranza non evitabile sul precetto della norma penale ex art. 5 c.p., come interpretato dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 364 del 1988](#), è situazione residuale che può applicarsi solo in quei casi limite in cui il soggetto non abbia avuto modo di conoscere gli obblighi giuridici imposti dall'ordinamento e conformare ad essi le sue azioni.

L'ignorantia legis ex art. 5 c.p. può pertanto essere scusata solo quando non è possibile muovere un rimprovero in termini di colpevolezza all'agente nel caso di ignoranza od errore inevitabili, da valutare caso per caso.

Ancora, un'altra alternativa proposta per considerare il fattore culturale, in un'ottica di favore è quella di utilizzare l'istituto delle cause di non punibilità.

Secondo questa impostazione verrebbe in rilievo, l'inopportunità della pena nei confronti di autori dei reati condizionati dal movente della loro cultura di provenienza, al fine di evitare di esasperare le potenzialità disgregatrici dei conflitti tra norme penali e norme culturali.

Eppure non può non osservarsi che le cause di non punibilità sono norme eccezionali, e come tali non suscettibili di interpretazione analogica ex art. 14 Preleggi, che si fondano su valutazioni di inopportunità della pena legate a ragioni di politica – criminale.

³⁰ In dottrina, G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale* cit., 184.

³¹ Sul punto occorre riportare a titolo esemplificativo una pronuncia della Corte di Cassazione, la n. 43646 del 2011, che chiamata ad occuparsi di una giovane nigeriana colpevole di concorso nel reato di cui all'art. 348 c.p. (esercizio abusivo di una professione) per aver sottoposto il figlio di poche settimane ad un intervento di circoncisione ad opera di una connazionale non abilitata all'esercizio della professione medica. I giudici di legittimità, una volta qualificata la pratica come rientrante tra gli atti medici, si interrogano sulla sussistenza o meno di un'*ignorantia legis* rilevante ex art. 5 c.p., così come riformulato alla luce della sentenza della Corte costituzionale [n. 364/1988](#), in base alla quale si può muovere un rimprovero di colpevolezza all'agente, solo nel caso in cui questi abbia conosciuto, o almeno abbia avuto la possibilità di conoscere l'illiceità penale del fatto: in caso di ignoranza o errore inevitabile, la colpevolezza e quindi la responsabilità penale dell'autore del reato dovrà essere esclusa. Partendo da questo assunto i giudici di legittimità, hanno statuito che nel caso di specie, non può essere in alcun modo disatteso il processo di formazione "culturalmente condizionato" della volontà dell'imputata che l'ha indotta a sottoporre il figlio a circoncisione, ignorando che tale pratica costituisce un atto medico che poteva essere eseguito solo da persone specificamente abilitate. Tale conoscenza/ conoscibilità era invece necessaria a fini della colpevolezza in quanto, nel reato contestato è – almeno alla luce del giudicante – una norma penale in bianco in cui il precetto viene integrato dalle norme non penali che disciplinano (nel caso in esame) la professione medica, sicché anche queste ultime dovrebbero essere conosciute o perlomeno conoscibili. Premesso quanto sopra, i Giudici di legittimità non hanno esitato ad applicare l'art. 5 c.p., in quanto hanno riconosciuto sussistente un'incolpevole carenza di socializzazione dell'imputata che le ha impedito una normale accessibilità – e quindi conoscibilità – della norma penale violata.

Ne deriva che non si potrebbe prescindere da una norma *ad hoc* che sancisca la non punibilità degli autori delle condotte *de quibus*, con il rischio non tanto remoto, di aprire una spaccatura nel Paese e giustificare l'esenzione da pena anche a fronte di condotte che strumentalizzino il condizionamento culturale senza esserne in concreto condizionate.

E allora, il solo strumento che pare residuare per cercare di dare rilievo al fenomeno del multiculturalismo, sembra essere quello dell'individuazione in concreto della pena, effettuata ai sensi dell'art. 133 c.p., in applicazione dei criteri di commisurazione, ed anche attraverso l'applicazione delle circostanze del reato.

Ebbene, tra gli indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. figurano elementi che si prestano ad essere valorizzati per introdurre il movente culturale nella definizione del trattamento sanzionatorio. Tra questi ne risultano alcuni che si adattano, sia pure in termini non del tutto univoci, ad una valorizzazione della motivazione culturale e segnatamente i motivi a delinquere (art. 133, c. 2 n. 1c.p.), le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del *reo* (art. 133 c. 2 n. 4 c.p.).

Sul punto, ci si potrebbe chiedere se la diversità culturale che contrassegna l'autore di un reato culturalmente motivato possa essere presa in considerazione dai giudici ai fini dell'applicazione di talune circostanze che, come sappiamo, consentono agli stessi di determinare una pena anche al di sopra o al di sotto dei limiti edittali fissati dal legislatore.

Parte della dottrina in tal caso prospetta la possibilità di attenuare la risposta sanzionatoria attraverso l'art. 62 n. 1 c.p. tenendo conto del conflitto di coscienza dell'autore ricondotto ai motivi di particolare valore morale e sociale³².

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria è incline ad escludere tale soluzione poiché applica l'attenuante *de qua* solo ove si tratti di valori approvati dalla maggioranza dei consociati, anche se

³² Per unanime opinione la particolare rilevanza positiva dei motivi deve risultare tale ad una valutazione oggettiva, condotta cioè alla stregua di parametri oggettivi. Tuttavia, come sempre avviene in relazione agli elementi normativi culturali – e tali indubbiamente sono anche i concetti di “valore morale” e “valore sociale” –, è assai controverso quali debbano essere questi parametri oggettivi. Sul punto gli orientamenti che si sono affermati sono due: uno più tradizionale e l'altro più innovativo. L'orientamento tradizionale, sostenuto unanimemente dalla giurisprudenza, rintraccia questi parametri oggettivi nella “coscienza etica media del popolo italiano”, nella “coscienza etica della generalità dei consociati”, nella “prevalente coscienza collettiva”, sicché i motivi sarebbero meritevoli di indulgenza solo allorché suscitino il “generale consenso sociale”, ovvero l’“incondizionato e generale apprezzamento nel comune sentire”. Sul punto v. tra le altre Cass. 22 febbraio 1990, Khalil, CED 183431, in *Riv. pen.* 1990, 1063; Cass. 6 luglio 1988 (ud. 28 aprile 1988), Othmann, CED 178833; Cass. 13 marzo 2003 (ud. 20 gennaio 2003), Vigevano, CED 224077, in *Riv. pen.* 2004, 93; Cass. 11 dicembre 1993 (ud. 10 maggio 1993), Algranati, CED 195753. Di conseguenza sono considerati irrilevanti, ai fini del riconoscimento delle attenuanti in parola, i motivi che siano considerati apprezzabili solo in un'ottica “di parte” o solo in “un ambiente ristretto”. Cass. 22 ottobre 1980 (ud. 13 maggio 1980), Di Pasqua, CED 146282; Cass. 7 aprile 1989, Billo, in *Giust. pen.* 1993, II, 201. L'altro orientamento più innovativo rileva come in società pluraliste come la nostra, in cui sono presenti visioni antitetiche della morale e degli assetti sociali, il far riferimento ad un sistema di valori definiti “dominanti” condiviso dalla generalità dei consociati, porterebbe a due ordini di problemi. Il primo si sostanzia nella difficoltà che incontrerebbe il giudice nel valutare ciò che è “dominante” e ciò che non lo è, con l'elevato rischio di commettere gravi arbitrarietà. Il secondo invece, si concretizzerebbe nel possibile contrasto con le indicazioni stesse della Costituzione, ispirata ai principi del pluralismo ideologico, religioso e culturale, nonché con il valore della tolleranza. Come è stato opportunamente rilevato «se è vero che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, in particolare senza distinzioni di razza, di lingua, di religione, di condizioni personali e sociali in genere, non ha senso che proprio la valutazione in punto di colpevolezza si compia “soppesando” i motivi sempre e soltanto in base a parametri “dominanti”: così infatti si verrebbe a determinare un trattamento deteriore nei confronti di chi, per proprie condizioni di razza, di religione, sociali, ecc., non rientri nel “modello” prevalente, violando non solo l'art. 3 primo comma Cost., ma anche il principio della personalità della responsabilità penale, che pone al centro dell'attenzione il singolo individuo destinato a subire la pena». Così, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 241 ed in senso analogo A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, 126. Per tutti, I. CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1203.

si obietta che tale circostanza potrebbe essere letta in una logica individualizzante per dare risalto ai valori morali e sociali del singolo, benché non condivisi dalla cultura di maggioranza³³.

Se l'orientamento prevalente in giurisprudenza porta a non riconoscere le diversità culturali come motivi di particolare valore sociale proprio perché, non senza critiche, la particolarità del valore sembra dovere essere sintomatica della cultura dominante, maggiore fortuna, secondo alcuni³⁴ potrebbe trovare il richiamo all'applicazione delle attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p.

Si tratta, infatti, di circostanze la cui genericità consente di includere elementi non presi in considerazione dal legislatore nell'attenuazione della pena in una prospettiva di personalizzazione del trattamento sanzionatorio che sembra essere l'istituto più calzante all'inserimento del condizionamento culturale nel nostro ordinamento giuridico, salvo considerare la possibilità di anticipare tale valutazione nella commisurazione della pena ex art. 133 c.p.

Se questo è lo scenario in relazione alle circostanze attenuanti, sul fronte invece di quelle aggravanti, altra norma che in astratto potrebbe intersecarsi con il tema dei reati culturali è quella dei motivi abietti o futili ex art. 61 n. 1 c.p.

La dottrina e la giurisprudenza hanno chiarito che il termine motivi fa riferimento alla causa psichica dell'agire, inteso come impulso che spinge a delinquere il soggetto attivo; per abietto, invece, s'intende il motivo turpe od ignobile tale da suscitare ripugnanza diffusa; la futilità definisce invece un motivo sproporzionato rispetto al reato³⁵.

Anche qui, come già osservato per la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p., la giurisprudenza valuta la possibile applicazione della circostanza aggravante del motivo turpe o futile, che deve esprimere un *quid pluris* di offensività al bene giuridico, sulla base del comune sentire della collettività che ripugna tale motivo o che considera eccessivo rispetto all'illecito a cui ha dato causa³⁶.

Nondimeno si evidenzia che questa lettura rischia di prescindere da considerazioni casistiche e che comunque potrebbe portare ad aumento di pena quasi automatico, in spregio al principio del *favor rei*, atteso che il più delle volte il movente culturale da potersi ricondurre ad un motivo turpe o futile è quello della cultura di minoranza e quindi non condiviso dal comune sentire della collettività.

Al contrario, secondo altra parte della giurisprudenza, questa andrebbe valutata non raffrontando la condotta dell'agente con quella dell'uomo medio, ma ancorando l'indagine agli elementi concreti della fattispecie³⁷.

³³ Cass. n. 235337 del 30 maggio 2007. La Cassazione nel respingere l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n.1 (l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale) afferma che «non può invocarsi per ritenere scriminato o semplicemente attenuato ex art. 62 n.1 c.p. il reato di maltrattamenti l'etica dell'uomo, affermata (...) sulla base di opzioni subculturali relative a ordinamenti diversi dal nostro. Tale riferimento a principi di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia deve cedere il passo, nell'ambito della giurisdizione italiana, ai principi base del nostro ordinamento e, in particolare ai principi della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 della Costituzione».

³⁴ F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi-scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998, 273.

³⁵ In dottrina, per tutti, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 264; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., Bologna, 2009, 434; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II, II ed., Torino, 2005, 27. In merito alla giurisprudenza, v. Cass. Pen., Sez. I, n. 51059 del 2013; Cass. Pen., Sez. I, 24683 del 2008; Cass. Pen., Sez. I, n. 4453 del 2000; Cass. Pen., Sez. I, n. 5864 del 2000.

³⁶ Se il motivo a delinquere si fonda "su ragioni o consuetudini religiose o culturali" il giudice, per affermare il carattere "abietto" deve «accertare l'esistenza di una sequela di riprovazioni basate su tali ragioni o consuetudini». Così Cass. Sez. I, n. 6587 del 2009.

³⁷ Così ha inteso la Cass. n. 51509 del 2013 in rapporto ad un fatto di reato culturalmente motivato. In particolare, vi è stato il disconoscimento dell'abiezione dei motivi, in un caso di uccisione da parte di un immigrato marocchino della figlia che non era rispettosa delle regole etiche della comunità di appartenenza, avuto riguardo al modo di

In conclusione, dalla breve analisi appena compiuta sembrerebbe che gli strumenti di attenuazione della pena rappresentino probabilmente il rimedio più adeguato, in quanto volti a garantire una tutela effettiva alle vittime dei reati culturalmente orientati, nel rispetto della cifra identitaria dei loro autori, pur sempre con il limite del nucleo intangibile dei valori fondamentali della persona.

5. La pronuncia della Corte di Cassazione sul c.d. “prezzo della sposa”: una recente applicazione della valorizzazione del fattore culturale in punto di commisurazione della pena

A conferma di ciò si pone tra le altre una recente ed interessante pronuncia della Corte di Cassazione³⁸.

In proposito gli Ermellini, si sono occupati di un fatto di reato rientrante a pieno titolo nel novero dei reati culturalmente orientati.

Brevemente, la questione traeva origine da una stipulazione di un accordo matrimoniale avente ad oggetto lo scambio della figlia dell'imputato di etnia rom, ed una somma di denaro corrisposta a favore del padre della ragazza da parte del patriarca della famiglia del promesso sposo come pagamento del prezzo della sua cessione.

Nella specie il collegio ha dovuto preliminarmente inquadrare l'istituto della corresponsione della somma di denaro.

Ebbene, la Cassazione condividendo l'impostazione dei giudici di prime cure³⁹, ha statuito che il c.d. “prezzo della sposa” (quale corrispettivo della cessione della vittima) costituiva un indice sintomatico di quella reificazione dell'essere umano stigmatizzata dall'art. 600 c.p..⁴⁰

intendere e gestire la famiglia, l'onore familiare ed il rispetto della parola data. Nella specie la figlia aveva rifiutato un matrimonio combinato. La Cassazione in tale pronuncia ha avuto modo di affermare che per quanto i motivi che hanno mosso l'agente non siano assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non possono essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire. Pertanto, la Suprema Corte ha escluso l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 1 c.p. ai reati culturalmente orientati. Nello stesso senso anche Cass. Pen. n. 20393 del 2006.

³⁸ Cass. n. 30538 del 13 maggio 2021, depositata il 4 agosto 2021.

³⁹ Il tribunale fiorentino aveva ritenuto colpevole il padre della giovane del reato di riduzione in schiavitù (*ex. art. 602 ter, commi 5 e 6 c.p.*) aggravato per essere la vittima minore degli anni sedici e il *reo* il suo ascendente. Lo stesso, infatti, senza il consenso della giovane vittima, l'aveva promessa e data in sposa ad un uomo ricevendo in cambio un beneficio economico da parte del “patriarca” della famiglia cui apparteneva lo sposo. Tale pronuncia è stata confermata anche dalla Corte d'Assise d'Appello di Firenze, che tuttavia ha ritenuto applicabili le circostanze attenuanti generiche, (con conseguente rimodulazione della pena) in ragione della “particolare condizione subculturale” in cui versava il soggetto. Contro tale pronuncia, hanno fatto ricorso in Cassazione sia l'imputato che il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Firenze. Nello specifico, la doglianza di quest'ultimo si sostanzava nell'errato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, in quanto la valutazione circa la “condizione subculturale” dell'imputato risultava confliggere con quanto emerso in sede processuale, dove al contrario il carattere dello stabile e risalente inserimento del *reo* in Italia, si palesava incontrovertibilmente, risultando pertanto inidoneo a giustificare una diminuzione di pena. Tale ultima censura è stata ritenuta inammissibile dalla Cassazione in quanto non solo vizio attinente al merito, ma comunque ritenuto logicamente argomentato dagli Ermellini.

⁴⁰ Tale norma rubricata «riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù» punisce al 1 comma con la reclusione da otto a vent'anni «chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi». Al 2 comma prevede che «la riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona». Infine, al terzo ed ultimo comma prevede: «la pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma

In sostanza, la condotta del padre della vittima andava sussunta nell'ambito della suddetta norma poiché il fatto contestato dava luogo all'ipotesi di chi esercita su di un essere umano un dominio equivalente a quello che la titolarità di un diritto domenicale consente di esercitare su una cosa.

Nella specie, si evidenziava come la condotta dell'imputato avesse infranto i limiti invalicabili di tutela della persona umana così come delineati dall'ordinamento costituzionale e dalle fonti sovranazionali di cui la libertà personale – bene tutelato dall'art. 600 c.p. – è l'espressione più evidente⁴¹.

Se questo era dunque il punto di vista dei giudici di legittimità, per la difesa il fatto contestato doveva essere interpretato non alla luce di una mera "tradizione" della comunità rom, ma come espressione di un vero e proprio "ordinamento giuridico" in cui detta comunità si riconosceva.

In pratica, il c.d. "prezzo della sposa" rappresentava la dote in ossequio ad un antico e consolidato istituto giuridico che attribuisce al medesimo non già la natura di corrispettivo di una compravendita, bensì la diversa funzione di risarcire la famiglia per la perdita del proprio componente garantendo l'agiatezza della famiglia dello sposo.

Il fatto in definitiva, così come ricostruito dalla difesa doveva essere giudicato con lenti orientate culturalmente in modo tale da escludere la configurabilità del reato contestato di riduzione in schiavitù⁴²; mentre l'introduzione dell'argomento culturale doveva servire per escludere in radice la rilevanza penale del fatto.

Ebbene sul punto un'impostazione mediana pare emergere dalla lettura della più recente giurisprudenza di legittimità nonché dalla pronuncia in esame, che puntando a valorizzare la normativa interna di cui agli art. 2 e 8 della Costituzione così come anche le numerose fonti internazionali⁴³ giunge a dare rilevanza e tutela alla specificità culturale attraverso l'attenuazione del trattamento sanzionatorio da applicare.

In particolare, pur ritracciando nell'impianto normativo descritto l'esistenza di un vero e proprio diritto del singolo alla tutela della propria identità culturale e religiosa, la Cassazione nel caso di specie ribadisce, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile che uno di essi abbia una prevalenza assoluta sugli altri, in quanto la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»⁴⁴ perché altrimenti, si verificherebbe una «illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁴⁵.

Per cui l'interferenza del movente culturale sugli elementi strutturali del reato deve essere valutata nell'ottica «dell'attento bilanciamento tra il diritto, pure inviolabile, del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali ed i valori offesi e opposti in pericolo della sua condotta»⁴⁶.

sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi».

⁴¹ Invero la Cassazione ha ravvisato l'esercizio sulla minore di un dominio equivalente a quello esercitabile su una cosa in virtù di un diritto domenicale.

⁴² La difesa assumeva anche l'assenza dell'elemento psicologico del reato, in considerazione della mancata consapevolezza da parte dell'imputato, del processo di "reificazione" cui stava assoggettando la figlia, proprio alla luce delle sue influenze culturali e dell'ordinamento giuridico di riferimento, in ossequio al quale era convinto di agire.

⁴³ Si richiamano gli artt. 8, 9, e 14 della Cedu, la Convenzione dell'ONU di Parigi del 20 ottobre del 2005 sulla protezione delle diversità e delle espressioni culturali e l'art. 22 della Carta di Nizza.

⁴⁴ Corte costituzionale [sent. n. 264 del 2012](#).

⁴⁵ Corte costituzionale, [sentt. nn. 85 del 2013](#), [58 del 2018](#) e [33 del 2021](#).

⁴⁶ Cass. Sez. III, n. 29613 del 2018.

Il Collegio, dunque, alla luce delle considerazioni che precedono, ha escluso, nel caso *de quo* la configurabilità di una scriminante culturale, ma più in generale in tutti quei casi in cui l'esercizio di quel diritto dell'agente a rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferimento si traduce di fatto nella negazione dei beni e dei diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale e presidiati dalle norme penali⁴⁷.

Tuttavia, ed è questo il passaggio più rilevante ai nostri fini, «l'esclusione dell'incidenza del fattore culturale sulla rilevanza penale della condotta lesiva dei beni fondamentali non impedisce, però che lo stesso fattore possa assumere rilevanza in riferimento ad altri elementi del reato, ovvero nella determinazione del trattamento sanzionatorio sia con riferimento alla commisurazione della pena all'interno di una cornice edittale, che al riconoscimento delle attenuanti generiche, ovvero di altre attenuanti comuni o speciali ove configurabili»⁴⁸.

Valutazione che dovrà tener conto sempre, della natura della regola culturale in adesione alla quale la condotta è stata posta in essere (se cioè di origine religiosa, consuetudinaria o positiva), del suo carattere vincolante per l'agente e del livello di integrazione di quest'ultimo nel contesto sociale dominante così come statuito dalla giurisprudenza di legittimità recente.

Un orientamento quest'ultimo condivisibile, in quanto in grado di garantire l'effettiva tutela a fronte di fatti meritevoli di essere sanzionati penalmente, nell'ottica però «dell'attento bilanciamento tra il diritto pure inviolabile del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali e i valori offesi o posti in pericolo della sua condotta»⁴⁹.

6. Brevi considerazioni finali

Tale recente approdo, dimostra una lenta ma costante apertura da parte dei giudici sempre più sensibili al delicato equilibrio che coinvolge il binomio diritto-cultura.

Un approccio antropologico, funzionale al fine di raggiungere l'auspicato obiettivo «di conciliare il rispetto della diversità culturale con il rispetto della uniformità e della credibilità del sistema penale»⁵⁰, nella più ampia prospettiva di optare, ove possibile, e senza la compromissione dei diritti fondamentali, per un'interpretazione culturalmente orientata dei fatti, riconoscendo rilievo alla cultura di appartenenza degli imputati nella quale le condotte sarebbero prive di disvalore e dunque consentite o tollerate.

Del resto, l'irrompere sulla scena delle culture "altre" non è soltanto causa di potenziali conflitti, ma anche naturalmente di auspicabili opportunità⁵¹.

⁴⁷ La Cassazione con tale pronuncia, valorizzando la lettera della legge ha dato un'interpretazione atta ad includere «non solo la condizione di schiavitù di diritto, ma altresì quelle situazioni nelle quali di fatto venga esercitata su di un altro essere umano una signoria così pervasiva da risultare equivalente nel suo contenuto alle forme di manifestazione del diritto di proprietà». Nello stesso senso cfr. Cass. n. 23052 del 2016, Cass. n. 37315 del 2019.

⁴⁸ Cass. n. 30538 cit., 9.

⁴⁹ Sempre Cass. Sez. III, n. 29613 del 2018. Inoltre solo per completezza nella narrazione della vicenda che ci occupa, i Giudici di legittimità hanno ritenuto inammissibile la doglianza sollevata dall'imputato di riqualificare il reato in costrizione o induzione al matrimonio *ex art. 558 bis c.p.* introdotto con legge n. 69/2019 c.d. "Codice Rosso" in quanto va esclusa la sussistenza del fenomeno della successione di leggi penali incriminatrici con riferimento al già vigente art. 600 c.p., poiché i fatti tipizzati dalle due disposizioni non presentano elementi di contatto, considerato che l'art. 558 *bis c.p.* si rivolge ad un fenomeno (di matrimoni forzati e/o precoci) di nuova incriminazione non sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 600 c.p. Sul punto si rimanda a G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reati anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso"*, in *Dir. pen. Cont.*, 2019.

⁵⁰ F. BASILE, *Immigrazione e reati*, cit., 11.

⁵¹ Con lievi modifiche si fa riferimento a quanto scritto da G. DI COSMO, *Giudici e politica alle prese con i conflitti multiculturali*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, 2.

Marco Rizzuti*

Libertà individuali e “separatismo religioso” nel prisma del diritto successorio: spunti di riflessione da una legge francese e un caso giurisprudenziale greco**

ABSTRACT: *La nuova legge francese “contro il separatismo religioso” ha riproposto la dialettica storica e giuridica che contrappone, da un lato, le aspirazioni dello Stato moderno a imporre, anche e soprattutto nell’ambito dei rapporti familiari e successori, il rispetto dei principi di laicità ed eguaglianza, e, dall’altro lato, la resistenza opposta da ordinamenti particolari di comunità minoritarie connotate in senso religioso, oggi soprattutto quelle islamiche. Fino a che punto, dunque, le identità religiose di tali gruppi possono essere tutelate o devono invece soccombere per consentire all’ordinamento statale di proteggere effettivamente i diritti dei loro membri considerati come singoli individui? Una possibile risposta è stata prospettata pochi anni orsono da un intervento della Corte EDU, che, pur essendo riferito a una peculiare vicenda greca, affronta questioni di rilievo molto più generale. Infatti, secondo i giudici europei certe forme di pluralismo giuridico a tutela delle comunità minoritarie sono ammissibili, purché sia però sempre garantito il diritto del singolo individuo di scegliere di non appartenervi.*

The new French law “against religious separatism” of 2021 has reopened the historical contrast between the aspirations of modern States, to impose the respect of laicity and equality in family and succession matters, and the resistance opposed by cultural and/or religious minorities (today especially the Islamic communities). The question is if and how the religious identities of such groups could be protected or must recede to make an effective state protection of the single individuals’ rights possible. An interesting answer can be derived from an important intervention of the ECHR in 2018, regarding a specific Greek case but endowed with a more general relevance. In fact, the justices considered a certain degree of legal pluralism on religious grounds compatible with human rights, but only if it lays on a voluntary basis, so that the single individual must have an effective right to opt out under the protection of the State

SOMMARIO: 1. La legge francese “contro il separatismo religioso” – 2. Un confronto con altri ordinamenti – 3. La posizione della Corte EDU

1. La legge francese “contro il separatismo religioso”

Nell’estate del 2021 la vita politica francese è stata segnata dall’approvazione della *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*, più nota come “legge contro il separatismo religioso”¹ e dal relativo dibattito, che ha forse superato in intensità pure quelli che nelle stesse settimane riguardavano la prima introduzione del *passé sanitaire* e l’approvazione della nuova *loi de bioéthique*. Il punto è che il tema della (mancata) integrazione delle comunità religiose immigrate, cioè essenzialmente di quelle islamiche, aveva assunto un rilievo fondamentale nel clima ormai quasi preelettorale in cui versava l’opinione pubblica d’oltralpe, tanto da risultare decisivo ai fini della stessa tenuta geopolitica dello Stato francese e del regime repubblicano². È infatti proprio al rispetto dei principi fondamentali della Repubblica

* Ricercatore t.d., lett. b), di Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Per un commento generale alla legge cfr. A. TIRA, *La legge francese n. 1109 del 24 agosto 2021 sul “rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 16, 91-129.

² Si tratta di preoccupazioni non nuove (cfr. A. GATTI, *La religione repubblicana. Riflessioni sulla laïcité ideologique consacrata nella nuova riforma scolastica francese*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 febbraio 2014), ma recentemente acuitesi. Proprio con riferimento alle elezioni presidenziali del 2022 un celebre romanzo aveva prefigurato l’avvento di un presidente islamico che avrebbe legalizzato la poligamia in Francia (M. HOUELLEBECQ, *Soumission*, Paris, 2015), e la campagna elettorale ha risentito non poco dei timori connessi alla “grande sostituzione”

che è intitolata la nuova legge, con una formulazione dal sapore paracostituzionale in un contesto in cui la Costituzione vigente è molto più concentrata sul versante dello Stato-apparato. Non si tratta, però, di una dichiarazione di principi, bensì di una serie di norme piuttosto specifiche che mirano al ripristino dell'osservanza dei valori repubblicani di eguaglianza e laicità in vari settori (servizi pubblici, istruzione, sport, rapporti con associazioni e fondazioni, esercizio dei culti), nonché alla repressione anche penale di fenomeni come l'*hate speech*, le mutilazioni genitali femminili, i matrimoni forzati, le cd. certificazioni di verginità, etc. Nel capo dedicato all'eguaglianza di genere rientrano poi varie norme che prendono di mira i rapporti familiari poligamici, sia impedendo immigrazione e soggiorno dei soggetti interessati sia denegando la rilevanza di tali rapporti ai fini previdenziali, ma ci sembra assai significativo osservare come tale capo sia aperto da un articolo che modifica il *Code Civil* in materia successoria³.

Infatti, per i casi in cui a una successione transnazionale si applichi, in forza delle regole di diritto internazionale privato di applicazione universale ormai uniformate a livello europeo⁴, una legge straniera che non preveda la tutela dei figli come legittimari, si introduce un meccanismo che consente al figlio pregiudicato, o ai suoi aventi causa, di ottenere un prelievo compensativo sui beni relitti in Francia, mentre viene al contempo previsto un obbligo per il notaio di informare i legittimari lesi sul loro diritto di chiedere la riduzione delle liberalità poste in essere dal defunto. L'obbiettivo della novella, reso manifesto dalla sua collocazione sistematica, è quello di intervenire in quelle situazioni dove alla successione del *de cuius* immigrato si applica un diritto di matrice islamica che avvantaggi i figli maschi rispetto alle figlie femmine, e l'intento della riforma è per l'appunto quello di offrire a quest'ultime uno strumento che consenta un riequilibrio patrimoniale per mezzo del prelievo compensativo da realizzare sui beni relitti in Francia⁵.

dei francesi autoctoni con gli immigrati musulmani, teorizzata da R. CAMUS, *Le Grand Remplacement*, Paris, 2011, e da quello stesso É. ZEMMOUR, *Le Suicide français*, Paris, 2014, che avrebbe per l'appunto partecipato alla competizione elettorale in discorso guidando una nuova formazione di estrema destra. Peraltro, onde evitare letture semplicistiche di tali movimenti sarà opportuno ricordare che nell'islamofobia dei due autori citati per ultimi giocano un ruolo di primo piano l'orientamento apertamente *gay* dell'uno e le radici ebraico-berbere dell'altro. In questo clima il 21 aprile 2021 un gruppo di generali in pensione lanciava dalle colonne della rivista di destra *Valeurs Actuelles* un appello alla classe politica a lottare contro il pericolo di «*délitement qui frappe notre patrie*» e che «*avec l'islamisme et les hordes de banlieue, entraîne le détachement de multiples parcelles de la nation pour les transformer en territoires soumis à des dogmes contraires à notre constitution*». Senza dover necessariamente richiamare il "tintinnar di sciabole" del nostro 1964, ci sembra abbastanza evidente come la *loi séparatisme* rappresenti anche una risposta a tali timori da parte della presidenza di E. Macron, peraltro alla fine uscita riconfermata dalle elezioni dell'aprile 2022.

³ Art. 24 della citata *loi séparatisme* che modifica l'art. 913 del *Code Civil*.

⁴ *Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*.

⁵ Lo strumento utilizzato recupera per certi aspetti il *droit de prélèvement* che sino al 2011 era in vigore ai sensi dell'art. 2 della *Loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*. Invero, già il 7 agosto 1790 l'Assemblea Nazionale aveva proclamato l'eguaglianza successoria tra francesi e stranieri, condannando come contrario al principio rivoluzionario della fraternità tra tutte le genti, il diritto di albinaggio che sotto l'*Ancien Régime* i signori feudali e quindi i sovrani vantavano sui beni relitti dagli stranieri. Ciò nondimeno, il Primo Console aveva poi reintrodotta agli artt. 726 e 912 del *Code* pesanti limitazioni a tale eguaglianza, subordinandola al rispetto della condizione di reciprocità con il Paese di provenienza. Fu dunque paradossalmente la Restaurazione a ripristinare un sistema più liberale con la citata legge del 1819, il cui art. 1 aboliva i predetti articoli del *Code* e riconosceva agli stranieri la medesima capacità successoria dei francesi, mentre l'art. 2 specificava per l'appunto che in caso di concorso di coeredi stranieri e francesi, quest'ultimi avrebbero potuto prelevare sui beni relitti in Francia una porzione eguale al valore di quei beni siti all'estero da cui fossero stati per qualunque ragione esclusi in base agli ordinamenti locali. Tale assetto si è conservato sino all'intervento del Conseil constitutionnel, 5 agosto 2011, n. 2011-159 QPC, che lo ha dichiarato incostituzionale in quanto, essendo il *droit de prélèvement* riservato ai soli eredi francesi, conduceva ad una disparità di trattamento fondata sulla nazionalità. Invero, il *prélèvement* del 2021 non parrebbe presentare le stesse problematiche di costituzionalità, dal momento che il suo meccanismo prescinde dallo *status civitatis* dei

2. Un confronto con altri ordinamenti

Quello della conformità all'ordine pubblico in senso internazional-privatistico degli effetti dell'applicazione di leggi successorie discriminatorie è un tema già ampiamente dibattuto anche in altri ordinamenti, come può dimostrare la vicenda evolutiva della giurisprudenza tedesca. In un primo e discusso caso si era ritenuta conforme all'ordine pubblico l'applicazione della legge iraniana *in parte qua* lascia al figlio maschio una quota maggiore rispetto a quella della femmina, posto che l'esito concreto appariva identico a quello che si sarebbe realizzato se il padre avesse lasciato per testamento l'intera disponibile allo stesso figlio maschio, come certamente sarebbe stato possibile sotto la legge tedesca⁶. Sembrava dunque darsi per presupposta una convinta adesione del *de cuius* ai valori dell'ordinamento di provenienza, assunto peraltro discutibile con riferimento a un'iniziale emigrazione spesso di matrice politica, conseguita ad esempio proprio all'avvento in Iran del nuovo regime islamico in luogo della deposta monarchia laicista.

Successivamente la giurisprudenza e la dottrina tedesche si sono invece riorientate⁷ nel senso di distinguere fra il potere del testatore di discriminare, evidentemente ammissibile anche alla stregua del diritto interno e invero di ogni diritto in cui si ammetta la successione testamentaria, istituto che ha senso in quanto consenta di prevedere una ripartizione in una qualche misura differenziata rispetto a quella che deriverebbe dall'applicazione delle quote ereditarie legali, e la diversa ipotesi di una norma straniera che sia essa stessa discriminatoria e come tale insanabilmente contrastante con l'ordine pubblico nazionale. E a questo punto è divenuta meno rilevante pure l'eventuale adesione del padre immigrato al sistema valoriale del Paese d'origine, paradossalmente oggi più probabile nel contesto delle migrazioni di massa di matrice economica o connesse a crisi umanitarie. D'altronde, la radicale inammissibilità della discriminazione successoria di determinate categorie di figli, come i naturali o gli adottivi, era già emersa da tempo con tutta la sua rilevanza assiologica in vari interventi della Corte EDU, su cui non possiamo ora soffermarci nel dettaglio⁸.

La novità legislativa francese, con il suo retroterra problematico, non è certamente priva di interesse nemmeno dal punto di vista dell'ordinamento italiano, e non solo con riguardo a problemi specificamente connessi al diritto di famiglia dell'immigrazione, quali la questione delle famiglie poligamiche⁹ o il recente contrasto giurisprudenziale sugli effetti riconoscibili allo scioglimento del matrimonio per ripudio¹⁰, ma anche con riferimento al nostro annoso dibattito

soggetti coinvolti, risultando sufficiente per attivarlo la circostanza che il *de cuius* o almeno uno dei figli fosse cittadino di un Paese dell'Unione Europea o vi risiedesse abitualmente al momento dell'apertura della successione. D'altra parte, vi è chi ha denunciato l'incompatibilità con il Reg. UE 650 del 2012 della novella, *in parte qua* essa potrebbe determinare una frammentazione della *lex successionis* contrastante con gli obbiettivi del legislatore europeo, laddove sarebbe bastato ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico per disapplicare la legge straniera discriminatoria (cfr. N. LAURENT-BONNE, *L'incerto futuro della riserva ereditaria nel diritto francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1201 ss.; AA. VV., *Articles - Débat: le retour du droit de prélèvement?* in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2021, 291-346), osservazione quest'ultima che però non ci convince fino in fondo, dato che gli effetti della disapplicazione di tale legge ai beni relitti in Francia sono evidentemente più ridotti di quelli del nuovo *prélèvement*.

⁶ *Landgericht Hamburg*, 12 febbraio 1991, in *IPRspr*, 1991, 264.

⁷ Cfr. L. RADEMACHER, *Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechtergleichstellung*, in C.S. Rupp (cur.), *IPR zwischen Tradition und Innovation*, Tübingen, 2019, 121-140.

⁸ Si allude a Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgique*, n. 6833/74, per i figli naturali, e Corte EDU, 13 luglio 2004, *Pla & Puncernau v. Andorra*, n. 69498/01, per gli adottivi.

⁹ Cfr. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 821 ss.; G. LIBERATI BUCCIANTI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Napoli, 2021, 481 ss.

¹⁰ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 381, con nota di G. LIBERATI BUCCIANTI, ne ha negato la riconoscibilità per contrasto con l'ordine pubblico in ragione della natura discriminatoria dell'istituto, mentre Cass., 14 agosto 2020, n. 17170, in *Giur. it.*, 2021, 344, con nota di C. SCALVINI, ha censurato una decisione di

sulla riforma della successione necessaria. Invero, si tende spesso a percepire la tutela dei legittimari come un gravame da ridimensionare, residuo di una concezione tradizionale della famiglia oppressiva dell'autonomia dei singoli e pregiudizievole per la libera circolazione dei beni. Sono quindi ormai numerose le proposte di revisione legislativa intese a superare l'attuale assetto¹¹, ed è ampiamente accettato che le leggi straniere che non prevedano il livello italiano di tutela dei legittimari, ovvero quasi tutte quelle con cui può capitare di confrontarsi, non vadano considerate in quanto tali contrarie all'ordine pubblico¹².

Alla luce della vicenda francese, che, come abbiamo visto, del contrasto all'applicazione di leggi successorie straniere carenti sul piano della tutela dei figli come riservatari ha fatto addirittura un baluardo dell'ordine repubblicano, forse un qualche ripensamento di siffatti assunti può rendersi opportuno. Anzitutto emerge rischiarata la stessa origine e *ratio* dell'istituto, che si imponeva, proprio nella Francia rivoluzionaria e napoleonica, non già allo scopo di rafforzare il patriarcato tradizionale e i connessi legami di solidarietà, ma al contrario per abatterli in nome dell'eguaglianza di tutti i figli valorizzati come singoli individui, e non più funzionalizzati alle esigenze di continuità del patrimonio familiare dall'operare del maggiorasco e del fedecommesso, oppure premiati o puniti a seconda del loro grado di obbedienza ai voleri del *pater*: è del resto ben noto l'aforisma per cui il *partage égal* sarebbe stato più efficiente della ghigliottina nel destrutturare le basi patrimoniali del potere delle grandi famiglie feudali¹³. Ed è invero alla stessa logica, se vogliamo giacobina, che si ispira la nuova legge francese quando si propone di imporre l'eguaglianza tra figli e figlie nelle successioni delle famiglie islamiche. Certamente, dunque, si possono nutrire le più ragionevoli perplessità sulla quantificazione delle quote di riserva nel sistema italiano, in particolare su quella abnorme del coniuge per non parlare dell'assurdità del separato che rimane legittimario, ma non riteniamo che ci si possa nascondere il perdurante rilievo anche costituzionale, e quindi d'ordine pubblico, della garanzia di un certo grado di eguaglianza successoria tra i figli.

Ad ogni modo, il richiamo al nesso storico fra tali regole successorie e l'affermazione rivoluzionaria dello Stato moderno vale a porre ulteriormente in evidenza il rilievo nell'odierna dialettica francese, che vede scontrarsi la riaffermazione dell'ordine repubblicano laico e unitario con le istanze di pluralismo giuridico delle comunità religiose separate. La problematica travalica i confini dei singoli sistemi giuridici e si pone oggi come uno dei grandi temi a livello globale. Può essere interessante considerare le recenti vicende di ordinamenti extraeuropei che avevano conservato maggiori dosi di particolarismo premoderno ma oggi avvertono l'esigenza di contrastarne alcune manifestazioni, sul piano simbolico come nel caso della controversa legge israeliana sullo Stato-Nazione che mira a costituzionalizzare l'identità ebraica¹⁴, o sul piano più concreto dell'operatività di determinati istituti nel campo assai sensibile del diritto delle relazioni

merito espressasi in tal senso e ha ritenuto che del ripudio si debbano valutare gli effetti concretamente fatti valere, con particolare riguardo alla già irrimediabile compromissione della comunione di vita tra i coniugi. Il contrasto potrebbe anche preludere ad una rimessione alle Sezioni Unite: cfr. M. RIZZUTI, *Ripudio e divorzi privati*, in G. Cataldi, R. Montinaro (curr.), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, Napoli, 2021, 157-185.

¹¹ Si segnala il d.d.l. S.1151 presentato dal Governo Conte I al Senato il 30 luglio 2019, con cui si mirava ad una generalizzazione della riduzione per equivalente, già adottata proprio in Francia con la *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*. Quanto al nostro dibattito dottrinario cfr. A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019; S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del Codice Civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, 37 ss.; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020; A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 61-90.

¹² Cfr. Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Giust. civ.*, 1997, 1668, nonché Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 563, con nota di E. CALÒ.

¹³ F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, 10.

¹⁴ *Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People*, approvata dalla Knesset il 19 luglio 2018.

familiari, come nel caso della sentenza apicale indiana che ha dichiarato incostituzionale lo statuto personale della minoranza musulmana *in parte qua* consente il ripudio per triplo *talaq*¹⁵. In ambito europeo è invece soprattutto il progressivo radicamento di comunità di origine migrante a dare risalto a queste tematiche, ma può essere interessante considerare come la Corte EDU abbia avuto occasione di intervenire per la prima volta *ex professo* in materia con riferimento a un frammento di particolarismo premoderno, estraneo alle vicende migratorie ma portato alla ribalta da un caso giudiziario greco che, ancora una volta, ci riconduce all'ambito del diritto successorio¹⁶.

3. La posizione della Corte EDU

La peculiare vicenda riguardava un *de cuius* che aveva nominato erede universale la vedova con un testamento in forma notarile conforme al Codice Civile greco, impugnato però dalle di lui sorelle in base alle regole islamiche che riservano loro i tre quarti dell'eredità. I giudici nazionali avevano finito per accogliere l'impugnativa in ragione dell'appartenenza degli interessati alla minoranza turca della Tracia Occidentale, cui risalenti Trattati internazionali garantivano la possibilità di continuare a vivere in Grecia soggetti, quanto alla materia familiare e successoria, non al diritto civile comune ma a quello musulmano, come una sorta di fossile del sistema ottomano dei *millet*¹⁷, per il resto spazzato via dalla pulizia etnica con lo "scambio dei popoli" e dall'affermazione dei moderni Stati nazionali con il loro monismo giuridico territoriale¹⁸. La vedova adiva dunque la Corte di Strasburgo, facendo valere il carattere discriminatorio della lesione dei suoi diritti patrimoniali determinata dalla decisione dei giudici greci. Nel procedimento intervenivano anche alcune organizzazioni non governative, preoccupate non solo dalla vicenda greca ma soprattutto dai suoi riflessi ulteriori, e quindi interessate a ottenere una generale dichiarazione di incompatibilità dell'applicazione della *sharia* con i diritti sanciti dalla Convenzione EDU, avendo di mira soprattutto lo sviluppo dei cosiddetti tribunali arbitrali islamici nell'ambito di radicate comunità immigrate nel Regno Unito, cioè in un contesto propenso, un tempo in ambito coloniale e oggi in territorio metropolitano, assai più verso il multiculturalismo che non verso l'assimilazione alla francese¹⁹.

¹⁵ *Supreme Court of India*, 22 agosto 2017, *Shayara Bano v. Union of India & Others*, su cui cfr. D. SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale: riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, in [Diritto, immigrazione e cittadinanza](#), 2017, 1-15.

¹⁶ Corte EDU, 19 dicembre 2018, *Molla Sali v. Greece*, n. 20452/14.

¹⁷ Nel pluralismo giuridico ottomano ogni *millet*, cioè ogni comunità confessionale, aveva il suo ordinamento giuridico particolare: cfr. B. Braude, B. Lewis (curr.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, New York, 1982.

¹⁸ Dopo il tracollo dell'Impero Ottomano la regione fu annessa alla Grecia, ma il Trattato di Losanna del 24 luglio 1923, dopo la disfatta nella guerra contro la nuova Turchia, ne esentava gli abitanti musulmani dallo scambio forzato dei popoli e li lasciava, quanto allo statuto personale, soggetti alla giurisdizione dei mufti locali. Pertanto, la *sharia*, pur avendo perso ogni valore legale in Turchia con la codificazione kemalista del 1926, lo ha mantenuto in quest'angolo di Grecia, anche se il meccanismo non si estende agli altri cittadini ellenici di religione musulmana. Si possono vedere al riguardo: A. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *Multiculturalism and Family Law: The Case of Greek Muslims*, in K. Boele-Woelki, T. Sverdrup (curr.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, 2008, 209-239; E. JAYME, C.F. NORDMEIER, *Griechischer Muslime in Thrazien: Internationales Familien- und Erbrecht im Europäischer Perspektive*, in *IPRax*, 2008, 369 ss.; L. PAPADOPOULOU, *Trapped in History: Greek Muslim Women under the Sacred Islamic Law*, in *Annuaire International des Droits de l'Homme. Religions et Droits de l'Homme*, 2010, 397-418; K. TSITSELIKIS, *Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*, Leiden, 2012.

¹⁹ Cfr. W.F. MENSKI, *Angrezi Shariat: glocalised plural arrangements by migrants in Britain*, in *Law Vision*, 2008, 10-12; M.M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia & Alternative Dispute Resolution. Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013; P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione: il caso*

In questa prospettiva, dunque, il profilo più interessante della sentenza finisce per essere rappresentato da ciò che la Corte non dice. I giudici europei, infatti, dopo aver atteso anni prima di pronunciarsi, non si sono espressi nel senso propugnato dagli intervenienti ma hanno condannato la Grecia per aver reso l'applicazione del diritto islamico necessaria a prescindere dalla sussistenza di una "voluntary basis". Invero, nella prospettazione della vedova ricorrente il *de cuius* non era un musulmano osservante e redigendo un ordinario testamento secondo il diritto civile greco avrebbe manifestato una volontà contraria all'applicazione della *sharia* nella vicenda ereditaria. La sentenza non pone tuttavia particolari problemi allo Stato greco condannato, in quanto poco prima della sua emissione l'ordinamento interno era stato riformato in maniera tale da rendere l'applicazione del diritto islamico per i musulmani traci solo opzionale, e attribuendo quindi alla connessa giurisdizione dei mufti un carattere sostanzialmente arbitrare²⁰.

Da un punto di vista europeo però l'impatto è notevole²¹, in quanto, com'è stato evidenziato dai commentatori più critici, la sentenza parrebbe indirettamente legittimare l'applicazione della *sharia* in Europa laddove quella "voluntary basis" sussista²², come può accadere sia in ipotesi di rilevanza internazional-privatistica, a seguito di un atto di *optio legis* in favore di un ordinamento straniero, sia in situazioni puramente interne, a seguito dell'elaborazione nel seno delle comunità immigrate di autonomi ordinamenti non statuali, come nel menzionato contesto britannico. Invero, nel caso di specie la Corte non aveva ragione di porsi questioni ulteriori, anche perché il contenzioso che aveva dinanzi non poneva problemi di eguaglianza di genere, essendo tutte donne le litiganti, né chiamava in causa altri principi di fondo, in quanto il conflitto culturale era semmai tra una prevalente rilevanza successoria del parentado d'origine, tipica di società premoderne, e la valorizzazione occidentale della libertà testamentaria e della famiglia nucleare, profili che possono non apparire attinenti alla sfera dei valori irrinunciabili. Peraltro, in una successiva risoluzione dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa emergeva invece un ben diverso approccio, nel senso di un dichiarato contrasto fra i principi della Convenzione EDU e le regole islamiche in materia familiare e successoria²³, ma il rilievo meramente politico di tale atto beninteso nulla toglie alla rilevanza giuridica della posizione della Corte, anzi per certi aspetti la mette ancor più in risalto.

Secondo l'argomentazione dei giudici europei, dunque, uno Stato può legittimamente prevedere l'applicazione di un diritto particolare a una minoranza religiosa allo scopo di meglio proteggerla, ma dovrà allora riconoscere agli individui che ad essa appartengano il diritto di optare invece per l'applicazione del diritto comune, onde evitare che risultino violati i loro fondamentali diritti alla libera autoidentificazione e alla non-discriminazione. In altri termini, e per richiamare il dibattito francese da cui abbiamo preso le mosse, nella prospettiva che parrebbe essere stata fatta propria dalla Corte di Strasburgo un "separatismo religioso" potrebbe pure avere una valenza

degli shari'ah councils in Inghilterra, Torino, 2020; P. PANNIA, *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito*, Padova, 2021, 282 ss.

²⁰ Il riferimento è alla legge greca n. 4511 del 2018.

²¹ Cfr. D. MCGOLDRICK, *Sharia Law in Europe? Legacies of the Ottoman Empire and the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, 517-566; E. JAYME, C.F. NORDMEIER, *Testierfreiheit als europäische Menschenrecht? - Kritische Betrachtungen zur Westthrazien-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *IPRax*, 2019, 200-202; M. RIZZUTI, *The Strange Case of Ms. Molla Sali v. Greece: Individual Rights and Group Rights in a Multicultural Order*, in S. Landini (cur.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets. Goineu plus project final volume*, Napoli, 2020, 387-413; M. BERGER, *The last Sharia Court in Europe: A Jurist's Travelogue*, The Hague, 2021.

²² Secondo G. PUPPINCK, *Charia: ce que révèle la décision de la CEDH*, in *FigaroVox*, 26 dicembre 2018, «la Cour européenne a condamné cette application forcée de la charia... mais pas la charia en elle-même», per cui «Ce qui risque d'arriver, et apparaît déjà dans cette affaire, c'est l'introduction de la charia, par la volonté individuelle, dans les droits de l'homme: c'est "le droit à la charia"».

²³ *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution n. 2253 of 2019*.

positiva, forse anche come strumento di mediazione culturale, ma il punto essenziale diventa il diritto del singolo individuo di scegliere di non appartenere alla “comunità separata” in questione, e l’effettiva garanzia di questo diritto da parte dello Stato, specie con riguardo ai soggetti più vulnerabili. E non è affatto detto che tale garanzia non possa magari passare per un certo grado di riconoscimento di determinati istituti alieni all’ordinamento statale, come nel caso della recente pronunzia che, proprio in Francia, ha aperto al riconoscimento di una qualche efficacia del matrimonio poligamico celebrato all’estero, allo scopo di consentire alla seconda moglie di agire per il divorzio e le connesse tutele²⁴.

²⁴ Cass. Civ. 1^a sez., 17 novembre 2021, n° 20-19.420.

Mayra Angélica Rodríguez Avalos*

Gestione costituzionale della diversità nella formazione di società pluraliste: un'analisi dell'esperienza boliviana**

ABSTRACT: *La sfida di trovare soluzioni alternative di interazione sociale che tutelino la diversità, comporta ad analizzare esperienze che la garantiscono. Il presente lavoro riflette sulla base del costituzionalismo pluralista l'esperienza dello Stato Plurinazionale della Bolivia, con il riconoscimento costituzionale della diversità, si afferma l'esistenza dello Stato di Diritto pluralista e si promuove la gestione interculturale come meccanismo di integrazione e garanzia contro movimenti che possono condurre a involuzioni costituzionali.*

The challenge of finding alternative solutions of social interaction that protect diversity, involves analyzing experiences that guarantee it. This work analyzes based on pluralist constitutionalism the experience of the Plurinational State of Bolivia, with the constitutional recognition of diversity, affirms the existence of the pluralist Rule of Law and promotes intercultural management as a mechanism of integration and guarantee against movements that can lead to constitutional involutions.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'integrazione dello Stato – 3. Lo Stato plurinazionale e interculturale. La esperienza boliviana – 4. Lo Stato di diritto pluralista – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Storicamente il concetto di nazione è stato concepito come sinonimo di Stato. Adottato dalle nazioni occidentali liberali. Si tratta di un processo assimilazionista, che non riconosce la diversità. Esiste un'unica identità, sotto la garanzia dell'uguaglianza.

Successivamente, sono emersi altri modelli di integrazione, come gli Stati multiculturali, che cercando l'interazione pacifica dei diversi gruppi di popolazione, ma che non hanno impedito l'emergere di conflitti e frammentazione sociale, che possono condurre ad un nazionalismo esacerbato, rendendo possibili cambiamenti, come ha successo in paesi come Ungheria e Polonia, oppure, con l'incremento nel consenso dell'estrema destra in Francia. In America Latina invece, si sono verificati altri processi di interazione culturale, a partire dalla colonizzazione, in cui i popoli originari o indigeni, sono stati assimilati da coloro che arrivavano nei loro territori imponendo l'identità omologanti, invalidando le loro cosmovisioni. Situazione che rimase dopo la loro indipendenza. Il presente lavoro, si concentra sull'esperienza costituzionale dello Stato Plurinazionale della Bolivia, seguendo una metodologia storica concettuale, si presenta l'instaurazione della nozione di Stato e la sua conformazione come Stato nazionale. Dall'analisi costituzionale, si presenta la tutela della diversità. Lo Stato di Diritto Pluralista è trattato come una proposta del nuovo costituzionalismo latino-americano.

2. L'integrazione dello Stato

Stato, proviene dalla locuzione latina *status*, e questo dal verbo *stare*, che significa stare in piedi. Comincia «a riferirsi allo stato della situazione pubblica come *status republicae* (lo stato

* Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

della repubblica)»¹. La *Real Academia Española*, la definisce «la forma di organizzazione politica, dotata di potere sovrano e indipendente, che integra la popolazione di un territorio»². Il concetto moderno di Stato ha la sua genesi in Europa nel XV secolo, introdotto da Machiavelli, nella sua opera *Il Principe*³.

Tomas Hobbes, nel suo *Leviathan* (1651), giustifica l'esistenza dello Stato assolutista, in virtù del fatto che l'uomo è un essere antisociale, incline al conflitto e incapace di vivere in comunità; richiede un potere reale di dominio, essendo integrato nella società. Nella sua opera *Saggi su un governo civile* (1689), *John Locke*, introduce l'idea della tolleranza per garantire la libertà, sostenendo che lo Stato di Diritto si fonda su una Costituzione o legge che stabilisce la divisione tripartita del potere pubblico: legislativa, esecutiva e federativa⁴.

Per *Montesquieu*, come sottolinea *l'Esprit des lois* (1748), la legge, fonda lo Stato e limita il potere pubblico, stabilendo «i rapporti tra i governanti e i governati»⁵. Mentre per *Rousseau*, in *Du contrat social* (1762), lo Stato è «persona pubblica, che si costituisce così grazie all'unione di tutte le altre»⁶; che decidono per volontà generale di creare una «parte indivisibile del tutto»⁷.

Alcune di queste idee hanno ispirato il contenuto della *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen* (1789), che riconosce che «gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti»⁸ e che «la sovranità risiede nella nazione»⁹, stabilisce il disegno del modello assimilazionista francese, in cui «l'integrazione dei gruppi e degli individui di differenti culture può essere percepita solo come un processo in cui tutte le differenze scompaiono»¹⁰. Secondo questa restrittiva idea di integrazione, «Gli stati liberali del XIX secolo si sono configurati sotto il principio del monismo giuridico, cioè, l'esistenza di un solo sistema giuridico all'interno di ognuno Stato, e anche, una legge generale per tutti i cittadini»¹¹.

Il modello di Stato liberale è stato adottato dai paesi latinoamericani che hanno ottenuto l'indipendenza, «importato dalle élite creole per configurare stati a sua immagine e somiglianza, escludendo i popoli originari, afrodiscendenti, donne e maggioranze subordinate, e con l'obiettivo di mantenere la soggezione indigena»¹², che si estendono per i prossimi duecento anni.

La redistribuzione territoriale con la fine della Seconda guerra mondiale, ha comportato la necessità di adottare un modello pluriculturale, per risolvere i conflitti territoriali e culturali che si presentavano. Tuttavia, riconoscere «la mera coesistenza delle diverse culture, nel migliore dei casi, presuppone solo un misurato rispetto per le diverse comunità, ma non incoraggia il dialogo»¹³.

¹ Definizione in [DECEL](#) (*Diccionario etimológico castellano en Linea*).

² Vedi in [RAE](#) (*Real Academia española*)

³ Cfr. N. MACHIAVELLI. *Il principe*, Edizione digitale, 78.

⁴ Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA. *Sistemi Costituzionali*, Torino. 2020, 68.

⁵ CH. L. MONTESQUIEU. *Lo spirito delle leggi*, traduzione da N. Marea Ruiz, Edizione digitale, 781.

⁶ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione M.J. Villaverde, Edizione digitale, 98.

⁷ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., 19.

⁸ Art. 1, *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*.

⁹ Art. 3, *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*.

¹⁰ M. GORROTXATEGI AZUMENDI. *La gestión de la diversidad cultural: Multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo québécoise frente al multiculturalismo canadiense*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, 2005, 91.

¹¹ R.Z. YRIGOYEN FAJARD. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, in C. Rodriguez Garavito (cur.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, 1.

¹² R.Z. YRIGOYEN FAJARD, *El horizonte del constitucionalismo pluralista*, cit., 1.

¹³ M. PACHECO RODRIGUEZ, *Hermenéutica y dialogo intercultural*, in M. Ruiz Dorado (cur.) *Interculturalidad, derecho de la naturaleza, Paz: Valores para un nuevo Constitucionalismo*, Valencia, 2020, 25.

L'integrazione dello Stato, in questo caso, dipende dai processi di acculturazione per costituire un'identità nazionale unica, ma, con un costante sospetto degli altri, all'interno della società¹⁴. Risponde all'idea di identità nazionale, basata su valori comuni, che non si stabiliscono attraverso il dialogo, ma sono imposti dalle classi dominanti, che possono essere o meno maggioranze, in cui tutti i gruppi etnici sono inclusi nella categoria di eguaglianza senza diversità, come un'unica forma di identità, che implica un processo di assimilazione¹⁵.

Da parte sua, il modello multiculturale, chiamato anche modello anglosassone, «suppone qualcosa di più della semplice coesistenza di culture»¹⁶, in virtù del fatto che riconosce la diversità e si caratterizza per la difesa «[n]ella eguaglianza di diritti e di opportunità e il rispetto delle differenze culturali, tuttavia, non si sono dimostrati efficaci nella gestione dell'integrazione»¹⁷; in quanto non favorisce il dialogo e l'interazione. Riconoscere gli altri significa soltanto renderli visibili¹⁸.

L'interculturalità, «non si limita a raccontare o descrivere una certa realtà, ma ci rimanda all'idea di processo, di interazione tra i diversi partecipanti di quella realtà»¹⁹. Cerca di conciliare le differenze, questo «tipo di relazione che si stabilisce intenzionalmente tra le culture che promuove il dialogo e l'incontro tra loro a partire dal riconoscimento reciproco dei loro rispettivi valori e modi di vita»²⁰. In tal senso, è possibile parlare di Stati interculturali, fondati sul pluralismo, che «propugnano quadri di integrazione sempre più ampi, con assoluto rispetto per le peculiarità differenziali»²¹.

3. Lo Stato plurinazionale e interculturale. La esperienza boliviana

La storia costituzionale della Bolivia mostra il modello assimilazionista adottato dopo la sua indipendenza dalla Spagna, come è successo in molti dei paesi appena formati nella regione. L'identità indigena fu ignorata e la popolazione creola e meticcia dominante, anche se non maggioritarie, formarono uno Stato che perpetua l'eredità coloniale.

Dal primo testo costituzionale del 1826 fino a quello del 1967, le nazioni indigene sono rimaste assimilate, finché in seguito alla firma della Convenzione 169 dell'ILO²², nella Costituzione del 1995 si riconosce il carattere multietnico dello Stato boliviano. Un modello di gestione della diversità pluriculturale, che rimase con la legge del 2004, ma che amplia i diritti di autocoscienza e sentimento di identità, e fa nascere l'idea dell'interazione culturale, che si svilupperà nell'attuale Costituzione.

Con la promulgazione della Costituzione del 2009, la Bolivia si rifonda come Stato Unitario Sociale di Diritto Plurinazionale Comunitario, libero e indipendente, sovrano, democratico, interculturale, decentrato e con autonomie,²³ basato sul rispetto e sull'uguaglianza tra tutte le

¹⁴ Cfr. M. BASAGOITI, P. BRU MARTIN, *Apuntes para intervención participativa y comunitaria en contextos de diversidad cultural*, in *Cuadernos de Trabajo Social*, 25-2, 2012, 374.

¹⁵ Sull'imposizione dei valori comuni si veda J.L. QUADROS DE MAGALHÃES, T. RIBEIRO, *El Estado plurinacional como referencia teórica para la construcción de un estado de derecho internacional*, Ciudad de México, 2017, 8.

¹⁶ M. BASAGOITI, P. BRU MARTIN, *Apuntes para intervención participativa y comunitaria*, cit., 373-374.

¹⁷ R. SILVA ALFARO, *La ruta del pluralismo*, Santiago de Chile, 2019, 28.

¹⁸ Cfr. R. SILVA ALFARO, *La ruta del pluralismo*, cit., 28.

¹⁹ M. PACHECO RODRIGUEZ, *Hermenéutica y dialogo intercultural*, cit., 25.

²⁰ M. PACHECO RODRIGUEZ, *Hermenéutica y dialogo intercultural*, cit., 26.

²¹ Conferenza di J. RODRIGUEZ ARANA, *Pluralismo y Nacionalismo*, per, professore di diritto amministrativo, vicepresidente dell'Associazione nell'ambito del Congresso internazionale dell'Associazione internazionale di metodologia giuridica tenutosi ad Aix-en-Provence dal 3 al 4 settembre 2003.

²² Firmato nel 1989 e entrato in vigore nel 1991. La Bolivia ratificò la Convenzione l'11 dicembre 1991.

²³ Art. 1, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

persone, con il riconoscimento della diversità e la ricerca del *vivir bien*,²⁴ impegnato nello sviluppo integrale e nell'autodeterminazione dei popoli.²⁵ Trattandosi di uno Stato pluralista,²⁶ i suoi assi direttivi sono il pluralismo e l'interculturalità.

Questa nuova integrazione di Stato va oltre «la tolleranza come valore e come strumento per facilitare la convivenza e la comunicazione a tutti i livelli della vita»²⁷, superando quella integrazione multietnica delle Costituzioni del 1995 e 2004. Il riconoscimento della diversità è un elemento chiave, poiché lo Stato plurinazionale si integra con tutte le comunità boliviane compresi gli afroboliviane. Dà dignità al suo passato ancestrale riconoscendo le nazioni e pueblos *indigenas originarios campesinos*²⁸, che distingue come l'intera collettività umana che condivide l'identità culturale, la lingua, la tradizione storica, le istituzioni, la territorialità e la sua cosmovisione del mondo²⁹, che hanno abitato il territorio prima del periodo coloniale³⁰.

La proposta costituzionale per l'integrazione dello Stato plurinazionale, una forma di Stato, che viene «prescelto per sradicare il colonialismo e porre sullo stesso piano di eguaglianza le collettività»³¹, permette rivendicare l'abbandono dello Stato-nazione; sebbene contempili alcuni dei suoi elementi, come la divisione dei poteri pubblici, incorpora particolari elementi per garantire il carattere plurale e interculturale.

La sovranità risiede nel popolo³², supera il paradigma liberale di divisione tripartita, al sottolineare che «il potere popolare non è diviso – così come la sovranità non è frammentata, ma è da lì che devono sorgere altre istituzioni dello Stato a conformarsi nel modo più partecipativo e deliberativo possibile, con autonomia di funzionamento e sottoposte, successivamente alla sua elezione, a controlli popolari e contrappesi istituzionali»³³.

In questo senso, si parla dei organi dello Stato, che rispondono alla volontà stabilita dalla Costituente e ratificata dal popolo mediante referendum che ha approvato il testo costituzionale. Così si garantisce la protezione della diversità nelle funzioni di ognuno organo.

L'Organo legislativo è strutturato per l'Assemblea legislativa plurinazionale, costituita dalla Camera dei deputati e senatori³⁴, è garantita la rappresentanza della diversità demografica da parte di donne, uomini delle nazioni e *pueblo indigena originario campesino*,³⁵ affinché la sua composizione rifletta la pluralità.

L'Organo esecutivo, composto dal presidente, vicepresidente e dai ministri dello Stato. Per garantire il pluralismo culturale e sociale, nelle attività sia del governo plurinazionale e dei governi dipartimentali, si stabilisce l'uso della lingua castigliana e di una delle 35 lingue riconosciute appartenenti alle nazioni e ai *pueblo indigena originario campesino* sulla base della convenienza, delle circostanze, delle esigenze e delle preferenze della popolazione nel suo insieme o del territorio in questione, o utilizzando la lingua dei governi autonomi.³⁶

²⁴ Terzo comma, Preambolo della *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

²⁵ Quarto comma, Preambolo della *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

²⁶ Secondo comma, Preambolo della *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

²⁷ E. MARCOS, *Multiculturalidad en la Villa de Cañas*, in M.T. Regueiro García, S. Pérez Álvarez (curr.) *Gestión de la diversidad cultural en sociedades contemporáneas*, Valencia, 24-25.

²⁸ Art. 2, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

²⁹ Art. 30, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

³⁰ Art. 2, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

³¹ S. BALDIN, *Lo statuto costituzionale dei popoli autoctoni in Bolivia con particolare riguardo alla giustizia indigena*, in federalismi.it, 2015, 8.

³² Art. 7, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

³³ F. PALACIOS ROMEO, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental*, Navarra, 2012, 201.

³⁴ Art. 145, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

³⁵ Art. 30, comma 18 *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

³⁶ Art. 6, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

La potestà di impartire giustizia emana dal popolo boliviano³⁷, si fonda tra gli altri principi sul pluralismo giuridico, sull'interculturalità e sull'equità. La funzione giudiziaria è unica³⁸, si integra con la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione *indigena originaria campesina*; quest'ultima, esercitata attraverso le sue autorità, e applicherà i suoi principi, valori culturali, norme e procedure proprie³⁹, nel rispetto della vita e dei diritti umani⁴⁰. Entrambe le giurisdizioni hanno la stessa gerarchia, garantito del pluralismo giuridico, inclusa la giurisdizione agroambientale⁴¹.

La giustizia costituzionale assume un ruolo interessante; è esercitata del *Tribunal Constitucional Plurinacional* (in seguito *TPC*), indipendente da qualsiasi altro organo, risponde soltanto nei confronti della Costituzione e della legge che ne disciplina il suo funzionamento⁴²; integrandosi con persone che provengono dalla diversità tutelata dalla Costituzione.

La sua missione consiste nel tutelare la supremazia costituzionale esercitando il controllo costituzionale e assicurando il rispetto dei diritti e delle garanzie costituzionali⁴³. In questo senso, tutte le persone comprese i popoli *indigena originario campesino*, sono autorizzate ad esercitare l'Azione di Protezione Costituzionale, contro atti o omissioni illegali o indebiti dei funzionari pubblici, o di persone individuali o collettive, che restringono, sopprimono o minacciano di limitare i diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalla legge⁴⁴, e anche l'Azione di Incostituzionalità per confrontare una legge contraria alla Costituzione⁴⁵. Ha il potere di risolvere i conflitti di competenza tra la giurisdizione *indigena originaria campesina* e la giurisdizione ordinaria e agroambientale⁴⁶; pertanto, tenendo conto del fatto che, nella sua funzione interpretativa, applicherà con preferenza la volontà del costituente⁴⁷, si garantisce che, la volontà primigenia del riconoscimento della diversità prevalga.

L'Organo Elettorale Plurinazionale è incorporato allo stesso livello dei tre tradizionali, garantendo con le sue facoltà e funzioni che la diversità sia adeguatamente rappresentata dinanzi all'Assemblea legislativa plurinazionale e che i diritti politici di tutte le persone siano realizzabili. A tal fine, vigila che l'elezione di autorità, rappresentanti e candidati appartenenti ai popoli e alle nazioni *indigena originaria campesina*, avvenga nel rigoroso rispetto delle norme e delle procedure proprie di tali popoli e nazioni⁴⁸.

Per risarcire il debito storico, l'autonomia *indigena originaria campesina* è riconosciuta costituzionalmente, come l'autogoverno, esercitato dalla libera determinazione delle nazioni e dei popoli *indigena originaria campesina*, la cui popolazione condivide territorio, cultura, storia, lingue, organizzazione o istituzioni giuridiche, politiche, sociali ed economiche proprie, nonché, sulla base del pluralismo giuridico⁴⁹, l'uso delle sue istituzioni. Si garantisce inoltre che in futuro si creino nuove autonomie⁵⁰.

Allo stesso modo, l'asse trasversale e orizzontale dell'interculturalità ha permesso che i principi di ispirazione ancestrale⁵¹, il *suma qamaña* (vivere bene), e *teko kavi* (vita buona), tra gli altri,

³⁷ Art. 178, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

³⁸ Art. 179, frazione I *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

³⁹ Art. 190, I *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*.

⁴⁰ Art. 190, II *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴¹ Il Consiglio della Magistratura è anche parte dell'Organo Giudiziario

⁴² Si veda E. BUONO, *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*, Napoli, 2022, 122.

⁴³ Art.196, I *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁴ Art.128, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁵ Art.132, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁶ Art. 202, 1 *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁷ Art.196, II *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁸ Art. 211, II *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁴⁹ Art. 289 *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁵⁰ Art. 294 *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

⁵¹ Art. 8, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*

fossero incorporati nella Costituzione, costituendo la base della politica pubblica statale, sono anche rettori per la promulgazione di leggi, nonché per l'esercizio della funzione giurisdizionale e del controllo della costituzione. La diversità viene gestita precisamente, promuovendo il rispetto reciproco e il dialogo interculturale e multilingue, per garantire la pari dignità delle persone, delle nazioni e dei popoli.

Viene così costruita una nuova istituzionalità che hanno lo scopo di promuovere l'integrazione sociale, creare un maggiore benessere e, stabilire elementi di partecipazione della cittadinanza che legittimano l'esercizio di governo e garantiscono la diversità⁵².

4. Lo Stato di diritto pluralista

Il *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, (in seguito *NCL*) rappresenta un movimento costituzionalista pluralista, che riconosce la diversità e incorpora elementi per garantirla. Offre una forma innovativa di integrazione, che rompe con i paradigmi previsti dagli Stati liberali del XIX secolo. Va oltre il costituzionalismo sociale, inaugurato con la Costituzione messicana del 1917⁵³. In origine era un «costituzionalismo sperimentale»⁵⁴ derivato dalla capacità innovativa dei testi dell'*NCL*, che «rivendica il carattere rivoluzionario del costituzionalismo democratico, fornendogli i meccanismi per renderlo più utile per l'emancipazione e il progresso dei popoli concependo esso la costituzione come mandato diretto di potere costituente e di conseguenza, come fondamento giustificativo ultimo del potere costituito»⁵⁵, per il suo carattere endemico e anche chiamato *nuevo constitucionalismo andino*, cui successo è l'inclusione della parola indigena nel linguaggio delle Costituzioni⁵⁶.

Il pluralismo è la proposta centrale di questo movimento costituzionale, che «è iniziato con la Costituzione della Colombia del 1991»⁵⁷; capisce che, la «diversità e pluralismo camminano insieme, ed entrambi i concetti sono propri di un tipo speciale di società e cultura»⁵⁸, che «convalida il riconoscimento di una varietà potenzialmente infinita di culture e sistemi di valori, tutti ugualmente fondamentali e incommensurabili l'uno con l'altro»⁵⁹.

Contempla la conformazione dello Stato Plurinazionale⁶⁰, come espresso dal *TPC* come quello che «spezza i fondamenti dello Stato nazione caratterizzato dal mono culturalismo e dal monismo giuridico e riconosce i popoli *indigena originario campesino* come nazioni, con capacità politica di

⁵² Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in R. Viciano Pastor (cur.) *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, 2012, 36.

⁵³ Che perpetua il modello integrazionista, ma che con la riforma costituzionale del 14 agosto 2001, riconosce l'esistenza delle popolazioni indigene, dalla visione pluriculturale, ma che non ne garantisce l'autonomia, né l'interazione tra di loro.

⁵⁴ B. DE SOUSA SANTOS, *La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*, in *Revista Ospal*, 22, 2007, 75 ss

⁵⁵ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali*, cit., 72. Al riguardo anche R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in [Revista General de Derecho Comparado](#), 2011, 1-24.

⁵⁶ E. BUONO, *La questione plurinazionale*, cit., 122.

⁵⁷ R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 11.

⁵⁸ I. BERLIN, *Contra la corriente*, Ciudad de México, 1979. 38-39

⁵⁹ R. SILVA ALFARO, *La ruta del pluralismo*, cit., 28

⁶⁰ La prima menzione dell'espressione plurinazionalità è stata emessa nel 1982 dalla Confederazione Sindacale unica dei lavoratori contadini della Bolivia e successivamente nel progetto elaborato di legge nel 1988 sulle nazionalità indigene dell'Ecuador elaborato dalla Confederazione delle nazionalità indigene, definito nell'articolo 10 come quello in cui al suo interno sono riconosciuti i popoli indigeni che partecipano con la loro cultura, organizzazione e diritti propri. Un antecedente del pluralismo che sarà determinante per la rifondazione dello Stato plurinazionale in Ecuador e Bolivia. Sull'argomento si veda E. BUONO, *La questione plurinazionale*, cit., 122.

definire i loro destini»⁶¹, coinvolge le autonomie, nazioni, società interculturali, che, pur integrando un'unità statale, non si cerca l'assimilazione, poiché incoraggia e «ringrazia la differenza come un elemento che arricchisce e potenza»⁶². La diversità costituisce un elemento di forza. Questo modello «si struttura attorno ad un insieme di soggetti culturalmente diversi che dialogano per [decidere] il loro comune presente e futuro»⁶³.

L'interculturalità è un meccanismo di dialogo, ma anche di gestione della diversità, che dal suo aspetto orizzontale, garantisce il riconoscimento di diritti specifici di ogni persona, nazione e gruppo; e, trasversalmente, perché, corrispondendo allo Stato, «prendere le decisioni giuridiche e politiche che determinano il modello di gestione della diversità culturale delle loro società»⁶⁴, assicurando che tutti gli organi, svolgono le loro attività nel rispetto di tali diritti precedentemente riconosciuti.

L'insegnamento boliviano, mostra che riconoscendo «costituzionalmente i popoli *indigena, originario, campesino*, popoli che sono stati generalmente emarginati e discriminati, li pone sullo stesso piano con la nazione storicamente dominante»⁶⁵. La «proposta interculturale portata avanti dagli indigeni ambisce alla decostruzione delle strategie politiche, culturali ed epistemologiche dominanti, che li hanno emarginati»⁶⁶.

La sua analisi permette di collocare al centro del dibattito internazionale, che esistono altre forme di integrazione dello Stato, che rispondano ai bisogni e alle realtà attuali, che conducano alla concezione di una società più universale, senza sottrarre identità a favore di altre. Anche se possono trattarsi di altri tipi di realtà, il pluralismo e la interculturalità, costituiscono un modo diverso di soddisfare tali esigenze.

Di fronte a questa realtà, ci sono alcuni casi che sono al centro dell'attenzione, in virtù del fatto che gli attuali governi hanno promosso modifiche. In Ungheria, il Parlamento ha approvato una riforma⁶⁷ che consente al governo di dichiarare lo Stato di Allarme in caso di conflitto armato o disastro umanitario in paesi vicini, che implica la facoltà di sospendere alcune leggi, che ritengono necessarie, con la pretesa di garantire la sicurezza dei suoi residenti. Tuttavia, ciò implica che le persone che potrebbero migrare a causa di conflitti bellici, al loro arrivo nel paese, non ricevono asilo e vengono deportate senza prima, garantire la loro sicurezza. Ciò può entrare in conflitto, anche con le disposizioni degli articoli 2, 6 e 7 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui gli Stati membri devono garantire il rispetto della dignità umana e diritti umani, comprese le persone appartenenti a minoranze, e quelle che in caso di conflittole migrano, rientrano in questa categoria.

In Polonia, i partiti conservatori di destra sono maggioritari nel Parlamento, ma non hanno ancora la possibilità di emendare la Costituzione, anche se possono modificare leggi e attraverso di quelle, controllare il funzionamento della Corte costituzionale, indebolendo la sua indipendenza. Infatti, la sentenza del 2021, ha riconosciuto la prevalenza della Costituzione sul Diritto dell'Unione europea. In questo senso, attraverso le modifiche di legge, il governo porta avanti la sua agenda conservatrice e esiste sempre, la possibilità di cambiamenti alla stessa Costituzione, che non

⁶¹ *Tribunal Constitucional Plurinacional* della Bolivia, [SCP 1714/2012, 01 ottobre 2012](#).

⁶² R. SILVA ALFARO, *La ruta del pluralismo*, cit., 29

⁶³ D. BONILLA MALDONADO, *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*, in *Revista Derecho del Estado*, 2019.

⁶⁴ M. GORROTXATEGI AZURMENDI, *La gestión de la diversidad cultural*, cit., 90.

⁶⁵ R. AVILA SANTAMARIA, *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, citato da D. BONILLA MALDONADO, *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*, in *Revista Derecho del Estado*, 2018. 3-23.

⁶⁶ S. BALDIN, *Lo statuto costituzionale dei popoli autoctoni in Bolivia con particolare riguardo alla giustizia indigena*, cit., 10.

⁶⁷ Approvata dal Parlamento il 24 maggio 2022.

avendo una pluralità nei legislatori i diritti della diversità vengano ignorati. In questi casi, «i governi eletti, usano gli emendamenti [costituzionali oppure delle leggi]⁶⁸, per rimuovere i controlli e i contrappesi costituzionali»⁶⁹. Si crea così, un controllo politico su uno dei poteri costituiti, che può danneggiare lo stesso Stato di Diritto.

Questa è la rilevanza dell'esperienza dell'*NCL*, e in particolare della Bolivia, in virtù della quale il potere costituito deriva dal potere costituente che ne ha stabilito il funzionamento e i limiti nel testo costituzionale, Deve quindi rispondere al mandato che lo stesso popolo sovrano gli ha affidato. Pertanto, attraverso la democrazia partecipativa, con meccanismi di legittimità e controllo sul potere costituito⁷⁰, come il referendum, qualsiasi riforma della Costituzione, deve essere sollecitata e approvata dal popolo che si riconosce pluralista e interculturale. Nei casi di Ungheria e Polonia, il Parlamento ha il potere di riformare la Costituzione, quindi se i legislatori non rappresentano una società pluralista, i diritti delle minoranze o delle persone migranti sono vulnerabili a possibili involuzioni costituzionali.

Il caso della Francia è preoccupante. Si tratta di una nazione che storicamente ha proclamato la libertà, la dignità e la fraternità come principi essenziali della sua Repubblica, ispirando altri Stati a garantirli. Tuttavia, la mobilità umana ha modificato il panorama etnico del paese, che ha creato uno scenario per il progresso della proposta politica dell'estrema destra, rappresentata da *Marine Le Penn*, che, per la seconda volta, cerca la presidenza del paese. Anche se non ha ottenuto il successo, ciò non significa che sia stato eliminato il rischio di cambiamenti giuridici che potrebbero erodere la protezione costituzionale finora stabilita e che si estende ai gruppi minoritari.

In questo caso, si tratta di un esercizio di libertà politica, ma si avvertono rischi, se l'interculturalità e il pluralismo, non si includono come assi nella costruzione politica. L'esperienza boliviana mostra che il dialogo interculturale a tutti i livelli, anche a quelli di carattere elettorale, è essenziale per l'integrazione di società sempre più pluralistiche.

5. Conclusioni

L'esperienza boliviana offre l'opportunità di conoscere altre forme di integrazione dello Stato, che riconosce una pluralità di componenti, che si uniscono nel senso di appartenenza ad un organo maggiore, ma senza cedere la propria identità ad un'unica assimilata. Apre la porta alla progettazione di uno Stato di Diritto Pluralista, che riconosce la differenza e la gestisce, superando il dogmatismo sull'identità nazionale unica, poiché incoraggia l'interazione culturale dei diversi gruppi, che utilizzano come meccanismo il dialogo interculturale.

Garantisce la rappresentanza all'interno dei poteri costituiti, delle diverse nazioni e popolazioni, adottando il pluralismo e il dialogo interculturale come principi costituzionali e un asse trasversale della politica, l'economia e delle risoluzioni giuridiche per garantire un trattamento equo nel rispetto della diversità.

Ogni Stato deve intravedere la sua realtà e i rischi o i conflitti che in essa si presentano, e di conseguenza agire. Pertanto, l'analisi della proposta della Bolivia permetterà di notare che il riconoscimento della diversità è un elemento essenziale nelle società attuali. Non si tratta di una formula magica, ma di una proposta che fornisce delle risposte.

⁶⁸ Testo tra parentesi è stato integrato al testo originale

⁶⁹ R. DIXON, D. LANDAU, *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 3, 2015, 606-638

⁷⁰ Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 45.

PARTE II

RIPARTIRE DAL BASSO: IL RUOLO DELLE AUTONOMIE LOCALI E DELLE CITTÀ

[Matteo Agostino](#)

[Paola Costantini](#)

[Salvatore Mario Gaias](#)

[Flavio Guella](#)

[Rosa Iannaccone](#)

[María Guadalupe Imormino De Haro](#)

[Katia Laffusa](#)

[Edin Skrebo](#)

Matteo Agostino *

Verso un (nuovo) protagonismo delle realtà locali: quali prospettive per lo Stato di diritto nell'Unione europea? **

ABSTRACT: *Le sistemiche violazioni dello Stato di diritto in alcuni Paesi membri dell'Unione europea richiedono risposte che siano altrettanto sistemiche e riguardino non solo le istituzioni dell'Unione ma anche le realtà locali. Partendo dal protagonismo di città, province, regioni e comunità autonome nel diritto internazionale, in particolare nella difesa dei diritti umani e nella tutela dell'ambiente, si prospettano soluzioni differenti che coinvolgano città ed enti locali, anche riuniti a livello transnazionale, che spaziano dall'applicazione di strumenti già esistenti, come il Regolamento 2020/2092, sino a giungere ad un'auspicata revisione dei Trattati che accresca ruolo e competenze del Comitato delle Regioni.*

Systemic violations of Rule of Law in several EU Member States require equally systemic responses involving not only EU institutions but also local entities. Starting from the leading role of cities, provinces, regions and autonomous communities in International Law, notably in the protection of human rights and the safeguard of the environment, a variety of solutions are envisaged to involve cities and local authorities, including those united transnational city networks. These solutions may range from the application of existing instruments, such as Regulation 2020/2092, to a desirable revision of the Treaties enhancing role and competences of the Committee of the Regions.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il quadro internazionale – 3. Il contesto dell'Unione europea: le alternative possibili – 3.1. Il “nuovo” Regolamento sulle condizionalità di bilancio legate allo Stato di diritto – 3.2. L'empowerment del Comitato delle Regioni – 3.3. Un progetto più ambizioso – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Tra i valori su cui si fonda l'Unione europea, l'art. 2 TUE espressamente cita lo Stato di diritto, unitamente al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dei diritti umani. Tali valori, «comuni agli Stati membri», sono propri di società caratterizzate dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne.

Tuttavia, tra i valori citati, ve n'è uno che necessita di essere meglio inquadrato e contro la cui violazione l'Unione è chiamata a reagire: si tratta dello Stato di diritto, che si sostanzia nella trasparenza, democraticità e pluralismo del processo legislativo, nella certezza del diritto, nel divieto di arbitrarietà dell'esecutivo, nella tutela giurisdizionale effettiva, nella separazione dei poteri, nella non discriminazione e nell'uguaglianza di fronte alla legge.

L'inevitabile grado di astrazione che caratterizza tali valori rende doverosa l'opera di concretizzazione da parte degli interpreti, della prassi amministrativa della Commissione e del Consiglio nei peculiari e differenti contesti di riferimento a livello statale¹. Si tratta di valori che costituiscono «una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati allo Stato membro, il quale non può modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto»². L'assenza dei requisiti

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Siena.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sanchez Campos Bordona, causa C-156/21, *Ungheria c Parlamento europeo e Consiglio*, par. 276 - 285.

² Corte di giustizia, Grande sezione, 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica c Il-Prim Ministru*, par. 63 – 65.

caratterizzanti lo Stato di diritto ha un impatto non solo sulle vite dei cittadini ma anche sui più profondi sentimenti di giustizia ed equità, sui principi su cui le democrazie liberali sono edificate.

A fronte di attacchi sistemici allo Stato di diritto, l'Unione si è dotata di una molteplicità di strumenti la cui effettività è oggetto di profonda discussione; *in primis* vi è l'art. 7 TUE che prescrive un meccanismo politico di sanzione per lo Stato membro (o gli Stati membri) che rischi di violare o violi i valori dell'art. 2 TUE; ad esso si sono aggiunti il nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto³ e, da ultimo, il Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo ad un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. La diversità degli strumenti testimonia sicuramente la necessità di tutelare il *Rule of Law* negli Stati membri secondo modalità differenti che procedono dal colpire i diritti di voto dello Stato in questione in seno alle istituzioni sino alla sospensione dei programmi economici finanziati dalla Commissione. Affinché la tutela dello Stato di diritto sia effettiva è necessario un approccio che coinvolga maggiormente i territori e i cittadini, la cui rappresentanza primaria risiede nei governi locali e regionali.

Ai fini della tutela dello Stato di diritto e della realizzazione di un «*citizen-centred approach to the Rule of Law*»⁴ non si può prescindere dalle realtà locali – regioni, comuni, città e comunità autonome – per due ordini di ragioni: anzitutto un loro mancato coinvolgimento apparirebbe in contrasto con il crescente *engagement* delle autonomie locali che si riscontra nel diritto internazionale e che sarà oggetto di analisi; in secondo luogo, sono spesso regioni e città, attraverso mancati trasferimenti di fondi, a pagare l'opposizione politica alle «democrazie elettorali» di alcuni Paesi.

Sovente (e correttamente) si ripete che le realtà locali costituiscono il livello di governo più vicino ai cittadini: per tale ragione appare indispensabile che queste siano in prima linea nel contrasto al *Rule of Law backsliding* e si attivino nella tutela dei diritti umani, nella protezione delle minoranze, nel contrasto alle diseguaglianze, nella promozione di una società democratica e plurale.

Obiettivo di tale contributo sarà quello di trasferire sul piano europeo il protagonismo locale che si rintraccia nel diritto internazionale, prospettando possibili soluzioni che vadano ad arginare i fenomeni di *Constitutional degradation* in atto in alcuni Stati membri dell'Unione europea attraverso due strade alternative: una via *bottom-up* che scaturisce dalla collaborazione – a Trattati invariati – con organizzazioni transnazionali che riuniscono le città (*transnational city networks, TCNs*)⁵ nell'utilizzo di strumenti già esistenti; dall'altro lato, invece, adottando una prospettiva *top-down*, attraverso una revisione dei Trattati che preveda un maggiore coinvolgimento, in sede europea, del Comitato delle Regioni.

Tale ragionamento sarà condotto partendo anzitutto da una cornice più ampia, quale quella prospettata dal diritto internazionale e dalle organizzazioni internazionali (ONU e Consiglio d'Europa) in cui il protagonismo civico è sempre più evidente, per arrivare al “laboratorio” dell'Unione e agli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa ai quali è opportuno guardare con realismo e pragmatismo.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, 11.03.2014, COM(2014) 158 final.

⁴ A. MERDZANOVIC, K. NICOLAIDIS, *Advocacy for a citizen-centric rule of law agenda: how do we bring the rule of law to life?* in *European Law Journal*, 2021, XXVII, 298.

⁵ C. BAKKER, *Are Cities Taking Center Stage? The Emerging Role of Urban Communities as “Normative Global Climate Actors”*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, XXX, 103-104 riconosce come «TCNs not only provide a de facto opportunity for cities to influence international decision-making, and therefore the development of new international norms in the field of climate change, they explicitly consider this as one of their central functions».

2. Il quadro internazionale

Le realtà locali sono portatrici di un sano patrimonio di esperienze, di valori e di politiche tale che gli Stati non ne possono prescindere, sebbene tali realtà non siano soggetti di diritto internazionale: sicuramente il ruolo delle città è venuto evolvendosi nel corso degli ultimi decenni e indubbiamente in diritto internazionale queste contribuiscono a facilitare il raggiungimento e la conclusione di accordi. La partecipazione delle città ai processi decisionali internazionali costituisce la somma di diversi fattori, dalla volontà di essere coinvolte nelle negoziazioni e nelle deliberazioni fino a sopperire alla carenza di rappresentatività dei governi centrali: in questo modo la voce delle città e degli enti locali viene ascoltata a livello internazionale allo stesso modo in cui viene ascoltata quella delle organizzazioni non governative⁶. Ciò, tuttavia, non equivale a sostenere che città ed enti locali in generale siano soggetti di diritto internazionale, dal momento che le autonomie locali non sono internazionalmente vincolate se non per il tramite degli Stati⁷. A fronte, però, di una difficoltà crescente degli Stati nel raggiungimento di accordi, le città e le autonomie si presentano come realtà alternative grazie anche alla predisposizione a formare reti e alla collaborazione con organizzazioni internazionali, garantendosi la possibilità di essere incluse nei programmi portati avanti dalle medesime organizzazioni.

È un approccio *glocal* (*globalized-local*)⁸, globalizzato ma non per questo tale da prescindere dalla rilevanza della sfera locale, le cui buone prassi e le buone politiche incidono sul modo di agire degli Stati e influiscono sull'agenda internazionale⁹.

Tale approccio si ravvisa in settori centrali della politica, dalla lotta al cambiamento climatico¹⁰ alla tutela dei diritti umani¹¹. Il crescente coinvolgimento di tali realtà locali nella tutela dei diritti

⁶ In materia, si veda G. NESI, *The Shifting Status of Cities in International Law? A Review, Several Questions and a Straight Answer*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, XXX, 32.

⁷ C. SWINEY, *The Urbanization of International Law and International Relations: The Rising Soft Power of Cities in Global Governance*, in *Michigan Journal of International Law*, 2020, XLI, 2, 243: «cities remain disconnected from black letter international law except through the intermediation of States, and no amount of creative lawyering or interpretative gymnastic can change that fact, at least so long as the current international legal framework remains in place».

⁸ C. SWINEY, *The Urbanization of International Law*, cit., 229.

⁹ Si pensi al protagonismo delle città in materia ambientale cui C. BAKKER, *Are Cities Taking Center Stage?* cit., 97-98 si riferisce nel presentare i piani elaborati da città come Copenaghen, New York, Manchester, Londra nel perseguire gli obiettivi climatici racchiusi nell'Accordo di Parigi che stabilisce all'art. 11 par. 2 che il rafforzamento delle capacità di conseguire gli obiettivi dovrebbe essere guidato dai Paesi, basarsi sulle esigenze nazionali, ad esse rispondere, rafforzando la titolarità delle Parti sia a livello nazionale sia subnazionale e locale. Il perseguimento degli obiettivi dovrebbe essere guidato dalle esperienze maturate e dovrebbe costituire un processo efficace e interattivo, partecipativo, trasversale, attento all'eguaglianza di genere. Sebbene tale Accordo costituisca il punto di approdo di una mediazione tra le Alte Parti contraenti e lascino insoddisfatti quanto all'ambiziosità dei traguardi da raggiungere, diverse città hanno iniziato ad elaborare piani di contrasto al cambiamento climatico. Copenaghen costituisce probabilmente l'esempio più citato con l'ambizioso piano di divenire *carbon-neutral* entro il 2025 ed avendo già raggiunto una riduzione del 38% delle emissioni di CO₂ rispetto ai livelli registrati nel 2005. Altra storia di successo è quella legata a New York, che dopo l'annuncio dell'ex Presidente Trump di ritirarsi dagli Accordi di Parigi ha dichiarato l'intenzione di raggiungere l'80% di neutralità climatica entro il 2050. Manchester e Londra si sono impegnate rispettivamente a ridurre le emissioni di CO₂ del 50% entro il 2025 e di ridurle fino allo zero nel 2050. Da questo impegno non sono escluse città italiane come Torino e Firenze che figurano nella lista delle città che maggiormente stanno dimostrando progressi nella lotta contro il cambiamento climatico. Si errerebbe, però, a pensare che tale fenomeno di *engagement* riguardi solamente il contesto europeo: esso interessa anche il *Global South*. In Etiopia, Addis Abeba ha modificato i propri programmi di *housing* prescrivendo una maggiore attenzione alla natura. Anche città dell'America Latina come Buenos Aires, Città del Messico, Rio de Janeiro e Recife hanno dimostrato particolare attenzione alle tematiche ambientali. Si tratta sicuramente di un dato sociopolitico, ma non bisogna dimenticare che comunque tale impegno viene favorito proprio dalle organizzazioni internazionali e dalle reti transnazionali di città e realtà locali che permettono lo scambio di informazioni, tecnologie e *best practices*.

umani è frutto del progressivo decentramento di poteri e di competenze dal livello centrale al livello territoriale: un decentramento conseguente tanto a ragioni di migliore *governance* e maggiore democraticità, tanto (talvolta) dovuto a ragioni di bilancio volte a rivedere gli impegni di spesa dello Stato centrale ha portato ad attribuire ai livelli di governo locali prerogative che sono intrinsecamente connesse con la tutela dei diritti umani, come l'istruzione e la sanità o la sicurezza. Si parla di *human rights cities*¹², che hanno una responsabilità complementare rispetto a quella dei governi centrali non solo nell'ideologica e simbolica promozione dei diritti umani ma anche nella loro effettiva attuazione: non più un impegno generico ma un *engagement* effettivo¹³ riconducibile al diritto internazionale; la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, infatti, che gli obblighi internazionali incombenti sugli Stati e posti a tutela dei diritti umani non esonerano le città e i livelli di governo locali: in diritto internazionale, per *governmental organisation* si intendono non solo gli organi di governo centrale ma in generale ogni istituzione che svolga funzioni pubbliche, inclusi gli enti locali¹⁴.

La stessa Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile dedica alle città e alle comunità locali l'obiettivo 11¹⁵ che si propone di rendere le città *inclusive, safe, resilient and sustainable* grazie ad un'urbanizzazione intelligente, politiche per la casa inclusive, piani urbanistici ben realizzati¹⁶ e protezione del patrimonio culturale, cogliendo così l'occasione per far emergere l'*expertise* delle città, dei governi locali e delle reti transnazionali al punto che gli stessi *leader* globali hanno previsto meccanismi di *follow up* per seguire i progressi degli obiettivi dell'Agenda 2030 e rafforzare l'impegno civico. L'implementazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile da parte delle città viene costantemente monitorata attraverso sistemi di *follow up* e di *report*¹⁷ che le città medesime elaborano: si pensi alle *Voluntary Local Review* (VLR) che sul modello delle *Voluntary National Review* (VNR) indicano i progressi nel raggiungimento degli obiettivi ONU e innescano un circolo virtuoso tra le città e le altre realtà locali che sono portate ad emularsi a vicenda¹⁸.

In particolare, la città di New York ha invitato i governi locali di tutto il mondo ad impegnarsi ad allineare le strategie elaborate a livello territoriale con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, con il

¹⁰ R. PAVONI, *Sustainable Development as a Cornerstone of Cities' Engagement with International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, XXX, 59-80.

¹¹ N. NIJMAN, *Renaissance of the City as a Global Actor*, in G. Hellman, A. Fahrmeir, M. Vec (curr.), *The Transformation of Foreign Policy: Drawing and Managing Boundaries from Antiquity to the Present*, Oxford, 2016, 209.

¹² Secondo il *World Human Rights City Forum*, le *human rights cities* possono essere definite come «*both a local community and socio-political process in a local context where human rights play a key role as the fundamental values and guiding principles*».

¹³ B. OOMEN, M. BAUMGÄRTEL, *Frontier Cities: The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law*, in [The European Journal of International Law](#), 2018, XXIX, 2, 607.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'Uomo, 8 aprile 2004, 71503/01, *Assanidze c Georgia*: «*The authorities of a territorial entity of the State are public-law institutions which perform the functions assigned to them by the Constitution and the law. In that connection, the Court reiterates that in international law the expression "governmental organisation" cannot be held to refer only to the government or the central organs of the State. Where powers are distributed along decentralised lines, it refers to any national authority exercising public functions*».

¹⁵ Agenda per lo Sviluppo sostenibile, SDGs, obiettivo 11: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/cities/>.

¹⁶ Il SDG11 legittima i cittadini residenti a partecipare senza remore e con convinzione ai processi decisionali locali, incanalando così buone prassi che vengono istituzionalizzate.

¹⁷ *State Of the Voluntary Local Reviews 2020 - Local Action for Global Impact in Achieving the SDGs*.

¹⁸ R. PAVONI, *Sustainable development as a cornerstone*, cit., 71: «*this burgeoning practice is significant at least for two reasons. First in a few telling cases it provides fresh implementation of sustainable development commitments by front-running local governments despite the lack of consistent parallel actions by the respective national governments. [...] Secondly, the submission of local SDG reports triggers a virtuous circle of salutary competition among cities and other local authorities, whereby – be it for reason of global reputation and visibility or more genuine attachment to the cause of sustainable development – they tend to emulate each other, engage in peer-to-peer learning and accordingly devise their sustainability plans and VLRs*».

risultato che gli enti locali sono fortemente incoraggiati ad indirizzare tutti i propri sforzi e tutte le proprie azioni verso il pieno rispetto e la piena adesione all'Agenda ONU, contribuendo ad implementare gli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Il coinvolgimento locale emerge anche nel settore della tutela dello Stato di diritto e degli istituti che rendono una società democratica e pluralista. A livello locale – in virtù dello stretto rapporto tra eletto ed elettore – si realizzano pienamente gli istituti di democrazia partecipativa: i cittadini esercitano un potere e godono di diritti che devono essere tutelati: tali diritti non si sostanziano nel mero diritto di voto ma ricomprendono anche istituti di coinvolgimento e di partecipazione pubblica. Quel principio di sussidiarietà – che declinato a livello verticale assurge a criterio di ripartizione delle competenze tra differenti livelli di governo – assume un nuovo significato se interpretato a livello orizzontale, attenendo esso ai rapporti tra i pubblici poteri e le formazioni sociali. Attraverso differenti pratiche di partecipazione che possono implicare il coinvolgimento e l'informazione dei cittadini sino a favorire eventuali loro iniziative, la democrazia progredisce (o potrebbe progredire) verso un livello più avanzato, ossia un modello partecipativo. Le buone pratiche di sussidiarietà orizzontale hanno quali potenziali ed auspicati esiti un rafforzamento dei diritti di cittadinanza, un impulso ad un'efficace azione pubblica e, in talune circostanze, anche una rinnovata legittimazione del potere pubblico, tanto a livello locale, quanto a livello sovranazionale. Infatti, per quanto il piano locale possa essere considerato la sede ideale per la realizzazione degli istituti di democrazia partecipativa, è opportuno precisare che la sussidiarietà orizzontale non viene meno ad un livello di governo superiore, nazionale o sovranazionale: ci si riferisce, in dottrina, al concetto di "transcalarità" della sussidiarietà per indicare il suo diverso atteggiarsi e il mutare degli istituti di partecipazione al variare dell'ambito di governo considerato¹⁹.

Sussidiarietà verticale ed orizzontale, partecipazione pubblica e rispetto delle regole democratiche sono strettamente connesse: la partecipazione dei cittadini raggiunge il proprio apice a livello locale dal momento che questi ultimi sono meglio in grado di cogliere le conseguenze dell'agire politico-amministrativo sulla loro quotidianità²⁰. D'altro canto, non passa inosservato come la partecipazione pubblica non solo ai processi decisionali locali ma anche alla vita politica delle comunità, indirizzata all'interno di un circuito elettorale, conferisce ai singoli un diritto che ha risvolti al contempo individuali e comunitari: l'eletto può esercitare il mandato conferito dagli elettori; il corpo elettorale invece gode del diritto di farsi rappresentare da chi ha raccolto la maggioranza dei consensi²¹. Questa affermazione, che potrebbe sembrare pleonastica e scontata, è smentita dai dati fattuali che emergono da diverse realtà in cui l'effettiva autonomia e il reale esercizio del governo locale viene messo in discussione²². In tempo di populismi e di "democrature" rafforzare la democrazia e la partecipazione popolare partendo dal livello di governo più vicino ai cittadini non è un dato da trascurare.

¹⁹ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, 2, 197.

²⁰ R. PAVONI, *Sustainable development as a cornerstone*, cit., 72.

²¹ Cfr. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 5/2014, Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la Republica de Colombia*, III.14.

²² Si veda anche l'*opinion* della Commissione di Venezia sulla sostituzione dei sindaci turchi del 18 giugno 2020 e il monitoraggio dell'applicazione della Carta delle autonomie locali e regionali in Turchia del 2 marzo 2022, in particolare sul rifiuto dell'amministrazione elettorale provinciale di rilasciare agli eletti l'indispensabile certificato di idoneità a ricoprire funzioni pubbliche elettive e sul ruolo del *Supreme Election Council* nel negare a sei sindaci eletti la possibilità di poter adempiere al loro mandato, stabilendo che coloro che sono arrivati secondi potessero svolgere le funzioni di sindaco in aperto contrasto alle regole democratiche. Si aggiungano inoltre le eccessivamente ampie accuse di terrorismo che vengono rivolte agli amministratori al punto da essere sostituiti con funzionari non eletti, violando in tal modo il diritto ad una scelta democratica dei cittadini turchi e ostacolando il buon funzionamento della democrazia locale in Turchia.

La valorizzazione delle autonomie locali come realtà in cui la democrazia prende forma non sfugge al Consiglio d'Europa: l'aver concepito le autonomie locali come realtà attraverso le quali saggiare la tenuta democratica dello Stato è testimoniata dalla creazione del Congresso delle autorità locali e regionali nel 1953; esso svolge un ruolo rilevante nel facilitare la cooperazione tra Governi locali e regionali appartenenti a diversi Stati, nel garantire il rispetto della Carta delle autonomie locali, nello sviluppare politiche basate sulla parità di genere in tutti i Paesi membri, nel monitorare processi elettorali locali in tutti gli Stati del Consiglio d'Europa.

In tale contesto, un ruolo centrale è assunto dalla Carta europea delle autonomie locali, ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, anche in ragione delle modalità di accettazione degli obblighi in essa previsti²³, e basata sulla consapevolezza che i governi locali, «*one of the main foundations of any democratic regime*», contribuiscano all'edificazione di un'Europa basata sui principi di democrazia e decentralizzazione. Tale Carta prescrive che ogni Stato membro del Consiglio riconosce i principi dell'autonomia del governo locale e del rispetto delle prerogative ad esso conferite nella legislazione interna, preferibilmente a livello costituzionale.

Ai fini del rispetto del *Rule of Law* colpisce l'enfasi che la Carta pone sulle risorse finanziarie di cui le collettività locali devono poter godere per l'esercizio delle loro competenze, sebbene l'erogazione di finanziamenti e la concessione di sovvenzioni rimanga, quanto a termini e modalità, prerogativa del Governo centrale²⁴. Tale enfasi si giustifica per il fatto che, spesso, città e regioni pagano con un minor trasferimento di fondi e di finanziamenti, da parte delle autorità centrali, la loro opposizione politica. Le amministrazioni scontano – sul piano amministrativo-finanziario – l'essere sul fronte opposto rispetto ai Governi di quei Paesi che spesso approvano riforme finalizzate a svuotare di contenuto l'autonomia degli enti locali che pure tali Paesi, internazionalmente o costituzionalmente, si sono impegnati a rispettare. Si tratta di riforme troppo spesso giustificate anche da ragioni di finanza pubblica e di sostenibilità del bilancio che in realtà celano derive centripete di tenuta e amministrazione del potere²⁵.

Non a caso, nella Carta delle autonomie locali, al riconoscimento di adeguate risorse finanziarie agli enti locali segue non solo il diritto di associazione dei medesimi enti (che ben possono creare delle reti transnazionali) ma anche il diritto – riconosciuto dall'art. 11 – di poter fare ricorso affinché venga garantito il libero esercizio delle competenze e il rispetto dei principi di autonomia locale previsti dalla Costituzione o dalla legislazione interna. Sul rispetto degli obblighi discendenti dalla Carta monitora il Congresso attraverso *report* dettagliati e puntuali che evidenziano come anche attraverso gli enti locali e il loro corretto funzionamento passi la tutela dello Stato di diritto.

²³ L'art. 12 della Carta prevede che «ciascuna Parte si impegna a considerarsi vincolata da venti almeno dei paragrafi della Parte I della Carta. [...] Ciascuno Stato contraente, al momento del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione notificherà al Segretario Generale del Consiglio d'Europa i paragrafi prescelti in conformità alla norma del paragrafo 1 del presente articolo».

²⁴ Si pensi, ad esempio, alla richiesta di maggiore libertà di spesa e di finanziamenti diretti nelle casse cittadine da parte dei sindaci di Budapest, Varsavia, Bratislava e Praga.

²⁵ È quanto denunciato dal Consiglio d'Europa sull'Ungheria, nell'ultimo *report* che, contestando la riforma costituzionale del 2011 e la legge cardinale sugli enti locali, mette in evidenza il forte processo di ri-centralizzazione del potere: «*in Hungary, following the economic and financial crisis of 2008, the new Fundamental Law and the Cardinal Act of Local Self-Government approved by the ruling political majority represented a turning point in the history of the State's organisation: it was pointed out that a new model of State emerged, a centralised State in which the separation of powers and the rule of law are weakened and most of the public powers are concentrated in the central Government. At other times, when the economic recession required the management of budgetary crises, the focus had shifted to the responsibility and cost-effectiveness of the central State. On this occasion, conversely, the answer to the crisis was framed within the traditional hierarchical approach to the exercise of State power: as a result, an important recentralisation process was implemented*».

3. Il contesto dell'Unione europea: le alternative possibili

La riflessione innescata dalla Conferenza sul Futuro dell'Europa pone l'Unione davanti al bivio tra la conservazione dell'impianto – anche istituzionale – attuale e una possibile e ambiziosa revisione dei Trattati che porti a superare la logica intergovernativa dell'unanimità nei settori in cui essa è ancora in vigore, ivi incluso il procedimento politico di constatazione di una violazione grave e persistente del diritto dell'Unione di cui all'art. 7 TUE. La sfida ai valori dell'Unione posta da Paesi che vi hanno liberamente aderito ha portato le istituzioni a dover reagire attraverso una molteplicità di strumenti, dalla nota procedura politica di cui all'art. 7 TUE al meccanismo di dialogo del 2014²⁶, fino al recente Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione per cercare di garantire una risposta di sistema. L'*engagement* locale, il ruolo di tutela della democrazia e di condivisione di buone prassi e buone politiche che alle realtà locali viene riconosciuto a livello internazionale non può che essere riconosciuto anche in Unione europea attraverso due alternative possibili: la prima, secondo una modalità *bottom-up*, perseguendo il dialogo con le reti transnazionali come *Eurocities*, adoperando gli strumenti già a disposizione; l'alternativa, *top-down*, è quella del rafforzamento del Comitato delle regioni.

Entrambe le alternative – la prima delle quali sicuramente più realistica – avrebbero il grande merito di dare una risposta di sistema ad altrettanto sistemici attacchi ai valori dell'Unione consacrati all'art. 2 TUE. La Commissione, nelle comunicazioni di presentazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del proprio programma di lavoro per il 2022 dal titolo *Making Europe stronger together*²⁷, ha posto come primo obiettivo la necessità di rafforzare lo Stato di diritto e di proteggere i *core values* dell'Unione: tale obiettivo costituisce prerequisito per l'effettivo funzionamento dell'Unione ed è corollario del principio di leale collaborazione tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 4 par. 3 TUE. Apparentemente, quello della Commissione sembra un *wishful thinking*, un pio desiderio e una vaga formulazione di un impegno politico non meglio concretizzato e puntualizzato. Tale documento della Commissione, tuttavia, deve essere letto in combinato disposto con altre dichiarazioni programmatiche, quali le priorità che il Comitato delle regioni ha presentato nel gennaio 2022: tra queste figura il superamento della distanza tra l'Unione e i propri cittadini (*rectius*: tra l'Unione e i cittadini degli Stati membri), il rafforzamento delle comunità locali e regionali e la necessità che la coesione territoriale assurga a valore fondamentale dell'Unione.

3.1. Il “nuovo” Regolamento sulle condizionalità di bilancio legate allo Stato di diritto

Procedendo a Trattati invariati, una soluzione minima ma sicuramente di grande impatto potrebbe essere quella del coinvolgimento delle città, delle regioni e delle comunità, singolarmente o riunite in *networks* come *Eurocities*²⁸ che costituisce dal 1986 un'esperienza positiva di dialogo tra realtà che promuovono la partecipazione pubblica nei processi decisionali e la lotta alle discriminazioni di ogni tipo, ivi incluse quelle fondate su genere, orientamento sessuale, nazionalità, lingua e cultura. Gli sforzi per rendere effettiva la tutela dello Stato di diritto attraverso il coinvolgimento degli enti locali non possono fermarsi a un contenuto di carattere

²⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, 11.03.2014 COM(2014) 158 final.

²⁷ Comunicazione del 19.10.2021 COM(2021) 645 final della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, Programma di lavoro della Commissione per il 2022, *Making Europe stronger together*.

²⁸ *Eurocities* è un'organizzazione attiva dal 1986 che raduna più di 200 città su tutto il continente europeo.

meramente ricognitivo di buone prassi e di buone politiche attuate da città e regioni, a mere dichiarazioni programmatiche, ma deve trasformarsi in azione.

Tra gli strumenti di cui l'Unione dispone, quello immediatamente utilizzabile e che appare garantire il miglior coinvolgimento degli enti locali è il Reg. 2020/2092 relativo ad un meccanismo di condizionalità legato allo Stato di diritto per la protezione del bilancio dell'Unione. Sebbene non si tratti di uno strumento autenticamente a tutela dello Stato di diritto e richieda uno *standard* di violazione meno elevato di quello fissato all'art. 7 TUE²⁹, il Reg. sanziona le violazioni del diritto dell'Unione che impattano negativamente sul bilancio della stessa, compromettendo o rischiando seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria o gli interessi finanziari dell'Unione.

L'art. 3 del Regolamento riconosce come l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte dalle autorità pubbliche³⁰ sia indicativa della violazione dei principi dello Stato di diritto. La denuncia di un comportamento del genere (o di una omissione) può condurre a rettifiche finanziarie diversificate a seconda che la Commissione esegua il bilancio in maniera diretta o indiretta oppure lo gestisca in maniera concorrente: in ogni caso il punto di approdo consiste nel disimpegno della Commissione dagli obblighi giuridico-finanziari stretti che può andare dal divieto di concludere nuovi accordi su prestiti o altri strumenti garantiti sino alla sospensione dell'approvazione di uno o più programmi finanziari o alla sospensione dei pagamenti.

Ai fini dell'applicazione del procedimento di rettifica dell'impegno finanziario dell'Unione è necessaria una valutazione qualitativa approfondita da parte della Commissione che dovrebbe tenere conto delle pertinenti informazioni provenienti dalle fonti disponibili e da enti riconosciuti, comprese le sentenze della Corte di giustizia, le relazioni della Corte dei conti, la relazione sullo Stato di diritto, nonché fonti provenienti dal Consiglio d'Europa e dalla Commissione di Venezia³¹. Tuttavia – non menzionate dal Reg. ma previste dalle linee guida della Commissione³² – altra preziosa fonte di informazione sono le denunce motivate da parti di terzi che potrebbero essere a conoscenza di informazioni ed elementi di prova pertinenti in merito a violazioni del *Rule of Law*. In particolare, nel caso di uno Stato membro che non rispetta il diritto dell'Unione, qualsiasi cittadino, impresa o altro portatore di interessi può segnalare alla Commissione una violazione dello Stato di diritto che grava sulla corretta esecuzione del bilancio dell'Unione.

È in questa fase che organizzazioni come *Eurocities* dovrebbero e potrebbero inserirsi, denunciando violazioni dello Stato di diritto che consistono in arbitrarie scelte di mancato finanziamento degli enti locali che si traducono in pregiudizi per la sana gestione del bilancio UE, nonché per la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione e per il corretto funzionamento del mercato interno.

La condizionalità prevista dal Regolamento non è nuova nel diritto dell'Unione: essa conduce a rettifiche simili a quelle che si attivano in riferimento ai Fondi europei di sviluppo regionale o ai Fondi di coesione, ossia in situazioni in cui il sostegno finanziario dell'Unione può essere interrotto

²⁹ Il Regolamento, infatti, non richiede un rischio evidente di una violazione grave o una violazione grave e persistente dello Stato di diritto ma una violazione del *Rule of Law* in grado di incidere sul bilancio dell'Unione e sulla sua corretta applicazione. L'abbassamento dell'onere probatorio, tuttavia, non costituisce in sé garanzia di effettivo rispetto dei valori dello Stato di diritto, dal momento che le misure previste dal Regolamento possono essere sospese non solo quando venga meno la violazione ma anche quando questa smetta di incidere sul bilancio dell'Unione.

³⁰ Per soggetto pubblico, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 2020/2092, si intende un'autorità pubblica a qualsiasi livello di governo, comprese le autorità nazionali, regionali e locali che quindi ben possono porre in essere attività contrarie allo Stato di diritto, pregiudicando la corretta esecuzione del bilancio dell'Unione.

³¹ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo ad un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, considerando 16.

³² Comunicazione del 2.3.2022 C(2022) 1382 Final della Commissione, punto 5.2.2.

per decisione adottata dalla Commissione, come espressamente riconosce il Reg. 1303/2013³³. È evidente che la sospensione dei fondi e dell'esecuzione del bilancio non possa incidere sui beneficiari finali degli stessi, dovendo gli Stati sopperire al disimpegno della Commissione e tutelare i destinatari finali nel caso in cui siano adottate misure in risposta alla violazione dei principi dello Stato di diritto.

Sebbene il Regolamento riconosca che non esiste una gerarchia tra i valori dell'Unione, il rispetto dello Stato di diritto è essenziale per la tutela degli altri valori fondamentali su cui si fonda l'Unione, quali la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani. Lo Stato di diritto assume una portata quasi trasversale, dal momento che esso è intrinsecamente connesso al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali, per cui l'uno non può esistere senza gli altri e viceversa³⁴. Senza rispetto dello Stato di diritto è l'intero assetto costituzionale di uno Stato membro ad essere messo in discussione.

La conseguenza dell'applicazione del Regolamento, con il disimpegno della Commissione, è un elemento talmente tanto rilevante per i Governi al punto da doverne rispondere davanti al proprio elettorato. La circostanza che lo Stato, indipendentemente dal suo peso economico e della sua popolazione, sia contribuente netto o percettore netto di fondi dell'Unione non modifica la situazione per cui tale finanziamento viene sospeso. Logicamente, gli Stati percettori netti di fondi del bilancio dell'Unione saranno proporzionalmente più esposti al meccanismo della condizionalità finanziaria rispetto ai contribuenti netti³⁵. La sospensione dei finanziamenti da parte dell'Unione, a maggior ragione in seguito alle denunce di città e autonomie locali, potrebbe portare ad innescare forme di *electoral accountability*, di responsabilità in forza della quale i Governi e i partiti di maggioranza sarebbero chiamati a rispondere politicamente e quindi anche elettoralmente. Il venir meno di una linea di finanziamento europea e il divieto di assumere nuovi impegni finanziari è elemento troppo rilevante affinché passi inosservato agli occhi dell'opinione pubblica e non generi conseguenze di carattere politico. Affinché il Reg. 2020/2092 possa dare gli esiti sperati nel contrasto al *Rule of Law backsliding* pare ad ogni modo auspicabile che il suo campo di applicazione venga esteso in modo da ricomprendere violazioni del diritto dell'Unione che non ricadono direttamente nell'ambito di attuazione del bilancio.

3.2. L'empowerment del Comitato delle regioni

Nell'allora ordinamento comunitario istituito dai Trattati di Roma non vi era alcuna particolare attenzione al ruolo delle regioni, tanto perché ci si disinteressava della forma di Stato prescelta dagli Stati membri, quanto perché la dimensione regionale veniva in rilievo solo come possibile

³³ Per il Regolamento 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, la Commissione può sospendere la totalità o una parte dei pagamenti intermedi a livello di priorità o di programmi operativi qualora si verifichino condizioni come gravi carenze nel funzionamento effettivo del sistema di gestione e controllo del programma operativo che mettano a rischio il contributo dell'Unione, o qualora le spese figuranti in una dichiarazione di spesa siano connesse a un'irregolarità con gravi conseguenze finanziarie. La Commissione procede invece a rettifiche finanziarie qualora vi sia una grave carenza nell'efficace funzionamento del sistema di gestione e di controllo del programma operativo o qualora lo Stato non si sia conformato agli obblighi di accertamento delle irregolarità che gli incombono. Le condizionalità legate ai fondi europei e ai programmi della Commissione sono analiticamente esposte all'interno dell'Allegato XI al Reg. 1303/2013. Il procedimento prescrive che la Commissione possa procedere a rettifiche finanziarie sopprimendo in tutto o in parte il contributo dell'Unione e domandando il recupero presso lo Stato membro al fine di escludere le spese che violano il diritto applicabile dal finanziamento dell'Unione. Nel procedere alla rettifica, la Commissione rispetta il principio di proporzionalità tenendo conto della natura e della gravità della violazione del diritto applicabile e delle sue implicazioni finanziarie per il bilancio dell'Unione.

³⁴ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, considerando 6.

³⁵ Avvocato generale Campos Sanchez Bordona, 2 dicembre 2021, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, par. 328.

fonte di squilibrio economico nella Comunità³⁶. Fu solo con la Conferenza intergovernativa che portò alla riforma di Maastricht che si avvertì la volontà di inserire un organismo rappresentativo delle istanze e degli interessi locali e regionali³⁷.

Il Comitato delle Regioni si caratterizza per un'importante peculiarità: esso è organo di individui rappresentanti delle collettività regionali e locali e dunque titolari di un mandato elettorale nell'ambito di tali collettività e politicamente responsabili dinanzi ad un'assemblea eletta. Tuttavia, essi non sono vincolati da alcun mandato imperativo ed esercitano le loro funzioni in piena indipendenza, nell'interesse generale dell'Unione. Il Comitato delle Regioni si presenta come organo consultivo che invia i propri pareri al Consiglio e alla Commissione e che collabora con il Parlamento europeo elaborando relazioni di impatto sulle proposte legislative dell'Unione. Il suo ruolo è stato potenziato con la riforma di Lisbona, dal momento che è stato dotato di un *locus standi* davanti alla Corte di Giustizia nel caso in cui le prerogative che i Trattati gli riservano vengano lese.

Una prima modalità per il rafforzamento del Comitato delle Regioni può provenire dalla riforma dell'art. 7 TUE che conferisce all'Unione la possibilità di sospendere i diritti degli Stati membri scaturenti dai Trattati, specie quelli di voto in seno alle istituzioni in presenza di un evidente rischio di violazione grave e di una violazione grave e persistente del sistema di valori dell'Unione.

In un contesto del genere il Comitato delle regioni potrebbe intervenire quale organo consultivo della Commissione attraverso un ampliamento delle ipotesi in cui è prevista una sua consultazione obbligatoria: alle già numerose materie cui i Trattati prevedono come obbligatoria una sua consultazione, dai trasporti alla navigazione marittima e aerea, dall'occupazione all'istruzione, dalla gioventù alla coesione economica, sociale e territoriale, si potrebbe considerare di annoverare anche lo Stato di diritto e il rispetto dei valori su cui l'Unione si fonda. Così, nel momento in cui la Commissione agisce quale "guardiana" dei Trattati, il Comitato dovrebbe essere necessariamente consultato, instaurando una nuova e più progredita forma di cooperazione con la Commissione e con le altre istituzioni dell'Unione. Esso avrebbe la possibilità di adire la Corte di giustizia nel caso in cui la consultazione non sia stata effettiva e le sue prerogative siano state lese. In questo modo, dunque, le regioni e gli altri enti locali riuniti nel Comitato avrebbero modo di incidere e di fornire alla Commissione un *report* puntuale sulle ricadute locali della violazione dello Stato di diritto e delle derive illiberali in atto in determinati Stati membri. Se la missione del Comitato delle Regioni è quella di coinvolgere gli enti più prossimi ai cittadini nel processo decisionale europeo, incoraggiando una loro maggiore partecipazione, per rafforzare la democrazia ad ogni livello, allora tale prerogativa che si verrebbe ad aggiungere al Comitato non sarebbe fuori luogo, anzi: esso sarebbe non più mero organo consultivo della Commissione – coadiuvata nel proprio ruolo di custode della legalità – ma assurgerebbe ad organo di raccordo tra una base regionale che esprime i propri membri e "l'esecutivo europeo".

Tale prospettiva, tuttavia, rischierebbe di trasformarsi semplicemente in una vittoria politica del Comitato: in tempi di attacco sistemico allo Stato di diritto e ai valori su cui l'Unione si fonda, probabilmente tale soluzione rischia di apparire insufficiente.

³⁶ A tal proposito, basti ricordare le misure adottate dall'allora Comunità economica europea per sostenere economicamente le regioni appartenenti all'ex Repubblica democratica tedesca. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ad esempio, all'art. 107 sulla disciplina degli aiuti di Stato riteneva compatibili con il mercato interno gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

³⁷ A. MIGNOLLI, *Commento all'art. 305 TFUE*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2357-2358.

3.3. Un progetto più ambizioso

Lo Stato di diritto non possiede solo una valenza simbolica, quale requisito fondamentale affinché un sistema possa definirsi democratico e pluralista: esso ha una valenza anche economica. Il rispetto dello Stato di diritto è essenziale non solo per i cittadini dell'Unione ma anche per le iniziative imprenditoriali, l'innovazione, gli investimenti, la coesione economica, sociale e territoriale e il corretto funzionamento del mercato interno, i quali prosperano se è in vigore un quadro giuridico e istituzionale solido.

Tra gli obiettivi del Comitato delle Regioni rientra la necessaria collaborazione con le autorità interessate a ridurre il divario tra le regioni e promuovere uno sviluppo armonioso nell'insieme dell'Unione: la coesione economica, sociale e territoriale è un valore fondamentale dell'Unione europea che l'art. 4 TFUE riconduce alla competenza concorrente dell'Unione. Le politiche che non rientrano nei settori di competenza esclusiva sono esercitate secondo i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, improntati ad una maggiore partecipazione di tutti i portatori di interessi, soprattutto delle autorità nazionali, locali e regionali che svolgono un ruolo specifico nell'attuazione della legislazione dell'Unione europea³⁸. Affiancando ai parlamenti nazionali le assemblee regionali e gli enti locali si sviluppa pienamente la *multilevel governance* delineata dai Trattati in risposta ad un'asserita e percepita distanza delle istituzioni europee rispetto ai cittadini³⁹. Il protagonismo degli enti più prossimi ai cittadini si spiega con il fatto che sono proprio gli enti locali a godere di un rapporto quasi diretto con il corpo elettorale. Tale circostanza depone strenuamente a favore di un rafforzamento degli enti di governo locali, città e regioni, e delle loro prerogative nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, al Comitato delle regioni fa capo il *Subsidiarity Monitoring Mechanism* (SMN), una rete di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà che interessa tutte le aree in cui i Trattati prevedono l'obbligatorietà della consultazione del Comitato medesimo. Il meccanismo del SMN può essere replicato nell'ambito del rispetto dello Stato di diritto: come a livello locale meglio si saggia l'efficacia dell'azione dell'Unione, la portata delle sue politiche e il rispetto delle competenze assegnate dai Trattati, allo stesso modo enti locali e regioni meglio percepiscono i risvolti e le conseguenze delle sistemiche violazioni dello Stato di diritto nella quotidianità dell'agire politico-amministrativo.

Una riforma in tal senso sarebbe sicuramente ambiziosa e risponderebbe allo "spirito dei Trattati" che riconosce nella sussidiarietà il modo attraverso il quale coniugare ed armonizzare l'unità europea con il particolarismo locale: in diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea, la sussidiarietà appare funzionale all'idea di esaminare e comprendere le singole situazioni particolari attraverso la lente della mera sovranità statale⁴⁰. Si guarda alla sussidiarietà come al terreno in cui interagiscono unità e pluralismo nei vari settori di azione dell'Unione, ivi

³⁸ P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in [Il diritto dell'Unione europea](#), 2021, 3-4, 438.

³⁹ L'art. 8 della legge n. 234/2012, rubricata "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea" al comma 3 espressamente riconosce che le Camere, nell'esame del principio di sussidiarietà, possono consultare i consigli e le assemblee delle regioni e delle province autonome in conformità al Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tuttavia C. FASONE, *Regional legislatures in the early warning mechanism. When the national (constitutional) identity affects the cooperation among parliaments in EU affairs*, in [federalismi.it](#), 2015, 18, evidenzia come il ruolo dei Consigli regionali rimanga poco chiaro quanto a tempi, modalità di consultazione e vincolatività delle posizioni delle medesime regioni. Il Senato della Repubblica, per il quale la Costituzione prescrive un'elezione su base regionale, ha comunque previsto una sottocommissione in seno alla Commissione Affari europei per meglio regolamentare le relazioni con le regioni attraverso il dialogo con la Conferenza Stato-Regioni.

⁴⁰ P.G. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, 38, 40.

inclusa la tutela dei diritti umani e dello Stato di diritto, in bilico tra comuni aspirazioni e peculiarità locali.

Il riconoscimento di una competenza condivisa anche con il Comitato delle Regioni in materia di rispetto del *Rule of Law* avrebbe l'innegabile vantaggio di responsabilizzare maggiormente lo Stato e discenderebbe dall'art. 4 TUE: la leale collaborazione tra Stati membri e le istituzioni dell'Unione sta nell'assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati, garantendo uno spazio giuridico uniforme in cui i valori condivisi siano autenticamente rispettati. Lo stesso Comitato delle Regioni, che verrebbe chiamato a mediare tra integrazione e differenziazione, chiede un maggiore "investimento politico" nella sussidiarietà⁴¹: il Presidente *pro tempore* del Consiglio dell'Unione, Macron, nel discorso alla Plenaria del Comitato nel dicembre 2021, ha ribadito la necessità di una riforma istituzionale che, conducendo l'Unione più vicino alle realtà locali, porti i cittadini a confidare nel fatto che sono proprio i rappresentanti locali i veri decisori e il motore dell'integrazione europea⁴². È una dichiarazione apparentemente utopistica ma l'obiettivo di ricucire i rapporti tra eletti ed elettori non può che passare, anche e soprattutto, dalla fiducia che i cittadini ripongono nelle istituzioni, da quelle a loro più prossime sino a quelle sovranazionali, che devono dimostrare di tutelare ad ogni livello i valori comuni su cui l'Europa si fonda. La ricostruzione della fiducia tra cittadini ed istituzioni non può prescindere, ancora una volta, dalla valorizzazione delle esperienze di governo in cui maggiormente i cittadini avvertono il loro protagonismo e l'impatto diretto sulle proprie vite delle politiche attuate: il piano locale⁴³.

L'auspicabile costruzione di una *partnership* tra i differenti livelli di governo, infrastatali e sovrastatali, e la creazione di un meccanismo di dialogo strutturato ed efficace tra Regioni o comunque realtà locali e istituzioni dell'Unione nella tutela dello Stato di diritto costituirebbero gli elementi più innovativi nel quadro istituzionale dell'Unione e andrebbero a riconoscere a città e regioni il ruolo che gradualmente si sono guadagnati in ambito internazionale ed europeo, edificando una sussidiarietà attiva improntata alla partecipazione reale di tutti i portatori di interessi e quindi delle autorità nazionali, locali e regionali che sono chiamate ad elaborare, consultare ed essere consultate nell'ambito delle azioni programmatiche dell'Unione al fine di assicurare che queste rispondano alle concrete esigenze dei cittadini.

4. Conclusioni

Innanzi a macroscopiche violazioni dello Stato di diritto, la risposta dell'Unione rischierebbe di essere parziale ed incompleta se non coinvolgesse anche gli enti territoriali – sia istituzionalizzati nella cornice dell'Unione sia riuniti in associazioni o *transnational city networks* – accanto ai vertici delle istituzioni europee.

Un'auspicata riforma dei Trattati – pur complicata dal *non-paper*⁴⁴ di tredici Paesi membri che ritengono che la Conferenza sul futuro dell'Unione non debba fare da preludio ad una revisione – dovrebbe interessare altresì il Comitato delle Regioni, le cui prerogative devono essere

⁴¹ V. [European Committee of the Regions advocates more political investment in subsidiarity](#).

⁴² «*The much-needed institutional reform that (will result) from the Conference on the Future of Europe (must lead to) a Europe closer to the ground, a Europe of greater subsidiarity, in which our citizens feel that they, together with their local elected representatives, are the real decision-makers*».

⁴³ Report del Gruppo di lavoro del Comitato delle Regioni sulla democrazia europea: «*in the CoR's view, these objectives can only be met through a stronger involvement of cities and regions in the EU policy making, therefore by injecting a stronger territorial dimension to European democracy*. Per il report del *working group on European democracy*».

⁴⁴ [Non-paper](#) di Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Romania, Slovenia e Svezia sugli esiti della Conferenza sul Futuro dell'Europa.

incrementate al punto da ricalibrare anche l'equilibrio dei poteri tra le istituzioni, superando la logica intergovernativa.

Beniamino Caravita ebbe a sostenere che la guida del "processo federativo" fosse stata consegnata agli Stati membri, pur controllati da una Corte di giustizia che avrebbe assunto il ruolo di custode giudiziario dei Trattati. Non la Commissione, né altri soggetti estemporaneamente presenti nel tessuto istituzionale europeo avrebbero deciso i tempi, la portata e la direzione del processo. È agli Stati membri, dunque, che spetta il compito di attivare un processo di revisione autentico che, incrementando le competenze del Comitato delle Regioni, lo renda davvero ente di raccordo tra il più alto livello di governo e quello più prossimo ai cittadini. Tale processo di revisione deve avvenire nella consapevolezza che il rapporto tra differenti livelli di governo, tra realtà infrastatali e realtà sovrastatali, non è sempre agevole e che proprio l'effettivo esercizio di poteri a livello infrastatale costituisce una garanzia della tenuta democratica dei Paesi membri dell'Unione⁴⁵.

Se davvero la tutela dello Stato di diritto è centrale nelle politiche europee allora non si potrà non tenere conto nella cornice istituzionale dell'Unione del ruolo delle realtà locali quali avamposto della tutela e presidio della garanzia dei diritti – civili, politici e sociali – specie negli Stati membri in cui questi vengono sistematicamente violati. È quanto il Comitato delle Regioni riconosce nella risoluzione indicante le priorità fino al 2025: avvicinare l'Europa ai cittadini e rafforzare la democrazia europea a tutti i livelli così che l'Unione e le sue istituzioni possano recuperare la fiducia dei cittadini. Nell'ambito di tale priorità, è intendimento del Comitato «promuovere l'azione a livello locale e regionale sui valori fondanti dell'UE del rispetto della dignità umana, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e dei diritti umani»⁴⁶. Si tratta di quel coinvolgimento locale – con i limiti legati al non riconoscimento degli enti locali quali soggetti di diritto internazionale – che è già realtà nelle macrodinamiche internazionali legate ai diritti umani e che potrebbe condurre ad uno *spill-over effect* sul sistema istituzionale europeo consolidando il Comitato delle Regioni.

Una riforma istituzionale dell'Unione attraverso l'*empowerment* e il rafforzamento del Comitato delle Regioni tanto con la previsione di un aumento delle ipotesi di consultazione obbligatoria – anche nel procedimento politico di constatazione dell'evidente rischio di una violazione o della violazione grave e persistente del diritto dell'Unione – quanto con l'estensione del SMM allo Stato di diritto non avrebbe l'obiettivo di pregiudicare il ruolo degli Stati membri.

Si tratterebbe, invece, di prendere semplicemente atto che per un ordinamento quale quello dell'Unione europea – che aspira ad essere *leader* globale nella garanzia dei diritti e nella salvaguardia del *Rule of Law*, in un contesto denotato da sfide di sistema alla tutela dei diritti degli individui, delle minoranze, del pluralismo, della democrazia – l'unica alternativa possibile all'inazione è una risposta multilivello. Di sistema, appunto.

⁴⁵ B. CARAVITA, *La Catalogna di fronte all'Europa*, in federalismi.it, 2017, 2.

⁴⁶ Risoluzione del Comitato europeo delle regioni – Le priorità del Comitato europeo delle regioni per il 2020-2025 – Un'Europa più vicina ai cittadini attraverso i suoi piccoli centri, le sue città e le sue regioni (2020/C 324/02).

Paola Costantini*

I popoli indigeni della Russia settentrionale: la complessa tutela dei diritti tra normativa federale e locale**

ABSTRACT: Focus del presente contributo è la condizione dei popoli nativi della Federazione russa, con un'attenzione particolare rivolta alle cosiddette "small-numbered indigenous peoples" del Nord. Attualmente vivono sul vastissimo territorio russo oltre 190 popolazioni native, di cui solo 47 sono ufficialmente riconosciute come "small-numbered indigenous peoples". Sebbene tanto la Costituzione quanto la normativa federale diano formale riconoscimento e tutela di diritti di dette popolazioni, queste sono esposte costantemente a rischi derivanti principalmente dagli interessi economici dello Stato e delle multinazionali. In un quadro normativo complesso e poco chiaro, fondamentale risulta essere il ruolo giocato da alcuni governi regionali e locali nella promozione dei diritti degli indigeni.

The aim of the paper is to study the current situation of native peoples in the Russian Federation, with a focus on the rights protection of the small-numbered indigenous peoples of the North. There are more than 190 native peoples living in the Russian Federation, and less than 50 of them are officially recognised as "Indigenous". Although both the Constitution and national legislation formally recognise the indigenous minority peoples of the North, their rights are constantly harmed. At a constitutional level, the multinational character of the Russian State is recognised, but the Russian Federation law about protection and use of wildlife resources – based on provisions of the Constitution, Federal Laws on environmental protection, laws and other normative legal acts – is not effective. In this complex framework, some regional governments elaborate their own legislation, with different approaches to legislating on the "Territory of Traditional Nature-Use"; they adopt different legislative solutions, playing a not simple role in the promotion of the rights of indigenous peoples, despite a persistent opposition showed by the federal government.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo in materia di tutela dei diritti delle popolazioni indigene. – 3. Riparto delle competenze tra Federazione e soggetti federati: tra lacune normative e disomogeneità delle misure adottate. – 4. Le riforme in materia di tutela dei diritti delle *small-numbered indigenous peoples*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La Federazione russa, con il suo territorio che si estende dall'Europa fino all'estremo Oriente, costituisce lo Stato più esteso al mondo.

Alla vastissima estensione territoriale corrisponde la presenza di una molteplicità di etnie: sebbene la popolazione di etnia russa costituisca l'80% dell'intera popolazione, sono, infatti, oltre centonovanta i popoli indigeni presenti tutt'ora sul territorio russo; ne deriva che «indigeneity is a very important and sensitive issue in modern Russia with its multi-ethnic and multicultural nature of the nation with almost two hundred different ethnicities living within the Russian Federation»¹.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Teramo.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ R. GARIPOV, *Indigenous Peoples' Rights in Russian North: Main Challenges and Prospects for Future Development*, in *Human Rights Brief*, 1, 2020, 23. Tali popolazioni, infatti, non sono vulnerabili "per loro natura", ma i fattori di rischio hanno provenienza esterna: molti gruppi rischiano di scomparire a causa dei cambiamenti climatici e dello sviluppo industriale dei territori del Nord, che minacciano il loro modo di vivere tradizionale. Cfr. R. GARIPOV, *Extractive Industries and Indigenous Minority Peoples' Rights in Russia*, in *Nordic Env'tl. L J*, 1, 2014.

La lettura dell'articolo 65 della vigente Costituzione della Federazione russa² ben restituisce l'idea di una realtà territoriale estremamente complessa: la Federazione risulta infatti composta da ventidue Repubbliche (tra le quali viene annoverata anche la Crimea); nove territori (*kraj*); quarantasei Regioni (*oblast*); tre città federali (Mosca, San Pietroburgo e Sebastopoli); una regione autonoma ebraica e quattro circondari autonomi (*okrug*). Questi ultimi, in particolare, sono istituiti su base etnica: posti all'interno dei confini di altri soggetti federati, sono dotati di una limitata popolazione, di etnia diversa da quella russa³.

Delle quasi duecento popolazioni indigene, solo quarantasette di esse godono di un riconoscimento ufficiale da parte del Governo federale come "*indigenous small-numbered peoples*" e sono incluse nella *Unified Government List*; di queste, quaranta vivono nel Nord della Russia, in Siberia e nel Far East e sette sono classificate come "*nothern indigenous people*"⁴.

In un contesto globale nel quale la tutela dei diritti e degli interessi delle popolazioni indigene assurge ad importante obiettivo tanto sul piano nazionale quanto su quello internazionale, la Federazione russa si trova in controtendenza: nonostante la stessa Costituzione riconosca il carattere multinazionale dello Stato russo, sin dal periodo zarista le popolazioni native sono state soggette ad un processo di russificazione e quelle che sono riuscite a preservare la loro identità e la loro indipendenza, sono ora minacciate da rischi derivanti dallo sfruttamento intensivo e poco regolamentato dei territori e delle risorse naturali, sia da parte dello Stato che delle grandi multinazionali⁵.

2. Il quadro normativo in materia di tutela dei diritti delle popolazioni indigene

Da un punto di vista storico, la questione della proprietà dei territori dei nativi è sempre stata estremamente controversa; detti territori non sono mai stati considerati dagli indigeni come una loro proprietà privata; inoltre «Russian indigenous peoples have not been involved in legal relationships with the state on the matter of the land ownership»⁶. Dopo la rivoluzione bolscevica e la nascita dell'Unione Sovietica, quest'ultima «declared indigenous territories the state lands and managed them at its own discretion. Since there were never any treaties signed between indigenous peoples and the state, the best outcome indigenous can hope for is a long-term lease»⁷.

Il punto di partenza nella ricostruzione del quadro normativo federale vigente – che si presenta piuttosto frammentato e poco chiaro – è il testo costituzionale. In particolare, l'art. 69 della Costituzione⁸ statuisce che «la Federazione Russa garantisce i diritti delle piccole popolazioni

² Il testo costituzionale vigente è entrato in vigore il 25 dicembre 1993 e sostituisce la precedente Costituzione sovietica del 1977.

³ A partire dal 2014, i circondari autonomi russi sono: il Circondario autonomo di Čukotka, il Circondario autonomo dei Chanty-Mansi; Circondario autonomo dei Nenec; Circondario autonomo Jamalo-Nenec. Il primo dei quattro Circondari sopraelencati si trova nell'Estremo Oriente russo, ai confini con l'Alaska; la sua popolazione è costituita principalmente da russi e popolazioni autoctone quali ciukci, coriacchi ed eschimesi. Nella Chantia-Mansia vivono per lo più Chanty e Mansi. Nell'estrema parte nordorientale della Russia europea si trova il Circondario autonomo dei Nenec, mentre nella parte settentrionale degli Urali è collocato il Circondario autonomo Jamalo-Nenec. Le popolazioni autoctone vivono dedicandosi alle attività tradizionali quali pesca, caccia e allevamento di renne.

⁴ Trattasi, nello specifico, delle popolazioni Abazin, Besermyan, Vod, Izhora, Nagaibak, Setu, Shapsug.

⁵ Basti pensare che la Federazione Russa non ha adottato la *Indigenous and Tribal Peoples Convention* n. 169 (ILO), né ha appoggiato la Dichiarazione universale dei diritti dei popoli indigeni.

⁶ R. GARIPOV, *Indigenous Peoples' Rights in Russian North*, cit., 32.

⁷ L. SULIANDZIGA, *Russian Federation: Indigenous Peoples and Land Rights*, 9.

⁸ Il dettato dell'art. 69 della Costituzione rappresenta un'innovazione per il diritto costituzionale russo: per la prima volta, infatti, le popolazioni indigene vengono menzionate dalle autorità. Tuttavia, il dettato costituzionale non è stato

indigene in conformità con i principi universalmente riconosciuti, con le norme del diritto internazionale e con i Trattati internazionali della Federazione Russa», mentre l'art. 72, l) annovera tra le competenze congiunte della Federazione Russa e dei soggetti della Federazione «la protezione dell'antico ambiente di dimora e della forma di vita tradizionale delle comunità etniche poco numerose». Inoltre, l'art. 15,4 prevede che le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e i trattati e gli accordi internazionali conclusi dalla Federazione sono parte integrante del sistema giuridico del Paese.

Le prime misure adottate in Russia, seppur poco efficaci, ai fini della tutela delle minoranze, risalgono al 1992, con l'editto n. 397, adottato dal Presidente Yeltsin, recante misure urgenti per la difesa dei luoghi di residenza e dell'attività economica dei popoli indigeni del Nord, necessarie per la conservazione dei loro territori e delle loro attività (come, ad esempio, il pascolo delle renne, la caccia e la pesca). L'editto in parola dispone che il Governo della Federazione Russa e i governi dei soggetti federati devono individuare e definire i confini dei territori di uso tradizionale della natura; inoltre, attribuisce al Governo federale la competenza ad emanare norme sull'uso della terra e delle risorse in detti territori.

Si affiancano a tali disposizioni costituzionali – a completare la base giuridica del sistema di tutela dei diritti delle popolazioni indigene – in particolare, tre Leggi federali: la Legge federale sulla garanzia dei diritti degli *indigenous small-numbered peoples*⁹ della Federazione Russa, adottata nel 1999; la Legge federale sui principi generali dell'organizzazione delle comunità delle popolazioni indigene del Nord, della Siberia e del Far East, del 2000, e la Legge federale sui territori di uso tradizionale della natura delle popolazioni indigene del Nord, della Siberia e del Far East. I diritti dei piccoli popoli indigeni sono in parte contenuti anche nel *Land Code*, nel *Water Code* e nel *Tax Code* della Federazione, nonché in altre leggi federali, in numerosi decreti governativi e negli atti normativi adottati a livello regionale.

3. Riparto delle competenze tra Federazione e soggetti federati: lacune normative e disomogeneità delle misure adottate

Il riparto delle competenze tra Federazione e soggetti federati si presenta tutt'altro che chiaro e «the lack of a comprehensive framework is an important obstacle for the realization of land rights of numerically small peoples»¹⁰. Ai sensi dell'art. 72 Cost., i soggetti federati e la Federazione hanno competenze congiunte sulle questioni relative al possesso, all'uso e alla disponibilità delle terre, del sottosuolo, delle acque e delle altre risorse naturali. È annoverata tra le competenze congiunte anche la protezione dell'antico ambiente di dimora e della forma di vita tradizionale delle comunità etniche poco numerose. Rientra tra le competenze esclusive della Federazione la disciplina dello *status* giuridico degli *small-numbered peoples* – come sancito dall'art. 71 Cost. – e

affiancato dall'adozione di specifiche leggi federali volte «to address natural resources, animal husbandry and special protected territories of the North». Cfr. R. GARIPOV, *Indigenous Peoples' Rights in Russian North: Main Challenges and Prospects for Future Development*, cit., 33.

⁹ Con l'espressione "*indigenous small-numbered peoples*" si intendono le popolazioni che contano meno di 50.000 persone, che vivono in «ancestral lands, maintaining traditional way of life, economic activities and craft, and perceiving themselves as separate ethnic group». Il limite numerico fissato per classificare una popolazione come "indigena" risulta essere piuttosto basso e finisce per produrre «asymmetrical legislative protection among groups who share similar challenges and characteristics, but are not ultimately recognized as indigenous peoples», cfr. A. TOMASELLI, A. KOCH, *Implementation of Indigenous Rights in Russia: Shortcomings and Recent Developments*, in *International Indigenous Policy Journal*, 1, 2014, 5.

¹⁰ A. XANTHAKI, *Indigenous Rights in the Russian Federation: The Case of Numerically Small Peoples of the Russian North, Siberia, and Far East*, in *Human Rights Quarterly*, n. 1, 2004, 88.

la fissazione delle condizioni e delle modalità di utilizzo delle terre. L'art. 36 Cost., inoltre, prevede che le condizioni e le modalità di utilizzo dei territori siano fissate dalla legge federale, ma cosa si intenda per "conditions" e "order of the use of the land" non è stato chiarito¹¹.

Anche l'assenza di una definizione dei termini e dei concetti contenuti nelle leggi federali pocanzi richiamate contribuisce alla disomogeneità delle discipline adottate; sono, inoltre, assenti norme specifiche che definiscano i meccanismi per la concreta realizzazione dei diritti proclamati¹² e la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli di governo – federale, regionale e municipale – per quanto concerne la protezione dei diritti dei territori ad uso tradizionale della natura e dello stile di vita degli *indigenous small-numbered peoples* appare tutt'altro che chiara.

Tale quadro normativo ha dato vita ad una legislazione conflittuale e lacunosa, con approcci regionali/locali tra loro differenti, a seconda dei diversi orientamenti e delle diverse sensibilità delle istituzioni regionali e locali rispetto alla questione della tutela dei diritti dei popoli nativi: come opportunamente sottolineato in dottrina, «it is often when the goodwill and availability of the local executive branch of power is more important than Rule of Law and plays in both positive and negative terms». Basti pensare che, attualmente, sono oltre cinquecento i territori di uso tradizionale della natura, istituiti a livello locale ma non confermati dal Governo federale, e che quindi formalmente non dispongono di uno *status* giuridico che li tuteli contro la loro soppressione o il loro ridimensionamento.

Quanto all'iniziativa intrapresa dalle autorità regionali e locali, diversi sono i fattori che entrano in gioco nell'adozione di misure legate alla protezione dei diritti dei popoli indigeni: in particolare, l'etnicità della regione, la situazione economica, l'orientamento della classe politica locale a sostenere o meno la tutela dei diritti dei nativi e il dinamismo delle popolazioni native e delle loro associazioni, nonché la loro capacità di interagire con le istituzioni. In termini di adozione di una legislazione a tutela dei diritti delle popolazioni indigene, la Regione della *Yakutia*, unitamente a quella del *Nenets Autonomous Okrug*, risulta essere tra le più avanzate. La *Yakutia* sta portando avanti una serie di riforme volte a facilitare la creazione di territori di uso tradizionale della natura (attualmente sono 59, e coprono il 60% del territorio regionale). Le istituzioni locali del *Nenets Autonomous Okrug* coinvolgono direttamente i rappresentanti delle popolazioni native nei procedimenti di divisione dei territori da assegnare ai privati e la maggior parte delle controversie tra comunità e privati si risolve a favore delle prime, a dimostrazione della sensibilità che le autorità hanno verso la problematica dei diritti e delle garanzie degli indigeni.

4. Le riforme in materia di tutela dei diritti delle popolazioni indigene

Il triennio che va dal 2004 al 2007 è stato caratterizzato dall'adozione di una serie di riforme che muovono nella direzione contraria a quella del rafforzamento della tutela dei diritti degli indigeni. Prima dell'entrata in vigore di tali riforme, infatti, la legge imponeva tanto alla Federazione, quanto alle regioni e alle municipalità di assicurare e garantire i diritti degli *indigenous peoples*; le riforme – che si collocano nel solco delle misure adottate per rafforzare la cosiddetta "verticale del potere" – accentrano i poteri in capo alla Federazione a discapito dei

¹¹ *Ibid.*, 89.

¹² Esemplicativo è il caso della comunità indigena *Ulav*, popolazione del Nord che vive portando avanti attività economiche tradizionali. Secondo il quadro normativo costituzionale e federale, tale popolazione ha il diritto di utilizzare i territori della riserva per vivere secondo i loro costumi e tradizioni, ma le autorità locali non hanno mai elaborato una procedura per l'assegnazione di parti di territorio della riserva ai nativi. Allo stesso modo, non esistono norme specifiche che regolino la partecipazione degli indigeni nei programmi federali e regionali di sfruttamento delle risorse naturali, sebbene siano previsti dalla normativa federale.

soggetti federati ed eliminano dall'agenda governativa la creazione di territori riservati alle popolazioni indigene. Anche le competenze relative all'organizzazione delle comunità sono state sottratte alle regioni e alle municipalità e accentrata a livello federale¹³.

Un'altra novità legislativa è intervenuta nel 2013, in sede di revisione della legge federale n. 33 del 14 marzo 1995 sui territori naturali soggetti a particolare tutela: la legge federale n. 406 del 28 dicembre 2013, nel modificare la previgente normativa, elimina i territori di uso tradizionale della natura dalla categoria dei territori naturali soggetti a particolare tutela.

Ulteriori modifiche sono state introdotte con le leggi federali n. 171 del 23 giugno 2014 e n. 499 del 31 dicembre 2014, in vigore dal 1° marzo 2015. Dette modifiche si riferiscono alla previsione di limitazioni alla partecipazione ed alla consultazione delle popolazioni indigene per i progetti e le attività che possono avere ripercussioni dirette su di esse, e alle misure di compensazione nell'ipotesi di sottrazione di parte dei territori di loro tradizionale insediamento, nel senso che, dopo la revisione degli art. 12 e 57 del codice fondiario i gruppi indigeni non hanno più il diritto a vedersi assegnata una porzione equivalente di territorio e di risorse naturali

Con riguardo, poi, agli orientamenti giurisprudenziali in materia di territori e risorse naturali, non mancano motivi di preoccupazione: esemplificativa, a riguardo, la decisione del 15 gennaio 2015 della Corte d'appello della Repubblica autonoma di Jacuzia-Sacha, che ha respinto il ricorso presentato dal distretto (*ulus*) di Olenëskij, con il quale l'amministrazione ricorrente contestava la legittimità della licenza rilasciata dalla competente autorità regionale a una società commerciale per la ricerca e l'estrazione di risorse minerarie all'interno di un territorio di uso tradizionale della natura. La pronuncia giurisdizionale *de qua* muove dalla considerazione che i confini del territorio di uso tradizionale della natura non erano stati determinati dalle autorità federali e, di conseguenza, essi continuavano a essere modificabili dalla autorità sovraordinata a quella locale. Tale decisione giudiziaria ha incoraggiato alcuni governatori regionali ad intervenire nella ridefinizione dei territori di uso tradizionale della natura, riducendone l'estensione. In un caso, il Governatore *ad interim* del Territorio (*krai*) di Chabarovsk ha emanato il 30 settembre 2016 un decreto che riduceva della metà l'estensione degli esistenti territori di uso tradizionale della natura, e senza che fosse notificato preventivamente alle popolazioni indigene interessate. Le proteste che hanno inevitabilmente seguito l'adozione del provvedimento hanno portato il Governatore a sostituirlo con il decreto n. 226 del 6 giugno 2017, che parimenti riduce l'estensione complessiva dei territori di uso tradizionale della natura, ma "soltanto" del quindici per cento. Emblematico è anche il caso della comunità indigena dei Tofalars, che vivono svolgendo attività economiche tradizionali, quali caccia, pesca, allevamento di renne e cavalli. La comunità è proprietaria di renne che migrano da un posto all'altro, a seconda della stagione, e ha costruito dei ripari nella foresta per gli animali, facilmente trasferibili da una località all'altra. Tuttavia, la Corte

¹³ Cfr. A. NAIKANCHINA, *Contribution, in Indigenous Peoples: Development with Culture and Identity - Articles 3 and 32 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, International Expert Group Meeting, New York, 12 - 14 gennaio 2010. In particolare, la legge federale sulle garanzie del 1999 è stata emendata dalla legge federale "on Changes in Federal Acts of the Russian Federation" del 2004. Nel dettaglio, «the amendment removed the following articles and clauses from the original law: (a) art.4 on socio-economic and cultural development; (b) clauses nos.1, 6, 9, 11, 12 of art.6, which dealt with the establishment of forms of selfgovernment in areas inhabited by IPs, administrative liability in case of violation of legislation regarding IPs, and the issuing of licenses and setting of quota of employment in traditional crafts of IPs; (c) clauses nos.1, 4, 5 of art.7 on the protection of the original habitats, traditional ways of life, economic systems, and crafts of Indigenous peoples; and (d) art.13 on the rights of Indigenous peoples to representation in the legislative organs of power. "On Changes in Federal Acts of the Russian Federation" (2004) also amended the law "On Obshchina" (2000) removing economic support for obshchinas and benefits for their individual members while limiting decision-making power at the local level (the previous clauses nos.2, 3, 8 of arts.7 and para.2 of art.18)». Cfr. A. TOMASELLI, A. KOCH, *Implementation of Indigenous Rights in Russia: Shortcomings and Recent Developments*, in [International Indigenous Policy Journal](#), 4, 2014, 6.

ha obbligato i Tofalars a rimuovere le costruzioni dal territorio, dal momento che la normativa vigente non attribuisce alle popolazioni indigene il diritto di utilizzare in tal modo la terra.

La dottrina maggioritaria, così come molti Ombudsman regionali per i diritti delle popolazioni indigene, giudicano inadeguata la normativa federale in vigore per la tutela dei diritti dei nativi su territori e risorse naturali: la prassi ormai consolidata nell'applicazione della normativa, così come la giurisprudenza, dimostrano che i membri delle comunità indigene non hanno "corsie preferenziali" per l'accesso alle risorse naturali; viepiù: lo stile di vita tradizionale e l'attività economica condotta da dette popolazioni non garantisce profitti sufficienti per l'acquisto della terra e, di conseguenza, si crea una situazione di vulnerabilità e di svantaggio rispetto alle grandi e medie compagnie nei procedimenti per l'assegnazione di porzioni di territorio. Negli ultimi decenni, il tasso di occupazione dei territori nei quali vivono popolazioni native da parte di compagnie energetiche e del settore minerario è cresciuto; in alcuni territori della Federazione Russa, più del 40% delle terre delle popolazioni indigene, appartenute per secoli alla loro comunità sono state espropriate. Gli interessi economici e il desiderio di arricchimento – ottenuto mediante le risorse naturali del Nord, a discapito delle popolazioni che qui vivono – vengono anteposti agli stessi valori costituzionali di salvaguardia dei nativi e del loro patrimonio culturale, basato su un legame profondo degli aborigeni con la fragile natura dell'Artico.

Un ulteriore ostacolo alla tutela dei privilegi degli indigeni è l'obbligo di confermare la loro identità etnica. La Corte costituzionale della Federazione russa ha affrontato il problema nel 2018, stabilendo che i dati sull'identità etnica devono essere inseriti nel certificato di nascita del bambino, dietro richiesta delle parti interessate. Fino al 1997, la questione dell'identità etnica era risolta a livello federale, prevedendo che si scrivesse sul passaporto la "nazionalità". Attualmente, l'appartenenza ad un piccolo popolo indigeno è registrata nel certificato di nascita o riconosciuta con decisione di un tribunale, ma manca una disciplina federale che uniformi le diverse procedure in vigore a livello regionale (ciò genera disparità e disuguaglianze nel riconoscimento e nella tutela dei diritti dei nativi che vivono in regioni diverse). Secondo il recente emendamento alla Legge Federale "sulle garanzie" (in vigore dal febbraio del 2022), le persone indigene devono provare la loro identità per essere incluse nelle liste di persone appartenenti a *small-numbered peoples of Russia* e vedersi riconosciuti determinati privilegi.

Anche l'ultima riforma costituzionale del 2020 incide sulla sfera dei diritti delle popolazioni indigene e la sua adozione è stata preceduta dalla formulazione di una serie di richieste proprio da parte di tali popolazioni; in particolare, i nativi hanno proposto la previsione in Costituzione di una norma che tutelasse le lingue indigene e l'uso tradizionale della natura. Tali proposte sono state ignorate dal legislatore federale. Il nuovo testo dell'art. 68 della Costituzione della Federazione russa prevede che «State language of the RF throughout its territory is Russian as the language of a *State-forming people* that is part of a multinational union of equal peoples of the RF». Tale emendamento ha incontrato una forte opposizione: il *Council of the World Forum of the Tatar Youth* ha chiesto alla Duma di Stato di respingerlo in quanto contrario ai principi dello Stato democratico, senza risultato. Le tendenze accentratrici dello Stato centrale finiscono per limitare pesantemente la tutela dei diritti delle minoranze, a favore dell'etnia russa dominante.

5. Conclusioni

La lacunosità e l'ambiguità del quadro normativo in vigore in materia di diritti delle *small-numbered indigenous peoples* ha determinato l'adozione di misure disomogenee da parte dei diversi soggetti della Federazione russa. Tale situazione necessita, evidentemente, di un intervento del legislatore federale che miri ad uniformare il complesso quadro vigente.

Appare però difficile pensare che passi in avanti possano essere compiuti in tale direzione: i costanti sforzi del legislatore federale sono stati rivolti fino ad ora verso la compressione dei diritti degli indigeni piuttosto che verso una loro tutela. Il progressivo accentramento delle competenze inerenti alla regolamentazione dei territori ad uso tradizionale limita le possibilità di intervento delle istituzioni regionali e locali, che meglio conoscono la situazione delle minoranze indigene e le loro necessità. Le (seppur limitate) esperienze positive di intervento delle autorità locali, spinte dal dinamismo delle comunità indigene, dimostrano che il dialogo costante tra autorità locali e comunità gioca un ruolo di primo piano nella preservazione del patrimonio culturale di tali popolazioni. La possibilità dei popoli del Nord di continuare a vivere secondo uno stile di vita tradizionale e a preservare cultura e territorio dipende dalla perseveranza e dalla cooperazione tra le due realtà (istituzioni locali e leader locali).

Salvatore Mario Gaias*

L'approccio green degli enti locali in una prospettiva di trasmissibilità del bene alle generazioni future. I casi sardo e catalano in materia di ciclo-turismo sostenibile**

ABSTRACT: *Il tema della sostenibilità, intesa in senso ampio come la presenza di una risorsa tutelata in modo tale da poter essere ereditata dalle generazioni future, si è sviluppato in principio nel diritto internazionale salvo poi entrare a far parte delle costituzioni contemporanee, sensibili alle istanze globali nell'ambito dell'innovazione ambientale. Il presente lavoro intende indagare il ruolo degli enti di prossimità quali guardiani del territorio in una prospettiva volta alla determinazione di un turismo sostenibile che preveda un approccio orientato verso il futuro. Nello specifico ci si focalizzerà sulle politiche di mobilità green operate in due realtà affini dal punto di vista culturale e territoriale, la riviera del corallo e la Catalogna, analizzando dapprima il progetto comunale AM.BI.CI (Ampra la Bicicleta en Ciutat) che ha reso Alghero la regina del ciclo-turismo e della micro-mobilità sostenibile in Sardegna attraverso incentivi e sconti incentrati sulla implementazione dell'uso di biciclette e monopattini nell'abitato e, successivamente, indagando il fenomeno del "Les vies Verdes", un progetto di riqualificazione territoriale che ha trasformato 160 km di ex percorsi ferroviari in un paradiso del ciclo turismo inserito in una realtà come quella catalana all'avanguardia per quanto concerne la mobilità a basso impatto ambientale inserita nella filiera del turismo sostenibile.*

The theme of sustainability, understood in a broad sense as the presence of a resource protected in such a way that it can be inherited by future generations, developed in principle in international law only to become part of contemporary constitutions, sensitive to global demands in the field of environmental innovation. The present work intends to investigate the role of local authorities as guardians of the territory in a perspective aimed at determining sustainable tourism that includes an approach oriented towards the future. Specifically, we will focus on green mobility policies operated in two similar realities from a cultural and territorial point of view, the Riviera del Corallo and Catalonia, first analyzing the municipal project AM.BI.CI (Ampra la Bicicleta en Ciutat) which made Alghero the queen of cycle-tourism and sustainable micro-mobility in Sardinia through incentives and discounts focused on the implementation of the use of bicycles and scooters in the town and, subsequently, investigating the phenomenon of "Les vies Verdes", a project of territorial redevelopment that has transformed 160 km of former railway routes into a paradise of the tourism cycle inserted in a reality like the Catalan one at the forefront of mobility with low environmental impact included in the sustainable tourism chain.

SOMMARIO: 1. Premessa: turismo e sostenibilità, il ruolo degli enti locali – 2. L'evoluzione del ciclo-turismo sostenibile in Sardegna: il caso di Alghero – 3. *Les vies verts* catalane: riqualificazione territoriale e turismo green – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Il tema della sostenibilità si articola in numerosi paradigmi, è mutevole e si caratterizza per una definizione in costante divenire.

Nonostante questa caratteristica, che non consente un facile inquadramento sistematico, è doveroso sottolineare come, però, la sostenibilità sia, parafrasando autorevolissima dottrina, a tutti gli effetti un concetto chiave del costituzionalismo moderno¹ che si accompagna ad altri quali per esempio la *Rule of Law*, protagonista dei lavori oggetto di queste stimolanti giornate senesi.

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Sassari.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Sulla centralità della concezione di sostenibilità nel costituzionalismo moderno K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, London, 2008, 64; A. JAKAB, [Sustainability in European Constitutional Law](#), 2015.

Sostenibile e sostenibilità sono, rispettivamente, aggettivi e sostantivi presenti in un numero elevato di costituzioni di paesi appartenenti alle Nazioni Unite a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso² e si estrinsecano, in ambito teorico, su due direttrici che si intersecano: il legame con il futuro e la tutela dell'ambiente³.

Dal punto di vista pratico lo sviluppo sostenibile dei territori necessita di un approccio trasversale sia dal punto di vista dei livelli di governance che delle fonti multilivello interessate a seconda della materia e della rispettiva competenza legislativa.

Attraverso i 17 obiettivi previsti a livello internazionale dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile sono riconducibili numerosi progetti in capo a diversi portatori di interesse con la finalità di implementare in maniera equilibrata le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: economica, sociale ed ecologica⁴.

La realizzazione (e la esponenziale crescita) della mobilità green all'interno degli enti di prossimità è una sfida che ha molteplici asset: ecologico attraverso la riduzione dell'impatto ambientale degli spostamenti, economico attraverso la riduzione dei consumi di carburante, sociale in un'ottica di fruizione reale del territorio e di socializzazione nello stesso⁵.

Tra le varie politiche di mobilità sostenibile che si pongono in essere su vari livelli di governo del territorio⁶, oggi si è deciso di presentare all'uditorio due progetti afferenti a due realtà diverse dal punto di vista della governance ma affini da quello storico-culturale e etnico-sociale⁷.

Sono due progetti di mobilità green riguardanti la città di Alghero in Sardegna e la versione regionale catalana de *las vias verdes* presenti sul territorio spagnolo: "*les vies verts*".

È opportuno, in questa brevissima presentazione, sottolineare come le due realtà oggetto di comparazione siano poste su livelli di implementazione diversi nel senso che il sistema delle Vie verdi in Catalogna è un'organizzazione già a pieno regime presente, seppur con delle differenze sostanziali in ambito territoriale tra un circuito e l'altro, mentre il progetto Am.Bi.Ci varato dalla città della Riviera del corallo è a tutti gli effetti una attività neonata ma che presenta enormi possibilità di sviluppo futuro nell'ambito del turismo sostenibile.

² Nello specifico dall'agosto del 1987, data nella quale venne pubblicato come allegato al documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/42/427, Development and International Cooperation: Environment il Brundtland Report il quale ha delineato una definizione di sviluppo sostenibile unanimemente riconosciuta: «*the development that meets the needs of the present without compromising the needs of the future generations*».

³ Per approfondimenti in merito alla duplice centralità dell'aspetto ambientale e del concetto di trasmissibilità alle generazioni future in un'ottica interpretativa di stampo costituzionale e evolutivo si veda T. GROPPÌ, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 45 ss. Sulla evoluzione del concetto legacy per le generazioni future e i suoi vari ambiti di implementazione, non esclusivamente ambientali in senso stretto, R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in A. D'Aloia (cur.), *Diritti e costituzione*, Milano, 2003, 171.

⁴ [Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 25 settembre 2015](#)

⁵ Sul punto, con particolare riferimento all'ambito cittadino della mobilità sostenibile auspicando la collaborazione tra i vari portatori di interesse all'interno degli enti di prossimità E. GUARNIERI, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme*, in [federalismi.it](#), 2022.

⁶ Per approfondimenti sul concetto di sostenibilità e sviluppo, soprattutto locale, in tema di mobilità si veda F. GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del green deal dell'Unione europea. ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*, in *Munus*, 2020, 72; per una visione critica del rapporto tra sviluppo e sostenibilità G. MONTEDORO, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in [Amministrazione In Cammino](#), 2009; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 493 ss., nonché E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 626 ss.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

⁷ In tema di trasporto sostenibilità e amministrazioni tra gli altri R. DIPACE, *Le reti di trasporto fra disciplina europea e nazionale per la realizzazione di una mobilità sostenibile*, in G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police (curr.), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, I, Napoli, 2019, 31 ss.; L. MARFOLI, *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 319.

Il minimo comune denominatore dei due progetti è l'utilizzo delle due ruote, nel caso sardo, al momento, per incentivare la mobilità green all'interno della città con finalità varie tra le quali spicca la volontà di limitare le emissioni inquinanti all'interno dell'agglomerato urbano e di sfruttare al massimo i numerosi km di pista ciclabile presenti nella città⁸, nel caso catalano con propositi di riqualificazione ambientale di vecchie rotte ferroviarie ormai in disuso e la implementazione di circuiti di cicloturismo.

In ambito europeo gli ultimi due decenni hanno conosciuto un notevole incremento dell'utilizzo della bicicletta con finalità di trasporto e ricreative. Questo fenomeno si accompagna al costante sviluppo del turismo (pre Covid unica attività economica in Italia a denotare una costante crescita) e delle politiche volte alla conversione dello stesso in una attività maggiormente sostenibile e a basso impatto ambientale⁹. Ed è con queste premesse che gli ultimi vent'anni si vive lo sviluppo di un nuovo tipo di turismo che è sostenibile in *re-ipsa*: il cicloturismo.

L'appeal del cicloturismo deve la sua fortuna ad una ragione molto semplice: il cicloturista è il profilo di visitatore ideale in quanto non contamina in nessun modo l'ambiente nel quale esercita la propria attività, è solitamente interessato alla natura e alla storia dei luoghi, spende il proprio denaro nel territorio ripartendolo su tutto il percorso determinando quindi una enorme possibilità di sviluppo per lo stesso.

Il cicloturismo non è, se non in parte, oggetto della presente trattazione ma è utile citare la relazione Weston et al. (2012) in materia nella quale il Parlamento europeo attraverso l'analisi di dati provenienti da diverse fonti cerca di stimare l'impatto del cicloturismo in ambito comunitario.

Ebbene negli Stati in cui meno del 5% della popolazione usa la bicicletta come mezzo di trasporto primario (Italia, Spagna, Grecia; Irlanda) meno del 1 % dei viaggi hanno come fine il cicloturismo; di contro negli Stati in cui tra il 12-20% della popolazione utilizza la bicicletta come primo mezzo di trasporto la percentuale dei viaggi a tema sale oltre il 30% (Germania, Danimarca, Belgio, Paesi Bassi).

La presenza di vie semplici, sicure e, se possibile, immerse nella natura rappresentano il target attrattivo del ciclista inteso in senso ampio e una ancora in larga parte inesplorata possibilità di sviluppo sostenibile per i territori attraverso il turismo¹⁰.

2. L'evoluzione del ciclo-turismo sostenibile in Sardegna: il caso di Alghero

Il 9 maggio 2016 il Comune di Alghero ha aperto i termini per partecipare al progetto Am.Bi.Ci. (Ampra la bicicletta in Ciutat-Utilizza la bicicletta in Città), il primo bike to work in Sardegna e il primo in Italia ad aprire alla categoria degli studenti.

La municipalità algherese infatti intende riconoscere un incentivo economico per l'uso della bicicletta per raggiungere il posto di lavoro, frequentare l'Università o andare a scuola. Il progetto Am.Bi.Ci si inserisce nel sistema "Cittadinanza Attiva", un programma ad ampio respiro che vede i

⁸ Sul tema della città come banco di prova dell'implementazione di politiche sostenibili S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in federalismi.it, 2019; C. CARMINUCCI, A. DONATI, P. MALGIERI, P. PUCCI, M.R. VITTADINI, *Mobilità urbana e mobilità dolce in Italia. Pianificazione strategica, green infrastructure e sharing mobility*, in *Le politiche dei trasporti in Italia: temi di discussione. Rapporto 2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 167 ss.

⁹ Sul rapporto tra i concetti di ambiente e sostenibilità, e nello specifico sulla potenziale convenienza pratica determinabile dallo svincolo di uno dei detti concetti dall'altro si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss.

¹⁰ Sulle grandi potenzialità del cicloturismo con riferimento al concetto di turismo sostenibile è interessante consultare il report "[Italia in bici: scenari, protagonisti, indotto](#)" redatto dalla IULM strettamente legato al [White paper sulla mobilità sostenibile](#) arrivato alla sesta edizione.

cittadini algheresi come protagonisti di best practices nei più ampi settori della PA. Nello specifico attraverso una semplice candidatura lavoratori pubblici e privati, studenti dal 16esimo anno di età e genitori che accompagnano i bimbi a scuola hanno avuto accesso ad un circuito a numero chiuso gestito attraverso una app di rendicontazione.¹¹

Ai cento cittadini selezionati (40% costituito da studenti e/o genitori) l'Amministrazione comunale ha riconosciuto un rimborso di 25 centesimi di euro per ogni km percorso fino a un tetto massimo di percorrenza giornaliera calcolato dalla sopraccitata applicazione. A questo va aggiunto che tutti i soggetti che hanno inoltrato candidatura (anche se risultati non beneficiari) sono stati inseriti nell'albo degli studenti e lavoratori su due ruote attraverso la sottoscrizione di un *Patto per il rispetto dell'ambiente e delle buone pratiche sportive*.

Detto progetto è stato il viatico per una serie di iniziative aventi ad oggetto il cicloturismo che consentono alla città di Alghero di detenere il primato regionale in ordine alla micro-mobilità sostenibile grazie ad una offerta complessiva che permette ai visitatori del porto turistico catalano di noleggiare circa 250 monopattini elettrici e oltre 1500 biciclette.

I numeri non comprendono i mezzi posti a disposizione da strutture ricettive non registrate, sommando i quali ci si rende conto delle grandi alternative presenti alla mobilità standard. A far data dal luglio 2021, il Comune ha pubblicato un bando sperimentale volto alla ricerca di gestori che introducessero nel circuito cittadino 240 mezzi in modalità *free floating* proposti in sharing comunale¹². A ciò si aggiunge la presenza di oltre 25 km di piste ciclabili che consentono agli abitanti del capoluogo della Riviera del corallo (che durante il periodo estivo raddoppia i propri residenti sfiorando le 100.000 unità) di operare spostamenti intelligenti dentro l'abitato ma anche di raggiungere in maniera agevole e green le mete turistiche più gettonate. Per quanto concerne i monopattini essi sono collegati ad un'app che consiglia i tragitti, ricorda all'utente dove non transitare e come e dove parcheggiare il mezzo oltre a presentare dei costi calcolati sui secondi reali di utilizzo (oltre alle possibilità di offerte giornaliere, settimanali e/o mensili).

Ferma restando la volontà da parte della Amministrazione comunale di istituire un vero e proprio piano del traffico che ha come obiettivi l'incentivazione della mobilità elettrica e la riduzione sensibile dell'inquinamento, attualmente si nota come a partire dal 2016 la corsa verso la micro-mobilità sostenibile algherese proceda a spron battuto. Lo stesso progetto Am.Bi.Ci oggi si è evoluto con la previsione di tariffe agevolate dedicate a ordini professionali, aziende del territorio, associazioni locali e studenti in modo da agevolare e promuovere l'utilizzo di biciclette e monopattini elettrici.

3. Les vies verts catalane: riqualificazione territoriale e turismo green

Il minimo comune denominatore che collega il cicloturismo e le *vies verts* si può agevolmente tradurre in 2 parole: riqualificazione e politica pubblica¹³.

Alla fine degli anni '80 infatti, con l'obiettivo di raggiungere alti livelli di mobilità sostenibile, i pubblici poteri (seppur in alcuni casi spinti da *stakeholders* privati) hanno cominciato a intraprendere percorsi di sviluppo della mobilità su due ruote¹⁴.

¹¹ Comune di Alghero, "*AM.BI.CI., a scuola e al lavoro in bicicletta*."

¹² <https://emovingmag.it/2022/04/04/sardegna-alghero-la-citta-piu-sostenibile/>.

¹³ Sul punto tra gli altri C. AYCART LUENGO, *Vías verdes, reutilización de ferrocarriles en desuso para movilidad sostenible, ocio y turismo. Informes de la Construcción*, 2001, 17 ss.

¹⁴ Sul rapporto, genericamente inteso, tra politiche pubbliche e turismo si veda M. HALL, *Tourism and politics: policy, power and place*. Chichester, 1994.

La riqualificazione di vecchie vie ferroviarie è la base del principio de las vías verdes definibili come: «cammini chiusi ai mezzi di trasporto a motore ricondizionati per il passaggio a piedi o in bicicletta», e ancora: «vie di comunicazione caratterizzate dallo sviluppo integrato che valorizza l'ambiente e la qualità della vita, garantendo la fruizione in sicurezza a utenti di qualsivoglia livello di capacità fisica»¹⁵.

Caratteristica fondamentale dell'utilizzo delle vecchie tratte ferroviarie abbandonate è da un lato la garanzia di facile accessibilità per gli utenti alle stesse vie, la vicinanza ai centri abitati, una volta luoghi di sosta dei convogli ferroviari; dall'altro la piena accessibilità alle zone verdi che, conseguentemente, determinano un recupero dello spazio pubblico e uno sviluppo del territorio posto in vetrina per i fruitori e gli sportivi che le utilizzano¹⁶.

Nel 1993 il territorio spagnolo presentava ben 7600 km di tratte ferroviarie in stato di abbandono, e si cominciò a ragionare sulla opportunità di riqualificarle per la creazione di cammini destinati agli utenti a piedi o su due ruote non motorizzate attraverso un progetto finanziato dallo Stato in accordo con le istituzioni locali.

Nel 2016 il territorio spagnolo presentava circa 2.400 km di vie verdi suddivise tra tutte le realtà regionali, anche se soltanto in minima parte superiori ai 100 km di tratta, e quindi poco appetibili per il turista. Il sistema delle *Vies Verts* catalane si divide in vari itinerari: *GreenWays (Vies verts Girona)*, *Pirinexus*, i segreti delle Vie verdi¹⁷. Sono tre tipologie di percorsi che si caratterizzano per aree tematiche e per il collegamento alla zona di competenza. Le Vie verdi di Girona sono tratte di differente lunghezza collegate tra di loro che raggiungono circa 160 km. Sono gestite da consorzi che ne curano la manutenzione e l'implementazione e si distinguono per la collaborazione tra portatori di interesse pubblici e privati. Il sistema delle *vies verts* si demarca con la presenza di un ampio numero di itinerari tematici collegati tra loro con lo scopo di proporre una alternativa al turismo stanziale puntando sulla figura del ciclo turista il quale, essendo in re ipsa non un fruitore di servizi stanziale, da un lato garantisce un indotto economico itinerante e, allo stesso tempo, un bassissimo impatto ambientale¹⁸.

Gli appassionati di natura montana invece sono i protagonisti del progetto *Pirinexus* che configura la propria peculiarità nella tematica montana delle tappe a disposizione dei cicloamatori e il collegamento con la Francia in un sistema di collaborazione tra stakeholders pubblici e privati di Stati diversi con l'obiettivo comune di rendere fruibile la zona dei Pirenei attraverso una proposta di turismo sostenibile che allo stesso tempo si prenda cura della montagna in una prospettiva di salvaguardia della specificità territoriale e ambientale¹⁹.

Infine, attraverso la collaborazione degli enti di prossimità della zona si è creato un terzo itinerario tematico denominato i "segreti delle vie verdi" con l'obiettivo di far conoscere elementi del patrimonio culturale e naturale che aggiungono valore ai percorsi, generano impatto economico nei diversi comuni e promuovono elementi attualmente poco conosciuti dai visitatori

¹⁵ M. SERRA I SERRA, *El cicloturismo y las vías verdes como ejemplo de turismo sostenible*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2016, 187 ss.

¹⁶ Per approfondimenti in merito al ruolo del formante legislativo nel passaggio da ferrovie e vie verdi D. CANALS I AMETLLER, *Recuperación y nuevo destino de viejas infraestructuras. Del ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*, Barcelona, 2010; A. HERNÁNDEZ, N. AIZPURÚA, C. AYCART, *Desarrollo sostenible y empleo en las vías verdes*, Madrid, 2011.

¹⁷ Per una panoramica sul sistema delle vie verdi in Europa, v. [European Greenways Association](#) e L. MUNDET, G. COENDERS, *Greenways: a sustainable leisure experience concept for both communities and tourists*, in *Journal of Sustainable Tourism*, 2010, 657 ss; sull'evoluzione catalana in materia e sul funzionamento del progetto di riqualificazione J.M. LABAREE, *Com funcionen les Vies Verdes? Un manual d'ecologia del paisatge*, Barcelona, 2000.

¹⁸ Sul sistema delle *vies verts* catalane, itinerari, informazioni e modalità di lavoro del consorzio di gestione, si veda al relativo [sito web](#).

¹⁹ V. il progetto [Pirinexus](#).

nonostante il loro valore patrimoniale. La particolarità del progetto, il quale è ampiamente digitalizzato e fruibile anche attraverso una app, si estrinseca nel suo obiettivo che è responsabilizzare il turista che visita le vie verdi attraverso l'educazione dello stesso al raggiungimento di una consapevolezza ambientale e culturale. I percorsi, a carattere ambientale e culturale, hanno l'obiettivo di proporre al viaggiatore itinerari alternativi volti alla scoperta delle realtà locali e sono il frutto di un lavoro congiunto da parte degli enti di prossimità, delle regioni dei consorzi in una prospettiva aperta e in costante divenire che ha lo scopo di rendere fruibile il patrimonio materiale e immateriale del territorio, tutelare e tenere vive le specificità attraverso una proficua collaborazione tra enti in un'ottica di associazionismo dei servizi²⁰.

4. Riflessioni conclusive

L'utilizzo delle due ruote in una prospettiva green e sostenibile accomuna le due esperienze oggetto di questo lavoro. Seppur partiti da due obiettivi diversi sia il progetto algherese che quello catalano si caratterizzano per una visione della sostenibilità analoga.

Appare chiaro infatti che in entrambe le esperienze l'implementazione delle piste ciclabili assume un valore che va oltre la riduzione delle emissioni inquinanti in una prospettiva strettamente ecologica. La riqualificazione di vecchie tratte ferroviarie da una parte o la creazione di piste ciclabili dall'altra infatti consentono una promozione del territorio strettamente collegata alla tutela del paesaggio e alla scoperta dei beni culturali presenti sullo stesso. Rendere fruibile il territorio consente agli enti di prossimità dislocati sullo stesso di preservare le bellezze naturali in una prospettiva di *legacy* per le generazioni future, senza però limitare l'accesso agli stessi, incrementando l'indotto turistico. Come precedentemente accennato la crescita della micro-viabilità innesca un circolo virtuoso che determina l'ampliamento di dinamiche di turismo sostenibile dove al concetto di sostenibilità ambientale in senso stretto si associa lo sviluppo di una rete territoriale che consenta contemporaneamente a un territorio di essere fruibile, tutelato e all'interno delle dinamiche del turismo sostenibile.

Lo specifico confronto tra l'evoluzione del progetto sardo Am.Bi.Ci e dei "segreti delle vie verdi" mette in risalto l'importanza della collaborazione tra i portatori di interesse pubblico e privato di un determinato territorio. La suggestione che viene fuori dalla comparazione delle due realtà è la essenzialità del concetto di fare rete tra gli enti di prossimità in una prospettiva di tutela e rilancio del territorio; una necessità che potrebbe trovare soddisfazione nel sistema dell'associazionismo comunale il quale negli Stati regionali italiano e spagnolo, ad oggi, è una grande incompiuta. In entrambi i contesti, infatti, l'Unione di comuni è stata creata come macro-ente che conducesse alla fusione delle piccole realtà locali con finalità di riordino territoriale e contenimento delle spese. Il fallimento di questa politica è dovuto al fatto che sia l'Italia che la Spagna si caratterizzano per una forte identità comunale, una specificità che permea i territori e non consente la riuscita di progetti di fusione che non tengano conto della figura della municipalità nel contesto storico-culturale del mediterraneo latino. Diverso è l'approccio di collaborazione inter-municipale che definisca una rete di servizi, un associazionismo volto alla cooperazione tra enti con l'obiettivo di promuovere l'unicità composita di un territorio utilizzando le potenzialità associate di tutti gli enti di prossimità che lo compongono. Sarebbe auspicabile rideterminare un associazionismo territoriale aperto ai portatori di interesse anche privati definibile come un *network* dei servizi e delle opportunità che sostituisca quello della fusione orientata al taglio delle spese puro e semplice.

²⁰ V. il progetto "[I segreti delle vie verdi](#)".

Flavio Guella *

Le esperienze di promozione delle dinamiche partecipative nelle comunità minoritarie storiche della Provincia autonoma di Trento **

ABSTRACT: Il contributo proposto ha l'obiettivo di analizzare le esperienze di governo dei processi partecipativi dei gruppi linguistici minoritari storici radicati in Trentino (Ladini, Mòcheni e Cimbri). Questa analisi procederà sia mappando le scelte organizzative operate dal legislatore provinciale a livello locale, sia esponendo le soluzioni partecipative rese operative negli ultimi quindici anni a partire dalla legge provinciale 19 giugno 2008, n. 6.

The article aims to analyze the governance in the experiences of participatory processes of the smaller historical linguistic groups in Trentino (Ladini, Mòcheni and Cimbri). This analysis will proceed both by mapping the organizational choices made by the provincial legislature at the local level and by exposing the participatory solutions made operational in the last fifteen years since Provincial Law No. 6 of June 19, 2008.

SOMMARIO: 1. Partecipazione di “piccole” minoranze ed esperienza amministrativa trentina – 2. La partecipazione delle minoranze storiche tramite le amministrazioni locali “ordinarie” – 3. La partecipazione delle minoranze “al centro” tramite apparati amministrativi *ad hoc* – 4. Il “modello” trentino di organizzazione “per” le minoranze.

1. Partecipazione di “piccole” minoranze ed esperienza amministrativa trentina

Il contributo proposto ha l'obiettivo di analizzare le esperienze di governo dei processi partecipativi dei gruppi linguistici minoritari storici radicati in Trentino (Ladini, Mòcheni e Cimbri). Questa analisi procederà sia mappando le scelte organizzative operate dal legislatore provinciale a livello locale, sia esponendo le soluzioni partecipative rese operative negli ultimi quindici anni a partire dalla legge provinciale 19 giugno 2008, n. 6.

L'esame dell'esperienza trentina si pone infatti come un utile laboratorio per delineare quale possibile ruolo le autonomie vanno a rivestire nella garanzia dei processi democratici, e nella valorizzazione della partecipazione dal basso, a fronte di gruppi minoritari di esigue dimensioni i quali, in un contesto istituzionale più ampio, vedono concretizzarsi forti rischi di assimilazione o di folklorizzazione.

Il pluralismo istituzionale del modello PAT di promozione delle identità minoritarie storiche si presenta invece come un'esperienza fortemente “pratica”, che mira sia a garantire l'autodeterminazione dal basso nei processi decisionali che riguardano la comunità minoritaria, sia ad evitare banalizzazioni della differenza responsabilizzando i processi partecipativi stessi nella misura in cui la gestione partecipata delle risorse si sviluppa in canali di organizzazione dei processi amministrativi che rendono visibile la performance e il ritorno – delle politiche richieste dal basso – per la stessa comunità locale.

Ciò è garantito attraverso una forte proceduralizzazione, che non dovrebbe però soffocare lo spontaneismo del pluralismo della comunità. La dimensione istituzionale pubblica è così assunta a garante del sostegno delle istanze minoritarie, ma al contempo aspirerebbe a conservare un approccio plurale e trasversale, aperto a sperimentazioni proposte dal basso e – soprattutto – orientato ad una visione olistica della partecipazione della comunità minoritaria alle decisioni pubbliche.

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Trento

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

L'analisi dell'esperienza trentina si concentra quindi sull'esame dell'implementazione della legge provinciale 19 giugno 2008, n. 6 con una pluralità di istituti partecipativi che vanno al di là dei singoli diritti dei cittadini di minoranza linguistica, integrando un modello di rappresentanza delle minoranze dal basso fondato su una serie di apparati di supporto quali la Conferenza delle minoranze, l'Autorità per le minoranze linguistiche, il Servizio per la promozione delle minoranze linguistiche locali o gli Istituti culturali per le popolazioni di minoranza. Apparati tesi a garantire che, nonostante l'esiguità numerica dei gruppi interessati, questi abbiano comunque un sostegno amministrativo idoneo a supportare la conservazione e promozione della propria identità e cultura "locale".

Nel caso delle minoranze storiche trentine ci si trova infatti di fronte ad esigenze di questo tipo, i gruppi ladino, mòcheno e cimbro essendo tanto territorialmente "localizzabili" quanto di dimensioni particolarmente "esigue". In tale quadro, la soluzione prospettata dalla legge provinciale 19 giugno 2008, n. 6 ha seguito diverse direttrici, toccando vari aspetti dell'organizzazione dell'apparato pubblico, in particolare, intervenendo sia a modificare la struttura e il funzionamento degli uffici ordinari, sia istituendo corpi amministrativi *ad hoc*¹.

2. La partecipazione delle minoranze storiche tramite le amministrazioni locali "ordinarie"

La legge provinciale – per ottimizzare una tutela e promozione che si presenta problematica proprio per le piccole dimensioni delle realtà in oggetto – utilizza prioritariamente lo stesso sistema degli enti locali, valorizzandone l'autonomia organizzativa ed istituzionale in funzione della miglior rappresentanza delle minoranze.

In questo senso gli attori operanti sul territorio sono individuati dall'art. 6 della citata l.p. *in primis* proprio negli enti locali ordinari (Comuni e Comunità), i quali devono porre in essere, nell'ambito delle rispettive competenze, ogni possibile azione per la concreta realizzazione dei principi richiamati dall'art. 1 (e quindi per la generica funzione di tutela e promozione)². Tutto ciò inquadrandosi – senza duplicazioni – nel sistema esistente delineato dai principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, adeguatezza, differenziazione, democrazia e partecipazione, ma

¹ Gli interventi normativi della Provincia autonoma di Trento qui analizzati sono adottati sulla base delle norme statutarie, come innovate dalla legge costituzionale 2/2001. In particolare, si è introdotta un'esplicita disposizione normativa che vincola programmaticamente l'amministrazione provinciale ad un adeguato impegno, anche in termini di stanziamenti di risorse, a favore delle minoranze linguistiche storiche residenti sul proprio territorio (art. 15, comma 3). A livello regionale si è poi prevista la possibilità di elezione del Presidente del Consiglio regionale all'interno del gruppo linguistico ladino, in deroga alla ordinaria suddivisione della consiliatura in due periodi, afferenti rispettivamente alla presidenza affidata ad un consigliere di lingua tedesca e ad uno di lingua italiana (art. 30, comma 3). Con riguardo invece alla Provincia autonoma di Trento, è ora riconosciuta copertura statutaria alla rappresentanza necessaria delle minoranze ladine in Consiglio; dopo le passate esperienze con fonte primaria (sentenza Corte costituzionale [n. 233/1994](#)); A. PIZZORUSSO, *La minoranza ladino-dolomitica come minoranza linguistica riconosciuta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3005 ss.), è oggi previsto in Statuto che la legge elettorale debba garantire l'elezione di un rappresentante proveniente dal territorio di insediamento del gruppo linguistico ladino, con il riconoscimento quindi di una "quota elettorale" riservata, seppure su base territoriale e non etnica (art. 48, comma 3). Si estende poi alla Provincia di Trento l'applicabilità dello strumento di tutela giurisdizionale costituito dal ricorso dei consiglieri comunali e provinciali al TRGA in caso di atti amministrativi lesivi della parità tra cittadini appartenenti ai diversi gruppi linguistici storici (art. 92, comma 2). Infine, la tutela delle prerogative culturali, ed il diritto all'insegnamento della propria lingua, vengono estesi alle comunità mòchena e cimbra, prima escluse dalla tutela dell'articolo 102 (che si rivolgeva solo al gruppo linguistico ladino).

² In particolare, l'art. 1 della legge 6/2008 definisce la funzione nei termini di promozione relativamente a «la salvaguardia, la valorizzazione e lo sviluppo delle identità, in termini di caratteristiche etniche, culturali e linguistiche, delle popolazioni ladina, mòchena e cimbra le quali costituiscono patrimonio irrinunciabile dell'intera comunità provinciale».

investendo questo apparato di funzioni ulteriori (che ne arricchiscono i compiti, senza incidere su efficienza e rappresentatività).

In questo senso le funzioni seguono ancora la dimensione ottimale di allocazione, ma – per esigenze pro-minoritarie – tale dimensione tende a coincidere con l'ambito territoriale in cui è insediato il gruppo, riducendo così l'entità delle commistioni rappresentative con gruppi diversi (ridotte alla quota di popolazione non alloglotta *ivi* residente).

Fa eccezione, proprio per quella stessa *ratio* allocativa, l'attribuzione alla Provincia stessa della funzione di sensibilizzazione generale della comunità trentina, che appunto richiede un ente di gestione di portata più ampia. Al di fuori di ciò, l'art. 7 dispone come la Provincia, in quanto soggetto che – per il carattere commisto della sua rappresentatività – non risponde alle esigenze di autogestione del gruppo minoritario, si limita ad un'azione indiretta; in altri termini, nell'impianto della legge 6/2008 la Provincia tende a non intervenire direttamente, ma a promuovere forme di autonomia istituzionale e organizzativa, da un lato, e di decentramento amministrativo, dall'altro. Così, quindi, gli interventi provinciali si svolgono o valorizzando con misure di sostegno e coordinamento le funzioni già esistenti nel sistema locale, o arricchendo con trasferimenti di nuove funzioni il ruolo degli enti più direttamente esponenziali delle popolazioni di minoranza³.

Nella sua attività di promozione, cioè, la Provincia di regola opera individuando interlocutori unitari dei gruppi alloglotti, costituiti in primo luogo dal *Comun general de Fascia*, dal Consiglio mòcheno (con il quale si conferisce una forma unitaria e coordinata ai tre Comuni interessati) e dal Comune di Luserna, ma – a seconda dei casi – anche eventualmente da altri soggetti esponenziali.

In particolare, la disciplina generale a riguardo è contenuta all'art. 8 della legge provinciale 6/2008, che garantisce il carattere necessariamente rappresentativo delle minoranze linguistiche proprio dei soggetti attivi della funzione di promozione e tutela. Si prescrive, allo scopo di qualificare tutti i soggetti presenti a livello locale nelle aree di insediamento storico come effettivamente rappresentativi delle minoranze, che in tutti gli enti operi una disciplina unitaria in merito alla composizione degli organi collegiali; così, tutti gli enti presenti nei territori, pubblici o anche formalmente privati (purché istituiti e disciplinati da legge provinciale) devono "favorire" la rappresentanza delle popolazioni di minoranza nei propri collegi, assicurando quindi la partecipazione istituzionale dei gruppi linguistici⁴.

Nel quadro di tali ulteriori entità soggettive che diventano rappresentative di interessi di minoranza assieme agli enti locali, e con cui il sistema provinciale interagisce per svolgere la funzione di promozione e tutela, sono particolarmente significative le istituzioni scolastiche, da un lato, e il consiglio delle autonomie locali, dall'altro.

Per quanto riguarda le prime⁵, la disciplina del sistema trentino di istruzione e formazione per la

³ Per un inquadramento del ruolo scelto dalla Provincia come soggetto promotore delle minoranze, che fa da snodo centrale in un sistema plurale di gestione affidata asimmetricamente ad altri vari soggetti, cfr. R. TONIATTI, *La definizione progressiva di un modello di "garanzia asimmetrica" delle minoranze linguistiche del Trentino*, in M. Marcantoni, G. Postal, R. Toniatti (curr.), *Quarant'anni di autonomia*, vol. I, Milano, 2011, in particolare i profili istituzionali (paragrafi *sub* 4.) e 360 ss.

⁴ Sul tema delle tipologie di rappresentanza delle minoranze negli organi collegiali, come modello di tutela consueto nella prassi di governo, cfr. ancora A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, cit., in particolare – nell'ambito della generale influenza dei problemi minoritari sull'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici – per come analizzato quale tecnica di tutela applicabile, in generale, anche ai collegi di natura politica, 401 ss. (si noti che la normativa della Provincia autonoma di Trento in questo senso è particolarmente garantista, in quanto estende questa tutela anche ai collegi non politici).

⁵ Sul tema del rapporto tra tutela delle minoranze e istruzione, cfr. in generale F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2021, 207 ss. (e la bibliografia vi citata); per il sistema trentino di istruzione, cfr. F. SANDRI, *Il sistema scolastico trentino*, in M. Marcantoni, G. Postal, R. Toniatti (curr.), *Quarant'anni di autonomia*, vol. II, Milano, 2011, 227 ss.

Val di Fassa prevede un'istituzione scolastica e formativa *ad hoc*, munita di sue strutture (consiglio generale e dirigente) e di un livello particolare di autonomia funzionale⁶. Negli altri casi, le scuole nei cui bacini di utenza sono compresi i territori mòcheno e cimbro godono comunque di una garanzia di rappresentanza, disponendosi da un lato che – limitatamente alla trattazione di argomenti riguardanti le minoranze germanofone storiche trentine – il consiglio del sistema educativo provinciale è integrato da un rappresentante designato dalla componente mòchena e cimbra della conferenza delle minoranze linguistiche e, d'altro lato, che nel consiglio delle istituzioni scolastiche con sede situata nei territori di minoranza (o comunque la cui offerta formativa è rivolta al bacino di utenza in cui ricadono gli studenti appartenenti alle minoranze germanofone) è garantita un'adeguata rappresentanza secondo le modalità previste dallo statuto stesso dell'istituzione scolastica interessata⁷.

Anche il Consiglio delle autonomie locali, per come istituito dalla legge provinciale 7/2005, assicura la partecipazione delle minoranze, in particolare, prevedendo la partecipazione quali propri membri del Presidente del *Comun general de Fascia*, del Presidente del consiglio mòcheno e del Sindaco del Comune di Luserna⁸. In questo senso anche tale soggetto è portatore di una funzione di rappresentanza specifica, e si colloca – ai fini del sistema della legge 6/2008 – come ente da un lato interlocutore della Provincia e, d'altro lato, (parzialmente) rappresentativo dei gruppi; profili che costituiscono le due polarità su cui il modello trentino calibra l'utilizzabilità delle strutture amministrative ordinarie a fini promozionali e di tutela dei gruppi minoritari.

3. La partecipazione delle minoranze "al centro" tramite apparati amministrativi ad hoc

Accanto delle citate modifiche agli organismi periferici del sistema trentino, l'amministrazione provinciale stessa ha poi ridefinito in modo specifico la sua stessa struttura organizzativa, prevedendo l'istituzione di un apposito servizio per la promozione delle minoranze linguistiche locali, quale articolazione provinciale dedicata, incardinata presso il dipartimento affari e relazioni istituzionali⁹.

La concentrazione delle funzioni in un'unica struttura è stata evidentemente operata nell'intento di armonizzare l'insieme delle politiche incidenti sulle tematiche della tutela e promozione delle minoranze, così che il servizio cura tutti i provvedimenti di competenza della Provincia in materia e ne monitora i risultati. Inoltre, accanto a tale ruolo di amministrazione diretta il servizio svolge una funzione di coordinamento nella medesima materia; coordinamento che si dirige verso una pluralità di soggetti, sia dando impulso all'attività dei diversi corpi amministrativi centrali competenti per aree di intervento della Giunta le cui ricadute interessano le comunità di minoranza, sia gestendo i rapporti con gli istituti culturali, sia garantendo assistenza a tutti gli enti pubblici presenti sul territorio in merito all'attuazione delle norme sulle minoranze linguistiche locali, sia – infine – curando i rapporti con tutti gli enti esterni interessati al tema delle minoranze linguistiche (tanto enti di governo di livello superiore, quali l'Unione europea, il Consiglio d'Europa, lo Stato e la Regione, quanto soggetti terzi, come in primo luogo la Provincia autonoma di Bolzano).

Sempre il servizio provinciale, infine, svolge una funzione generale di osservatorio per le tematiche delle minoranze alloglotte, curando la raccolta sistematica di normativa, giurisprudenza e dottrina in materia, nonché la ricezione delle istanze e delle segnalazioni provenienti dalle

⁶ Cfr. legge provinciale 5/2006 sul sistema di istruzione e formazione, artt. 45-50.

⁷ Cfr. ancora la legge provinciale 5/2006, artt. 51 e 52.

⁸ Cfr. legge provinciale 7/2005, art. 2, comma 1, lett. f).

⁹ Cfr. legge provinciale 6/2008, art. 11.

comunità minoritarie¹⁰.

Inoltre, accanto all'utilizzo delle strutture amministrative ordinarie, rafforzate o modificate, sul piano organizzativo il sistema della legge provinciale 6/2008 persegue la tutela e la promozione delle minoranze anche con l'istituzione di organi *ad hoc*, in particolare della Conferenza per le minoranze, dell'Autorità per le minoranze linguistiche, degli istituti culturali e delle commissioni toponomastiche¹¹.

La Conferenza delle minoranze è il principale organo di indirizzo, con funzione di concertazione delle politiche¹².

Essa raccoglie nella sua composizione tutti i corpi amministrativi che esercitano funzioni di governo rispetto alle comunità di minoranza, dando così rappresentanza agli stessi e riconducendo in un'unica assemblea tutti gli interessi connessi al tema dei gruppi alloglotti. Fanno parte della conferenza, infatti, l'intera Giunta provinciale¹³ e – in rappresentanza del legislativo – il consigliere provinciale ladino¹⁴; le tre Comunità di valle interessate sono invece coinvolte per mezzo dei loro presidenti, così come tutti i Comuni di insediamento storico, che partecipano in persona dei rispettivi sindaci. Inoltre, in conferenza entrano le istanze più specificamente connesse alla sfera della cultura, in forza della partecipazione alla stessa dei rappresentanti degli Istituti culturali e – per il sistema scolastico – del *sorastant* della *scola ladina* e dei dirigenti delle istituzioni scolastiche e formative che operano rispetto al bacino d'utenza dei territori mòcheno e cimbro. Infine, è data rappresentanza anche ad organismi associativi privati, in persona dei presidenti dell'*Union di ladins de Fascia* e dell'*Union generela di ladins dla Dolomites*, che costituiscono sì associazioni di carattere privato, ma titolari di un ruolo consolidato nella promozione e tutela della comunità ladina¹⁵.

A partire da questa composizione plurale, la conferenza svolge funzioni da un lato di natura politica, improntate all'indirizzo e al coordinamento delle azioni rivolte alle minoranze, e dall'altro di natura consultiva.

È in particolare organo politico nel fissare le linee programmatiche ed amministrative, oltre che

¹⁰ Funzione di "osservatorio" rispetto alla quale si devono segnalare possibili occasioni di sovrapposizione con l'attività svolta dall'Autorità per le minoranze (cfr. *infra* e art. 10 della legge provinciale 6/2008).

¹¹ Cfr. legge provinciale 6/2008, artt. da 9 a 14, e – per le commissioni toponomastiche – gli artt. 28, 33 e 34.

¹² Cfr. legge provinciale 6/2008, art. 9.

¹³ Il servizio provinciale competente in materia di minoranze svolge invece funzione di segreteria della conferenza.

¹⁴ Cfr. art. 72, comma 1, lett. g), della legge provinciale 2/2003. Sull'ampio tema della rappresentanza della minoranza ladina a livello politico (nei Consigli comunali e provinciale) e non solo amministrativo, qui non affrontato, si può rinviare alle sentenze della Corte costituzionale nn. [233/94](#), [261/95](#), [356/98](#), e ai numerosi contributi dottrinali in materia; in particolare S. BARTOLE, *Un caso di insoddisfacente "overruling" in tema di tutela delle minoranze in materia elettorale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 6, 4095 ss.; R. TONIATTI, *La rappresentanza delle minoranze linguistiche: i ladini fra rappresentanza "assicurata" e "garantita"*, in *Le Regioni*, 1995, 6, 1271 ss.; A. CERRI, *Il diritto elettorale e la sua storia nel Trentino-Alto Adige con riferimento alla tutela delle minoranze*, in *Le Regioni*, 1997, 2-3, 311 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto elettorale della minoranza linguistica ladina*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 5, 2754 ss.; E. ROSSI, *Di interesse a ricorrere e (mancato) bilanciamento, di travi e pagliuzze*, in *Le Regioni*, 1999, 2, 281 ss.; R. TONIATTI, *Un nuovo intervento della Corte in tema di rappresentanza politica preferenziale delle minoranze linguistiche: il consolidamento della democrazia consociativa etnica nel Trentino-Alto Adige*, in *Le Regioni*, 1999, 2, 291 ss.; M. COSULICH, *Trento e Trieste, come sono lontane.. (le correzioni della proporzionale nelle Regioni speciali)*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 1, 93 ss.; E. PUCCI, *La riforma elettorale in Trentino e la regione svuotata*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2003, 1, 163 ss.; G. NEGRI, *I sistemi elettorali per l'elezione degli organi delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e la disciplina del diritto di elettorato passivo*, in *Informator*, 2008, 1, 9 ss.

¹⁵ Sulla previsione in legge della partecipazione di specifiche associazioni private (individuate nominativamente) in organismi istituzionali, a prescindere da valutazioni di opportunità, si può fare riferimento all'analoga situazione di ANCI e UPI sulla base del DPCM 2 luglio 1996 (Istituzione della Conferenza Stato-città e autonomie locali), art. 2, comma 1.

nel promuovere nuovi interventi normativi, costituendo così sede di dibattito per la formulazione di una linea unitaria sulle politiche di sostegno e promozione. Coerentemente con ciò, la Conferenza svolge una funzione ricorrente, riunendosi due volte all'anno per fissare gli indirizzi programmatici del sistema trentino di tutela delle minoranze.

Accanto a tale ruolo politico, la Conferenza svolge inoltre funzioni consultive e di supporto, rendendo un parere obbligatorio sul programma degli interventi per l'editoria e l'informazione, un parere obbligatorio e vincolante sulla suddivisione del fondo provinciale per le minoranze, nonché offrendo la sede istituzionale in cui è raggiunta l'intesa sui criteri per le rilevazioni statistiche¹⁶.

L'Autorità per le minoranze linguistiche è invece ente istituito al fine di garantire la trattazione in condizioni terze dalla politica delle questioni attinenti alle minoranze linguistiche¹⁷.

Essa è pertanto costituita in un organo collegiale composto di tre membri, il cui Presidente è nominato dal Presidente del Consiglio provinciale di concerto con il presidente della conferenza delle minoranze. Coerentemente con lo scopo di garanzia per cui è stata creata, la relativa disciplina richiama gli schemi strutturali delle autorità amministrative indipendenti. In particolare, sul piano dei requisiti di terzietà dalla politica, si dispone che l'Autorità «opera in piena autonomia e indipendenza», è istituita presso il Consiglio provinciale e i suoi componenti sono nominati dal Consiglio provinciale stesso, a maggioranza qualificata dei due terzi, scegliendo tra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza giuridica, sociale e culturale. Inoltre, la durata della carica è di sette anni e i membri scaduti non possono essere riconfermati. Infine, è previsto un apposito regime delle incompatibilità (con tutte le altre cariche o impieghi in enti che possono essere coinvolti nella trattazione di tematiche minoritarie in Trentino) ed un'indennità di carica annua (per il presidente, non superiore al 40 per cento dell'indennità attribuibile al presidente dell'Agenzia provinciale per la rappresentanza negoziale, e quantificata nella metà per gli altri due componenti)¹⁸.

Sul piano funzionale, tale autorità indipendente opera tanto come organismo di controllo, quanto come organismo consultivo.

Nella sua funzione di amministrazione consultiva, l'Autorità esercita poteri di valutazione, di vigilanza e di ispezione sulla corretta attuazione della normativa e sulla destinazione delle risorse stanziare in materia di tutela e promozione delle minoranze linguistiche, anche valutando l'efficacia e la congruità delle misure adottate¹⁹; a tal fine, presenta annualmente al Consiglio provinciale una relazione sulla valutazione complessiva delle politiche, delle attività e degli interventi, evidenziando le criticità e avanzando eventuali proposte di emendamento.

Sul piano dell'amministrazione consultiva, invece, l'Autorità opera a favore della Giunta provinciale, del *Comun general de Fascia* (e delle altre Comunità di valle interessate), nonché dei Comuni di insediamento storico, rendendo pareri facoltativi su tematiche attinenti all'ambito minoritario, non tipizzate; lo svolgimento di tale ruolo, inoltre, si declina nei termini di una funzione di segnalazione delle misure necessarie per il recepimento e l'attuazione della normativa in materia di minoranze, di livello internazionale, europeo, statale, regionale e provinciale²⁰.

¹⁶ Per le funzioni della Conferenza, cfr. legge provinciale 6/2008, art. 9, comma 2.

¹⁷ Cfr. legge provinciale 6/2008, art. 10 (come modificato dall'art. 1 della legge provinciale 12/2012).

¹⁸ Tutti elementi che sono tipicamente propri della struttura delle autorità amministrative indipendenti; cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento VI, Milano, 1999, 169 ss.

¹⁹ Con particolare riferimento a quanto previsto dall'art. 15, comma 3, dello Statuto speciale per il Trentino - Alto Adige/*Südtirol* (aggiunto dalla legge costituzionale 2/2001): «La Provincia di Trento assicura la destinazione di stanziamenti in misura idonea a promuovere la tutela e lo sviluppo culturale, sociale ed economico della popolazione ladina e di quelle mòchena e cimbra residenti nel proprio territorio, tenendo conto della loro entità e dei loro specifici bisogni».

²⁰ Si segnala sotto questo profilo una possibile sovrapposizione con la funzione di osservatorio propria anche del servizio provinciale competente in materia di minoranze. Sul sistema multilivello di protezione delle minoranze che

Infine, sempre sullo stesso piano, l’Autorità esprime un parere al difensore civico relativamente agli atti o ai procedimenti che incidono su posizioni giuridiche connesse con la tutela o la promozione delle minoranze linguistiche.

In questo ambito, va notato come il campo di applicazione di tale funzione dell’Autorità sia stato notevolmente ridotto a seguito della legge di modifica del 2012, per evitare interferenze; ciò non tanto sul piano soggettivo (rispetto al quale la funzione consultiva si svolge nei confronti dell’attività di enti provinciali, ad ordinamento provinciale o istituiti da leggi provinciali, oltre che dei concessionari di pubblici servizi e degli altri enti convenzionati con il difensore civico), ma per il fatto che da un lato l’Autorità può essere attivata solo per posizioni giuridiche soggettive attinenti all’appartenenza alla minoranza linguistica, e non su base territoriale per tutti i casi in cui il difensore civico sia adito in un’area di insediamento storico, nonché, d’altro lato, per il fatto che il parere può essere reso solo su sollecitazione dello stesso difensore civico, così che al ricorrere di tale iniziativa l’Autorità ha l’obbligo di rendere il parere nel termine di quindici giorni, ma – essendo il parere facoltativo – qualora il difensore civico non lo richieda la decisione finale (pur se in materia di tutela delle minoranze) potrà essere resa senza nessuna occasione di intervento dell’Autorità²¹.

Ulteriori enti *ad hoc* sono poi gli istituti culturali, oggi previsti al Capo IV della legge 6/2008, ma già istituiti con le leggi provinciali 14 agosto 1975, n. 29 (Istituzione dell’Istituto culturale ladino), e 31 agosto 1987, n. 18 (Istituzione dell’Istituto mòcheno e dell’Istituto cimbro e norme per la salvaguardia e la valorizzazione della cultura delle popolazioni germanofone in Provincia di Trento), che li hanno strutturati in organi di amministrazione attiva, con la funzione di promozione e tutela della lingua e della cultura alloglotta²².

Nell’esercizio di questa missione, particolare rilievo assume l’attribuzione del monopolio sulla funzione tecnica di standardizzazione linguistica, che viene così accentrata affidando ad un organismo istituzionale l’esercizio della discrezionalità tecnica nel fissare le regole e le norme linguistiche e di grafia degli idiomi di minoranza (mettendo così al riparo da dispute disordinate un tema particolarmente sensibile).

Organizzativamente, tali istituti sono oggi inquadrabili quali enti strumentali della Provincia, ai sensi dell’art. 33 della legge provinciale 3/2006, con conseguenti ripercussioni sull’autonomia statutaria e di indirizzo.

In particolare, ex art. 13 della legge provinciale 6/2008 gli statuti sono adottati con delibera del consiglio di amministrazione di ogni singolo istituto culturale, a maggioranza assoluta dei componenti e d’intesa con l’organo di rappresentanza istituzionale della rispettiva popolazione di minoranza, per poi essere approvati dalla Giunta provinciale.

Inoltre, nello svolgimento delle proprie funzioni i singoli istituti si trovano in rapporto di coordinamento con la Provincia, essendo attribuito alla Giunta il potere di emanare atti di indirizzo e direttiva, ma non liberi o pienamente “politici”, posto che nell’esercizio di tale potere tecnico

richiede lo svolgimento di tale ruolo di costante monitoraggio, cfr. per riferimenti ulteriori V. PIERGIGLI, *Art. 6*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 155 ss., che dà conto dei diversi livelli istituzionali, dal locale all’internazionale, che concorrono alla tutela delle minoranze.

²¹ Nella prima formulazione della norma il ruolo disegnato per l’Autorità in materia era notevolmente diverso. Si prevedeva infatti che l’Autorità per le minoranze linguistiche esercitasse direttamente, essa stessa, le funzioni del difensore civico previste dalla legge provinciale 28/1982, individuandole su base territoriale. Cioè la competenza dell’Autorità, che si sostituiva a quella dell’ordinario difensore civico (riducendone i poteri), era estesa a tutti gli atti o procedimenti della Provincia e degli altri enti ad ordinamento provinciale o istituiti da leggi provinciali e dei concessionari di pubblici servizi che riguardassero esclusivamente o prevalentemente i territori di insediamento delle minoranze, o rivolti a soggetti residenti negli stessi territori. Si disponeva a tal fine che l’Autorità subentrasse al difensore civico provinciale nelle convenzioni sottoscritte dai Comuni (art. 3, legge provinciale 28/1982).

²² Cfr. legge provinciale 6/2008, artt. 12-14.

anche l'esecutivo provinciale deve «tenere conto delle specifiche finalità di tutela delle minoranze linguistiche». In aggiunta, è previsto un meccanismo di garanzia dell'autonomia in base al quale tali atti di indirizzo producono efficacia nei confronti degli istituti decorsi trenta giorni dalla loro emanazione (per permettere un adeguamento oculato, e controproposte)²³, di modo che l'atto di livello provinciale ancora una volta non si presenta come auto-applicativo, ma lo spirito della legge 6/2008 è quello di rendere la Provincia autonoma un collettore di azioni di promozione e tutela che poi – in concreto – devono essere poste in essere dalle strutture organizzative più prossime alle comunità di minoranza, nell'ottica di una responsabilizzazione delle stesse, incentivandone così la partecipazione.

In definitiva la qualificazione come enti strumentali grazie a tali accorgimenti risulta quale semplice garanzia di efficienza, inquadrando in un apparato amministrativo solido le tre entità che possono così fruire degli opportuni mezzi; al contrario, i livelli di autonomia sono lasciati all'attivismo e alla volontà politica degli attori interessati, l'apparato normativo permettendo un'ampia partecipazione nella definizione del quadro statutario e degli indirizzi di promozione.

Infine, ulteriori organismi istituiti *ad hoc* per rispondere alle esigenze delle minoranze linguistiche sono le commissioni toponomastiche²⁴, le quali hanno il duplice compito di esprimere un atto amministrativo generale contenente il repertorio dei toponimi e di svolgere una funzione consultiva specifica, rendendo un parere obbligatorio sulla denominazione di frazioni, strade, piazze ed edifici pubblici. Nella loro composizione, esse rappresentano tanto le comunità linguistiche di riferimento quanto e le necessarie competenze tecniche dell'amministrazione provinciale, in persona del dirigente competente.

4. Il "modello" trentino di organizzazione "per" le minoranze

Lo scopo generale dell'impianto organizzativo descritto è quello di far sì che l'amministrazione non sia soltanto sensibile alle esigenze delle minoranze, ma che la stessa si ponga anche come prossima alle, e partecipata dalle, comunità al cui servizio si trova. Ciò impiegando strumenti di organizzazione razionalizzati in modo che la compenetrazione tra comunità minoritaria ed amministrazione consenta (auspicabilmente) di conservare comunque – nonostante i piccoli numeri di riferimento – il più elevato grado di efficienza possibile.

Il problema di base è quello della rappresentanza nella (e della) amministrazione stessa, risolto nella misura in cui, da un lato, l'identificazione territoriale delle comunità alloglotte corrisponde (o viene fatta corrispondere) all'ambito proprio degli enti locali e, dall'altro, i collegi e il personale amministrativo sono costituiti da persone fisiche culturalmente assimilate al gruppo linguistico.

La questione è allora quella di accentrare negli stessi enti locali ordinari esponenziali delle comunità alloglotte (senza contaminazioni di significative fette di popolazione parlante la lingua di maggioranza) un numero di funzioni maggiore rispetto a quello ordinariamente attribuito, per evitare ingerenze esterne nella gestione della Comunità minoritaria stessa da parte di enti – superiori – che siano esponenziali anche dei gruppi maggioritari. Tale concentrazione viene perseguita usando le strutture amministrative ordinarie esistenti, ma con modifiche specifiche e con l'introduzione di organismi ulteriori preposti alla gestione ottimale delle specifiche funzioni di protezione e promozione della minoranza.

In questo quadro la legislazione sulle minoranze interviene anche a correggere gli effetti negativi – sull'efficienza – di tale concentrazione di funzioni o di risorse in enti locali normalmente meno sollecitati, per permettere l'autogoverno anche di comunità minoritarie di ridotte

²³ Con un meccanismo che richiama gli schemi di salvaguardia del d.lgs. 266/1992.

²⁴ Cfr. legge provinciale 6/2008, artt. 28, 33 e 34.

dimensioni. Gli istituti di correzione o ausilio dell'autogoverno, approntati dalla legislazione provinciale trentina, incidono così sulle strutture amministrative ordinarie sia modificandole (come nel caso della Comunità di valle ladina o delle istituzioni scolastiche e formative delle aree di minoranza), sia coordinandole (come nella rappresentanza istituzionale unificata), sia indirizzandole (secondo il ruolo della Conferenza e del servizio provinciale, oltre che della Giunta rispetto agli istituti culturali), sia controllandole (come *in primis* per l'Autorità per le minoranze; ma questo vale anche per tutti gli altri organi centrali), sia infine supportandole (quale è il caso degli istituti culturali nella loro qualità di enti strumentali della Provincia)²⁵.

In definitiva, viene approntata una complessa organizzazione ed attività di supporto per garantire la possibilità di svolgere a livello locale (anche se in ambiti di ridotte dimensioni) tanto funzioni di valorizzazione specifica della minoranza (promozione e protezione), quanto funzioni amministrative generali più consistenti, non direttamente connesse al tema minoritario ma che realizzano un più accentuato autogoverno della comunità di riferimento (questo sì, indirettamente, strumentale alla sua protezione e promozione). Una sorta di correzione della sussidiarietà verso il basso, dove per assicurare la capacità di partecipazione alla gestione del proprio territorio da parte di comunità numericamente poco consistenti è l'organizzazione amministrativa centrale ad intervenire, ma al solo fine di supporto.

²⁵ Per approfondimenti specifici sulla disciplina trentina in materia di minoranze linguistiche storiche, oltre a quanto esposto in precedenza, si può fare riferimento principalmente alle trattazioni generali di R. TONIATTI, *La definizione progressiva di un modello di "garanzia asimmetrica" delle minoranze linguistiche del Trentino*, cit., 313 ss.; S. PENASA, *La promozione delle minoranze linguistiche via meccanismi di partecipazione. La legge provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 6 del 2008 quale laboratorio del sistema multilevel di tutela delle minoranze linguistiche?* in *Le Regioni*, 2009, 5, 1017 ss. Per il contesto normativo antecedente le riforme successive alla legge costituzionale 2/2001, e la qualificazione della tutela delle minoranze quale limite riconducibile all'interesse nazionale, cfr. anche E. REGGIO D'ACI, *La Regione Trentino-Alto Adige*, Milano, 1994, 72 ss.

Rosa Iannaccone*

La partecipazione dei popoli indigeni e le entità substatali. Osservazioni a partire dalla Costituente cilena**

ABSTRACT: *Negli ultimi trent'anni, in America Latina oltre alla redazione di costituzioni, originali e innovative nel panorama comparativo, vi sono state numerose riforme volte a introdurre il diritto all'identità etnica e culturale. Queste esperienze, problematiche sotto molti aspetti ed emerse all'ombra del populismo latino-americano, hanno contribuito all'effettivo riconoscimento costituzionale di nuove soggettività quali le popolazioni indigene, realizzando così una "giro decolonial". In particolare, con le più recenti costituzioni latinoamericane, che rientrano nel cd. nuevo constitucionalismo latinoamericano – ovvero quelle di Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) e Bolivia (2009) –, la componente indigena ha fatto ingresso, per la prima volta, nei processi costituenti, rivendicando un ruolo paritario rispetto agli altri gruppi. In questo contributo ci si soffermerà sulle previsioni delle più recenti esperienze costituzionali, e quindi Ecuador e Bolivia, e sulle decisioni assunte dalla costituente cilena a proposito del riconoscimento e della tutela dei popoli indigeni mettendole a sistema sia con gli strumenti previsti per la loro effettiva partecipazione e rappresentanza, che con le specifiche competenze di entità substatali, con il fine di indagare se le previsioni costituzionali hanno una effettiva ricaduta sul ruolo svolto da queste entità.*

In the last thirty years in Latin America, in addition to the drafting of constitutions, original and innovative in the comparative landscape, there have been numerous reforms aimed at introducing the right to ethnic and cultural identity. These experiences, problematic in many respects and emerging in the shadow of Latin American populism, have contributed to the effective constitutional recognition of new subjectivities such as indigenous peoples, thus bringing about a 'decolonial tour'. In particular, with the most recent Latin American constitutions, which are part of the so-called nuevo constitucionalismo latinoamericano – specifically those of Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009) –, the indigenous component has entered, for the first time, into constituent processes, claiming an equal role with other groups. In this paper, we will focus on the provisions of the most recent constitutional experiences, of Ecuador and Bolivia, and on the decisions taken by the Chilean constituent assembly regarding the recognition and protection of indigenous, comparing them with both the instruments provided for their effective participation and representation, and with the specific competences of sub-state entities, in order to investigate whether the constitutional provisions have an effective impact on the role played by these entities.

SOMMARIO: 1. Elementi essenziali del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL) e il ruolo della questione indigena – 2. Le influenze del riconoscimento della plurinazionalità sul tipo di Stato: i casi ecuadoriano e boliviano – 3. Alcune riflessioni rispetto alle decisioni assunte dalla Convenzione Costituzionale cilena

1. Elementi essenziali del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* e il ruolo della "questione indigena"

In America Latina, a partire dai processi di indipendenza, il costituzionalismo è stato un meccanismo di incorporazione di modelli stranieri, e in particolare quello di tradizione europea, con alcuni elementi del modello costituzionale nordamericano – soprattutto il sistema presidenziale. La maggior parte di questi Paesi non ha vissuto pienamente lo Stato sociale e le loro

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma e in Ciencias Jurídicas, Università di Granada.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

costituzioni fondatrici, vicine al liberalismo conservatore, non sono state il frutto di processi costituenti democratici, ma elitari. Ciò ha condotto ad una risposta costituzionale autoctona. Proprio in quest'area, infatti, tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI, vi è stata una nuova ondata di costituzionalismo, definita da una parte della dottrina *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL), il cui obiettivo principale è conciso con il tentativo di risolvere il problema della disuguaglianza sociale. È stata descritta, infatti, come il risultato di una lotta di classe condotta da nuovi soggetti, quali i movimenti sociali, le donne e i popoli indigeni, che hanno agito per instaurare un nuovo ordine politico, economico e sociale, frutto di uno sforzo decolonizzatore¹. È iniziata con l'avvio del processo costituente colombiano (1990-1991), maturata con il processo costituente ecuadoriano del 1998 e si è perfezionata con l'approvazione, tramite referendum, dei testi costituzionali di Ecuador (2008) e Bolivia (2009)². L'ultimo prodotto costituzionale elaborato nell'area è stato quello cileno, anche se non è stato approvato dal corpo elettorale nel *plebiscito de salida* dello scorso 4 settembre. A distinguere quest'ultimo processo costituente da quelli del "nuovo costituzionalismo latinoamericano" vi sono alcune sostanziali differenze, che non sarà possibile trattare in questa sede³, nonostante ciò, però, si ritiene che non sia avventato sostenere che gli ultimi prodotti costituzionali latinoamericani formino una nuova generazione di leggi fondamentali, un "famiglia di Costituzioni" con caratteristiche proprie sia nella parte dogmatica che in quella organica. Tra queste caratteristiche vi è la pervasiva disciplina della pluriculturalità conseguenza della centralità assunta dalle popolazioni indigene nel processo di scrittura costituzionale.

In questo contributo verranno concisamente analizzate proprio le previsioni a proposito di riconoscimento, tutela e partecipazione dei popoli indigeni, con particolare attenzione ai livelli di governo substatali delle più recenti esperienze costituzionali latinoamericane, ovvero le norme fondamentali di Ecuador e Bolivia e la proposta elaborata dalla costituente cilena. Il fine è indagare, in ordinamenti caratterizzati *ab origine* dalla "questione indigena", se le previsioni costituzionali in materia di diritti abbiano una effettiva ricaduta sul ruolo svolto da questi enti e se, eventualmente, ciò possa rappresentare un elemento cardine per le attuali democrazie pluraliste, anche occidentali, e una risposta alle esigenze poste dalle società multiculturali.

I testi del NCL, infatti, non identificano come centro del loro universo normativo la sagoma di un individuo ideale, nominalmente uguale in capacità a tutti gli altri con i quali forma un'omogenea "nazione", ma piuttosto una società variegata, che appare evidente all'osservare la realtà latino-americana caratterizzata da una pluralità o multinazione di comunità diverse⁴.

Queste costituzioni presentano estesi cataloghi dei diritti con una chiara indicazione dei soggetti deboli quali donne, bambini, anziani, disabili e dei gruppi emarginati come i popoli indigeni e afrodiscendenti; rafforzano la giustizia costituzionale; includono disposizioni sul tipo di economia da attuare al fine di rispondere alle esigenze di uguaglianza sociale; e prevedono molteplici dispositivi di democrazia diretta e partecipativa⁵. Gargarella, nonostante affermi che piuttosto che di una nuova fase del costituzionalismo dovrebbe parlarsi di un rafforzamento di

¹ R. VICIANO PASTOR, *Presentación*, in R. Viciano Pastor (cur.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, 2012, 9.

² P. SALAZAR UGARTE, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L. R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, 2013, 354-355

³ Si fa riferimento, in particolare, alle differenze sostanziali tra il processo costituente cileno e gli altri dell'area andina ovvero quelli di Colombia, Ecuador e Bolivia. Si tratta, principalmente, del ruolo liederistico che il potere esecutivo ha svolto in questi ultimi e dei poteri riconosciuti o autoriconosciutisi dalle assemblee costituenti a discapito dei poteri costituiti, soprattutto del potere legislativo.

⁴ J. DONIUSH, S. INÉS, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, 2013, 23-24.

⁵ R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ, *Presentación...*, cit., 13 e ss.

alcune caratteristiche già presenti nel quadro costituzionale latinoamericano, ne riconosce come caratteristica fondamentale le novità introdotte nelle dichiarazioni dei diritti, che mirano a rimediare a tre grandi “mancanze” storiche del costituzionalismo regionale: la mancata tutela dei «postergados entre los postergados», vale a dire le comunità indigene; il disinteresse per i diritti umani; e l’incapacità di garantire i diritti politici, favorendo così la “cittadinanza attiva”⁶. Coloro che non erano stati riconosciuti, quando le porte sono state aperte alla classe operaia, vengono tutelati in queste nuove costituzioni, che hanno acquisito un profilo “multiculturale” e hanno previsto misure di discriminazione positiva⁷. Quanto appena detto si inserisce in un movimento costituzionale volto al riconoscimento dei popoli indigeni, il cd. “Constitucionalismo Multicultural”⁸, che attraversa l’America Latina da almeno due decenni e che, ha riguardato, anche altri ordinamenti, oltre quelli del NCL⁹. Sono numerose le differenze che esistono tra i diversi Paesi parte di questa ondata, che vanno dalla formulazione stessa del testo costituzionale alle implicazioni pratiche del riconoscimento dei diritti di questi popoli¹⁰. In particolare, gli ordinamenti del NCL sono stati caratterizzati da un elemento innovativo e peculiare che conferisce tutta un’altra centralità alla “questione indigena”¹¹ ovvero il fatto che i popoli originari, facendo ingresso nei processi costituenti stessi e rivendicando un ruolo paritario rispetto agli altri gruppi, hanno portato a che la tradizione ctonia penetrasse nella scrittura delle costituzioni e nella selezione dei loro contenuti¹². Ciò ha condotto al riconoscimento non solo della loro soggettività, attraverso il concetto di Stato plurinazionale, il principio di interculturalità e il pluralismo giuridico, ma anche della loro cosmovisione, caratterizzata dalla concezione che l’uomo non è al centro del creato, ma parte di un Tutto che lo include e da cui dipende la sua sopravvivenza¹³. Ciò, oltre ad aver prodotto il riconoscimento dei diritti collettivi dei popoli originari, ha favorito una svolta

⁶ R. GARAGARELLA, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 1, 2018, 115. Nei testi del nuovo costituzionalismo latino-americano, infatti, sono stati sanciti nuovi diritti politici che si traducono nella previsione di strumenti di democrazia diretta, semi-diretta e perfino comunitaria. I più comuni sono: l’iniziativa legislativa e di riforma costituzionale; il referendum e il plebiscito; il potere di veto e di abrogazione popolare; la revoca del mandato dei rappresentanti e la loro responsabilità obbligatoria (C. M. VILLABELLA ARMENGOL, *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Revista IUS*, 25, 2010, 67 e ss.).

⁷ R. GARAGARELLA, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, cit., 115.

⁸ Vedasi D. VAN COTT, *The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America*, Pittsburgh, 2000.

⁹ X. A. CUJABANTE VILLAMIL, *Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano*, in *Revista Análisis Internacional*, 1, 2014, 212.

¹⁰ J. ESTEBAN FERNÁNDEZ, *Autodeterminación y Autonomías Indígenas: Entre teoría y praxis*, in *Documento de trabajo - Serie ICSO*, 60, 2019, 9

¹¹ La “questione indigena” pone un problema che si è spostato nel terreno della marginalità morale e giuridica. Dal punto di vista della visione ufficiale dello Stato e della legge, i diritti di questi popoli e comunità sono stati visti come estranei o contrari alla forma istituzionale del modello repubblicano. Il carattere omogeneo della nazione ha finito per escludere ed annullare la diversità dei popoli e delle comunità indigene. (G. GONZALES MANTILLA, *Notas Sobre el futuro de los derechos fundamentales en América Latina*, in M. Labanca Corrêa de Araújo, R. Romboli (curr.), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa, València, 2020, 191-193)

¹² A. MASTROMARINO, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *DPCE online*, 2, 2020, 338.

¹³ Il termine *buen vivir* non può essere accostato all’idea occidentale di benessere. Letteralmente l’espressione *suma qamaña* indica anima buona o vita degna, mentre *sumak kawsay* si traduce con esistenza bella. Con una perifrasi, l’idea sottesa è l’equilibrio fra ragione, sentimenti e istinti per vivere appieno l’esistenza (S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 143, 2015, 483 e ss.). *Buen vivir*, in una dimensione lata, indica la vita in armonia con la collettività e la natura, dove la sfera privata e quelle comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono interdipendenti. Nel sistema di pensiero andino il benessere è possibile solo all’interno della comunità e nel rispetto della *Pacha Mama* e, mentre l’idea di sviluppo rappresenta la modalità occidentale per una vita buona, che comprende il vivere meglio, il *buen vivir* contempla l’esistenza armoniosa. (S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019, 68 e ss.).

ecocentrica nel diritto, con la proclamazione della Natura come un soggetto di diritti e la riscoperta di una vita comunitaria¹⁴.

Le costituzioni ecuadoriana e boliviana sono particolarmente avanzate sotto questo punto di vista. La legge fondamentale ecuadoriana (CRE) riconosce l'identità interculturale e plurinazionale dell'Ecuador; sancisce il diritto dei popoli indigeni ad utilizzare la propria lingua; prevede una varietà di diritti collettivi, tra i quali il diritto a mantenere il possesso delle terre e dei territori ancestrali, a partecipare all'uso, al godimento, all'amministrazione e alla conservazione delle risorse naturali rinnovabili che si trovano nei loro territori e alla consultazione libera, preventiva e informata su programmi di sfruttamento di quelle non rinnovabili; prevede la proprietà collettiva della terra; gli riconosce il diritto ad esercitare funzioni giurisdizionali, sulla base delle loro tradizioni ancestrali; e definisce regimi speciali per l'organizzazione del territorio¹⁵.

Anche la Costituzione boliviana (CPE) sancisce uno Stato plurinazionale, affermando il principio del pluralismo; considera le lingue delle minoranze etniche come lingue ufficiali e ordina ad ogni governo dipartimentale di comunicare in almeno due lingue; definisce come principi morali fondamentali quelli relativi al "buen vivir"; include, all'interno della forma di governo, quella comunitaria; considera, tra i diritti fondamentali, quelli relativi all'autodeterminazione dei popoli e alla conservazione dell'ambiente e del patrimonio culturale; si impegna a "decolonizzare" l'educazione; riconosce i territori contadini indigeni originari e ne organizza la giurisdizione; tutela le forme di organizzazione comunitaria, determinando l'obbligo dello Stato a controllare i settori strategici dell'economia e affermando la proprietà popolare delle risorse naturali^{16,17}.

Questa nuova ondata di costituzionalismo, con il riconoscimento nei testi costituzionali dei diritti dei popoli indigeni e dei loro territori, ha portato a una rottura con il paradigma classico di sovranità occidental-liberale, basato su un concetto di pluralismo/multiculturalismo di assimilazione piuttosto che di integrazione, e ha generato una crisi delle categorie classiche di organizzazione dello Stato, secondo le regole di relazione tra centro e periferia e tra cittadino e Stato¹⁸ di derivazione occidentale-europea. Ciò è particolarmente evidente in merito ai processi in Ecuador e Bolivia che si sono basati su un progetto di società plurale e le cui costituzioni

¹⁴ S. BAGNI, *Le forme di Stato in America Latina*, in S. Bagni, S. Baldin (curr.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, 2021, 52 e ss. È riduttivo sostenere che nell'ambito del NCL siano stati semplicemente implementati i cd. diritti di terza generazione, tra i quali i diritti ambientali costituiscono sicuramente una tipologia emblematica, in quanto ci troviamo davanti ad un aspetto che è consustanziale al NCL, rappresentandone un profilo considerato da alcuni autori quintessenza dello stesso (A. MASTROMARINO, *Il nuovo costituzionalismo latinoamericano*, cit., 337). È evidente, infatti, la tendenza a estendere la proprietà dei diritti non solo agli individui ma anche a un ampio insieme di soggetti collettivi e ad entità astratte come la natura. Si tratta di una sfida alla teoria tradizionale dei diritti soggettivi e in tal modo questi documenti costituzionali, non solo abbandonano la tradizione liberale, ma superano anche altre tradizioni che sono state proposte come alternativa ad essa, come le teorie comunitarie o multiculturaliste. (Cfr. P. SALAZAR UGARTE, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit., 358).

¹⁵ I riferimenti costituzionali sono i seguenti: art. 1; art. 2; art. 51; art. 60; art. 171.

¹⁶ I relativi articoli della CPE sono: 1; 5; 8; 11; quelli compresi nel Titolo II; 78; 272; 190; 307; 348.

¹⁷ R. GARGARELLA, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*, in [Onteiken](#), 15, 2013, 27-28

¹⁸ A tal proposito si rimanda a S. BAGNI, *Dallo stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizioni nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013 e S. BAGNI, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in S. Bagni, G. A. Figueroa Mejía, G. Pavani (curr.), *Las ciencias del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, tomo II, Ciudad de México, 2017. Si consenta il rinvio a R. IANACCONE, *El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y la forma de Estado: algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia*, in [Revista de Derecho Constitucional Europeo](#), 37, 2022 e *I diritti nel nuovo costituzionalismo latinoamericano: verso una nuova forma di Stato?* in G. Campanelli, H. A. Frazão, C. Luzzi (curr.), *La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021*, Ciudad de México, 2022

dimostrano come questo sia stato il principio guida per tutti i processi politici, compreso quello decentramento. È possibile, quindi, parlare di “nuovo paradigma andino”: in un contesto di valorizzazione della terra e del territorio, concetti giuridico-culturali quali plurinazionalità, pace e natura diventano le parole chiave¹⁹.

2. Le influenze del riconoscimento della plurinazionalità sul tipo di Stato: i casi ecuadoriano e boliviano

In America Latina le tipologie di rapporti tra centro e periferia si sono orientate verso il tipo di Stato federale e unitario. È però possibile affermare che entrambe le tipologie hanno assunto caratteristiche proprie e sviluppato tendenze opposte che, senza portali a confondersi, li hanno allontanati, rispettivamente, dal modello degli Stati Uniti d’America e da quello francese napoleonico. Infatti, la tendenza all’accentramento negli Stati federali²⁰ segue traiettorie diverse da quelle che hanno caratterizzato il centralismo degli Stati unitari e le tendenze centrifughe registrate in questi ultimi guardano a forme di autonomia differenti da quelle riconosciute agli Stati membri degli Stati federali²¹. In quest’ultima tendenza rientrano, soprattutto, gli ordinamenti ecuadoriano e boliviano, le cui previsioni costituzionali rappresentano un conflitto semantico: seppur definiscono la forma di stato unitaria, prevedono forme di decentramento connesse alla centralità assunta nel disegno costituzionale dalle popolazioni indigene.

L’articolo 1 della Costituzione boliviana recita che la Bolivia è un *Estado unitario/plurinacional comunitario; unitario/decentralizado y con autonomías*, mentre il corrispondente della norma fondamentale dell’Ecuador lo descrive come un *Estado independiente/unitario/intercultural, plurinacional, que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*²². Come si è visto, nei testi costituzionali in analisi, vi è stato il riconoscimento dei diritti delle popolazioni originarie, comprensivi di quello all’autodeterminazione territoriale, e con l’affermazione dello Stato interculturale, si è prodotta una rottura con il modello unitario di integrazione assimilazionista di stampo francese e l’organizzazione territoriale che si è affermata risulta basata sull’asimmetria²³.

Sia la Costituzione ecuadoriana che quella boliviana disegnano Stati territorialmente complessi, con un riconoscimento specifico delle “autonomie indigene”. Il testo boliviano appare più ambizioso, sancendo, all’articolo 2, che «dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus

¹⁹ G. PAVANI, *El gobierno local. De los antiguos modelos europeos al nuevo paradigma latinoamericano*, Santiago de Chile, 2019.

²⁰ Vedasi, tra gli altri, J. CARPIZO, *Federalismo en Latinoamérica*, Messico, 1973; L. LUATTI, *Il federalismo “virtuale” latino-americano*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1999; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistema costituzionali comparati*, Torino, 2017; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Reflexiones críticas en torno al Federalismo en América Latina*, in A. Alfredo Arismendi, J. Caballero Ortiz (curr.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. 1, 2003; J. CHAIRES ZARAGOZA, *El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, in *Revista Via Juris*, 23, 2017; L. MEZZETTI, *L’America Latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014.

²¹ G. PAVANI, *Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione*, in S. Bagni, S. Baldin (curr.), cit., 74-75

²² *Ibidem*, 65 e ss.

²³ A. D’ANDREA, *Decentramento, pluralismo, comunità indigena e potere popolare in America Latina tra Stati unitari e Stati federali*, in S. Bagni, S. Baldin (curr.), cit., 85

entidades territoriales». Ben lontana da tali proclami è la Costituzione ecuadoregna²⁴, che non fa riferimento alla preesistenza dei popoli indigeni e ciò è coerente con il fatto che il principio di plurinazionalità in questa norma fondamentale si concentra sulla sfera dei diritti e non sul quadro istituzionale, come avviene invece in Bolivia²⁵. L'articolo 57 della Costituzione dell'Ecuador riconosce ai popoli indigeni, afrodiscendenti e montubio, tra gli altri diritti collettivi, quello di conservare e sviluppare le proprie forme di convivenza e organizzazione sociale, nonché di formare ed esercitare l'autorità, nei territori che gli sono legalmente riconosciuti e nelle terre comunitarie ancestrali. Stabilisce, altresì, il diritto collettivo a «creare, sviluppare, applicare e praticare il diritto proprio o consuetudinario», che non può però violare i diritti costituzionali²⁶.

Inoltre, Il Titolo V, a proposito dell'organizzazione territoriale, definisce «governi autonomi decentrati» regioni, province, cantoni e parrocchie rurali, e prevede la possibilità di creare «mancomunidad» tra diversi livelli di governo. Prevede, altresì, la creazione di «regimi speciali» per quei territori con specifiche «caratteristiche ambientali, etno-culturali o di popolazione». All'interno di questa categoria rientrano, oltre ai distretti metropolitani e alle Galapagos, le «circunscripciones territoriales indígenas» (CTI)²⁷, che hanno l'obiettivo di promuovere la costruzione del carattere plurinazionale e pluriculturale dello Stato, in conformità con l'articolo 257 della Costituzione²⁸, che stabilisce, altresì, che tali distretti eserciteranno i poteri del corrispondente governo territoriale e saranno governati dai principi di interculturalità e plurinazionalità, nel rispetto dei diritti collettivi. Potranno essere realizzati all'interno delle entità subregionali composte da una maggioranza di appartenenti alle popolazioni indigene, afroecuadoriane, montubio o ancestrali ed è necessario che siano approvati attraverso un referendum da almeno i 2/3 dei votanti²⁹. La Legge in materia di partecipazione popolare, rispetto alla loro forma di organizzazione e di esercizio della sovranità territoriale, stabilisce che deve essere basata sul rispetto e sul rafforzamento di «sus propias formas organizativas, el ejercicio y representatividad de sus autoridades, con equidad de género, desarrollados de conformidad con sus propios procedimientos y normas internas, siempre que no sean contrarios a la Constitución y la Ley» (art. 30, LOPC)³⁰. Il *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización* (COOTAD) del 2010, però, prevede che le circoscrizioni indigene esercitino le competenze del corrispondente livello di governo autonomo (art. 93)³¹. Non sono previste, quindi, competenze speciali per queste realtà, che avranno le caratteristiche che sono riconosciute a *parroquias rurales, cantones* e *provincias* (art. 98) ovvero essere livelli di governo decentralizzati e autonomi, con poteri legislativi ed esecutivi e funzioni basate su: legislazione, regolamentazione e supervisione; esecuzione e amministrazione; partecipazione dei cittadini e controllo sociale. Bisogna considerare, inoltre, che il concetto di democrazia presente nella norma fondamentale ecuadoregna è polisemico e riconosce meccanismi di democrazia rappresentativa, diretta e comunitaria, anche se quest'ultima ha un ruolo minoritario. La partecipazione dei cittadini, inoltre, è prevalentemente orientata alla costruzione indiretta di politiche pubbliche, piuttosto che

²⁴ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional en Ecuador y Bolivia. ¿Una década ganada?* in REAF, 27, 2018, 124-125

²⁵ M. MEZA-LOPEHANDÍA, G. P. RUBIO APIOLAZA, *La nacionalidad a la luz del principio constitucional de plurinacionalidad. Constituciones de Bolivia y Ecuador*, BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria, novembre 2021, 9.

²⁶ R. TAPIA H., *Reconocimiento de los pueblos indígenas en el derecho constitucional latinoamericano*, in [Serie Informe Legislativo](#), 68, 2022, 43.

²⁷ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo*, cit., 125-126.

²⁸ O. COLPARI, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia. ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena – campesino?* in [Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas](#), n. especial: América Latina, 2011, 8.

²⁹ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo*, cit., 125-126.

³⁰ O. COLPARI, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia*, cit., 9.

³¹ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional*, cit., 125-126.

all'assunzione di decisioni. Per la partecipazione indigena, inoltre, a ciò si aggiunge che gli spazi che le sono dedicati nella struttura generale dello Stato sono piuttosto limitati³².

Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento boliviano, la base del carattere plurinazionale dello Stato risiede nella preesistenza dei popoli indigeni, che implica il riconoscimento della loro autodeterminazione sotto forma di autonomia³³ e di una diversa "tipologia" di democrazia. In base a quanto sancito dalla Costituzione (art. 11) e dalla *Ley del Régimen Electoral*, lo Stato boliviano è caratterizzato da una democrazia interculturale basata sulla complementarità tra democrazia diretta, partecipativa, e comunitaria. Pertanto, oltre a strumenti di partecipazione diretta, esercitabili, a seconda dei casi, dai distinti livelli territoriali e dalla popolazione, sono riconosciuti i meccanismi tradizionali di democrazia rappresentativa ed è prevista la democrazia comunitaria, basata sugli usi e i costumi dei popoli indigeni³⁴.

La centralità della "questione indigena" si riflette nell'organizzazione territoriale dello Stato, che riconosce, insieme a dipartimenti, province e comuni, i "territorios indígena originario campesinos" (TIOC). Questi, così come i comuni e le regioni, possono adottare lo status di "Autonomías Indígenas Originario Campesinas" (AIOC), entità attraverso cui si realizza il diritto all'autogoverno³⁵. I diversi livelli di autonomia territoriale hanno un eguale *status* costituzionale e non sono subordinati l'uno all'altro. Nell'articolo 289, la CPE definisce l'AIOC come «l'autogoverno delle nazioni e dei popoli contadini indigeni e originari, la cui popolazione condivide il territorio, la cultura, la storia, le lingue e la propria organizzazione o istituzioni giuridiche, politiche, sociali ed economiche». Pertanto si tratta di autonomie di natura politica e non meramente amministrativa³⁶. Anche la democrazia interculturale e i suoi meccanismi di partecipazione sono condizionati dal processo di decentramento autonomico: per la formazione del potere legislativo dipartimentale (assemblea dipartimentale) e del potere legislativo municipale (consiglio municipale), vengono combinati meccanismi di democrazia rappresentativa e comunitaria. A livello di autonomia indigena, invece, gli strumenti adottati per prendere decisioni ed eleggere le autorità sono solo quelli di quest'ultimo "tipo" di democrazia. In questo modo, si permette alla società multi-etnica, storicamente esclusa, di essere inclusa nella struttura statale attraverso nuovi livelli di amministrazione territoriale³⁷.

A differenza di quanto visto a proposito del caso ecuadoriano, la CPE, in materia di entità territoriali indigene, ne specifica sia la forma di governo sia una serie di competenze proprie³⁸. Tra queste rientrano l'elaborazione del proprio statuto e del proprio bilancio; la definizione delle proprie forme di sviluppo; la gestione delle risorse naturali rinnovabili; la creazione di contributi speciali; e l'esercizio della giurisdizione indigena. Si tratta, quindi, di entità dotate di capacità legislativa, di gestione fiscale e di elezione delle proprie autorità³⁹. Rilevante è che tra le competenze esclusive vi sia anche «participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten» (art. 114, c. 1).

3. Alcune riflessioni rispetto alle decisioni assunte dalla Convenzione Costituzionale

³² O. COLPARI, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia*, cit., 8-9.

³³ M. MEZA-LOPEHANDÍA, G. P. RUBIO APIOLAZA, *Autonomía territorial indígena. Estándar internacional y ejemplos en la experiencia extranjera: Bolivia, Canadá y Panamá*, BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria, gennaio 2022, 4-5.

³⁴ O. COLPARI, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia*, cit., 5-6.

³⁵ M. MEZA-LOPEHANDÍA, G. P. RUBIO APIOLAZA, *Autonomía territorial indígena*, cit., 4-5.

³⁶ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional*, cit., 133 e ss.

³⁷ O. COLPARI, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia*, cit., 7.

³⁸ M. APARICIO WILHELMI, *Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional*, cit., 133 e ss.

³⁹ M. MEZA-LOPEHANDÍA, G. P. RUBIO APIOLAZA, *Autonomía territorial indígena*, cit., 6

In Cile, a partire dalla rivolta studentesca del 2011, la richiesta di un cambiamento costituzionale ha assunto, attraverso le mobilitazioni sociali, una nuova dimensione. Il dibattito che, fino a quel momento, era stato ristretto a pochi è divenuto un'ulteriore richiesta all'ordine del giorno per costruire una cittadinanza veramente democratica, dove i diritti fossero rispettati e le persone potessero incanalare le loro preferenze attraverso il sistema politico⁴⁰. Diverse forze all'interno della società civile – studenti, donne, popoli indigeni, lavoratori – hanno promosso la necessità di un cambiamento costituzionale, di diversa entità. Oltre alla già citata mobilitazione studentesca del 2011, preceduta dalla “*revolución pingüina*” del 2006, ne sono una dimostrazione l’“*estallido social*” dell'ottobre 2019 – scoppiato in seguito all'aumento del prezzo del biglietto della metropolitana di Santiago, e estesosi, rapidamente, a tutto il Paese – e i successivi incontri cittadini⁴¹. Proprio l’“*estallido social*” è particolarmente significativo per comprendere quanto fosse radicato in Cile il problema costituente. Come è evidente dallo slogan utilizzato dai manifestanti, “*No es por 30 pesos, es por 30 años*”, non è possibile limitare tale evento a una reazione all'aumento del prezzo dei trasporti in quanto si è trattato di una risposta al malcontento della popolazione causato dall'origine autoritaria e illegittima della Costituzione del 1980, da un sistema economico neoliberista deficitario di diritti economici e sociali e da un sistema politico elitario, incapace di canalizzare le richieste popolari. La richiesta di una nuova Costituzione, infatti, non è recente, ma affonda le sue radici nella sanguinosa dittatura militare di Augusto Pinochet, nella mai realmente compiuta transizione alla democrazia e, soprattutto, nella concessa *Constitución Política* del 1980⁴². Quest'ultima, infatti, non è stata concepita come il prodotto di un patto sociale, ma come uno strumento volto ad ostacolare la capacità della politica democratica di trasformare alcune questioni, ritenute cruciali dalla dittatura, per il mantenimento di una data struttura socioeconomica e lo sviluppo di una specifica ideologia politica⁴³.

La mobilitazione sociale del 18 ottobre 2019 e l'accordo politico del mese successivo⁴⁴, hanno aperto, attraverso un referendum, la strada alla stesura di una nuova Costituzione. Al fine di evitare che il processo potesse essere legale ma non legittimo, perdendo così un'enorme opportunità storica e la possibilità di realizzare un percorso profondamente diverso dall'attuale situazione, sono stati previsti numerosi strumenti di partecipazione diretta, fin dalle prime fasi di funzionamento dell'organo costituente⁴⁵, prevedendo numerosi meccanismi riservati alle popolazioni indigene.

⁴⁰ C. HEISS, *La Constitución de 1980 como obstáculo a una ciudadanía democrática en Chile*, in S. Grez Toso, D. Opazo Ortiz, P. Vidal Molina (curr.), *Ciudadanías para la Democracia. Reflexiones desde la problemática constitucional y constituyente chilena del siglo XXI*, Santiago de Chile, 2018, 49.

⁴¹ A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Santiago de Chile, 2020, 9.

⁴² R. IANACCONE, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”: alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future, in *Nomos*, 1, 2021, 4.

⁴³ F. ATRIA, C. SALGADO, J. WILENMANN, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago de Chile, 2017, 37

⁴⁴ L'“*estallido social*” ha segnato l'inizio di un momento costitutivo nella storia cilena e ciò è dimostrato dal fatto che tutti i dispositivi che, fino a quel momento, avevano tenuto in piedi la “*Constitución tramposa*”, fornendo agli eredi del regime un veto per impedire un reale cambiamento costituzionale, improvvisamente svanirono e, il 14 novembre 2019, i rappresentanti della maggior parte dei partiti politici, ma non del governo e del Partito Comunista, si riunirono per decidere il futuro costituzionale del Paese. Le trattative si svolsero a porte chiuse e, dopo 15 ore di negoziati, il giorno seguente, il Presidente del Senato annunciò il raggiungimento di un accordo, l’“*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución*”, in cui si concordò di uscire dalla crisi realizzando la pace e la giustizia sociale attraverso un'inoppugnabile procedura democratica. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, cit., 28.

⁴⁵ G. DELAMAZA, *La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente*, cit.

In Cile, la centralità del ruolo di questi collettivi nel processo costituente è stata evidente fin dall'approvazione, il 21 dicembre 2020, della Ley 21.298 che ha previsto la presenza, all'interno della Convenzione Costituzionale, di 17 seggi a loro riservati⁴⁶. Anche i lavori costituenti sono stati orientati ad una piena partecipazione delle popolazioni originarie, che è andata oltre la presenza di loro rappresentanti nell'organo costituente⁴⁷, ed è stata predisposta un'apposita commissione, la nona, competente in materia di diritti dei popoli indigeni e plurinazionalità. Anche la Comisión *sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía* ha affrontato questo tema⁴⁸ — così come trasversalmente tutte le altre commissioni. Solo per riportare alcuni esempi, fin dall'inizio all'interno di quella competente in materia di sistema politico è stato possibile individuare un accordo su alcune questioni quali il riconoscimento della plurinazionalità, dei seggi riservati e dell'iniziativa indigena. Il principio di plurinazionalità è stato, altresì, trattato dalla Commissione Ambiente, come elemento da considerare all'interno del modello economico, e da quella competente in materia di giustizia che aveva stabilito che la funzione giurisdizionale sarebbe stata esercitata da «los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos indígenas» (art. 399-1).

Nonostante l'esito negativo del *plebiscito de salida* dello scorso 4 settembre – in cui il 61.89 % dei votanti si è espresso contro il testo elaborato nell'ultimo anno dalla Convenzione Costituzionale – la proposta di nuova Costituzione cilena resta l'ultimo testo costituzionale scritto in America Latina e pertanto si ritiene immutato il suo valore nell'analisi che si intende condurre in questo contributo.

La bozza dell'articolato costituzionale, sanciva che la democrazia in Cile sarebbe stata inclusiva e paritaria, esercitata in modo diretto, partecipativo, comunitario e rappresentativo e che lo Stato sarebbe stato regionale, plurinazionale e interculturale. Veniva redistribuito il potere a livello territoriale attraverso la creazione di regioni e comuni autonomi, nonché di autonomie territoriali indigene e territori speciali. È evidente, quindi, come rispetto ai casi trattati precedentemente, in questo testo venissero prese le distanze dalla tradizione centralista – frutto in Cile dell'evoluzione storica ma anche, e soprattutto, dell'assetto territoriale ereditato dalla dittatura. Inoltre, era stato deciso che «las entidades territoriales y sus órganos reconocen, garantizan y promueven en todo su actuar el reconocimiento político y jurídico de los pueblos y naciones preexistentes al Estado que habitan sus territorios; su supervivencia, existencia y desarrollo armónico e integral; la distribución equitativa del poder y de los espacios de participación política; el uso, reconocimiento y promoción de las lenguas indígenas que se hablan en ellas, propiciando el entendimiento intercultural, el respeto de formas diversas de ver, organizar y concebir el mundo y de relacionarse con la naturaleza; la protección y el respeto de los derechos de autodeterminación y de autonomía de los territorios indígenas, en coordinación con el resto de las entidades territoriales» (art. 151-10). Per quanto concerne, nello specifico, le “Autonomías Territoriales Indígenas”, queste erano descritte come entità territoriali dotate di personalità giuridica e di patrimonio proprio, in cui i

⁴⁶ R. IANNACCONE, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”: alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future, cit., 40

⁴⁷ Il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena*, approvato il 4 ottobre 2021, infatti, ha stabilito l'istituzione di un sistema di partecipazione e consultazione indigena in conformità con «le norme internazionali sui diritti umani dei popoli indigeni, che sono stabilite, tra le altre fonti del diritto internazionale, in quelle menzionate nel presente regolamento, che la Convenzione assume come sovrane» (art. 1). Si consenta il rinvio a R. IANNACCONE, *Dall'approvazione dei regolamenti all'inizio del dibattito sulle norme costituzionali: prosegue il lavoro della Convención Constitucional*, in *Nomos*, 3, 2021.

⁴⁸ La seconda Commissione, infatti, ha proposto norme, poi approvate dalla Plenaria, in materia di: plurilinguismo, riconoscendo che la lingua ufficiale cilena è il castigliano, ma che le lingue dei popoli indigeni saranno ufficiali nei loro territori; di *Buon Vivir*; e di emblemi, sancendo come emblemi nazionali la bandiera, lo stemma e l'inno nazionale, ma prevedendo che lo Stato riconosca i simboli e gli emblemi dei diversi popoli indigeni.

popoli e le nazioni indigene avrebbero esercitato diritti autonomi, in coordinamento con le altre entità territoriali componenti lo Stato regionale. Era stabilito, inoltre, che tramite una legislazione successiva sarebbe stata creata una procedura tempestiva, efficiente e trasparente per la costituzione delle Autonomie Territoriali Indigene, che avrebbe dovuto prevedere un processo di partecipazione e consultazione preventiva e che sarebbe stata avviata su richiesta dei popoli e delle nazioni indigene interessate, attraverso le loro autorità rappresentative. Sarebbero state disciplinate successivamente, altresì, le competenze esclusive di questi enti e quelle condivise con le altre entità territoriali.

Come si è visto, i casi ecuadoriano e boliviano, pur accomunati da una organizzazione statale decentrata, che rappresenta uno strumento di potere contro la disuguaglianza a favore dell'effettivo riconoscimento dei diversi settori sociali e della diversità etica e culturale⁴⁹, disegnano due diverse modalità di relazione tra gli enti territoriali indigeni e i loro abitanti, dei quali ad essere maggiormente effettivo è il secondo. In Cile, non era stata assunta nessuna decisione a tal proposito, lasciando questo arduo compito alla legislazione che sarebbe dovuta succedere all'entrata in vigore della Costituzione.

Se da un lato, il ruolo svolto dalle comunità originarie, nel processo costituente e nella fase precedente; la trasversalità, centralità e pervasività della "questione indigena"; e la definizione di principi quali il multiculturalismo, la plurinazionalità e la democrazia comunitaria – brevemente analizzati –, facevano ipotizzare la possibilità che si seguisse una strada simile a quella boliviana, ma all'interno di un disegno regionale, che a sua volta avrebbe potuto configurare relazioni inedite tra i diversi livelli di governo. Dall'altro, è innegabile che proprio una disciplina tanto profonda e trasversale della multiculturalità sia stata in Cile uno degli elementi che hanno portato alla mancata ratifica popolare del testo costituzionale proposto⁵⁰. Nel Paese, infatti, per quanto gli appartenenti alle popolazioni originarie rappresentino una percentuale consistente⁵¹, questa non è paragonabile a quella boliviana o ecuadoriana. Pertanto, decisioni come il pluralismo giuridico, la garanzia della rappresentanza negli organi collegiali dello stato e le "autonomie indigene" stesse hanno finito per essere utilizzate dagli oppositori al nuovo testo a loro vantaggio, descrivendole come una "mapuchizzazione dello Stato" che avrebbe costretto l'intera popolazione a sottomettersi alle decisioni della minoranza indigena.

⁴⁹ G. PAVANI, *El gobierno local. De los antiguos modelos europeos al nuevo paradigma latinoamericano*, cit.

⁵⁰ A proposito dei risultati del cd. "plebiscito de salida": T. GROPPPI, *Il Cile da un "plebiscito" all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022, visto dall'Italia*, in federalismi.it, 23, 2022; S. BAGNI, *"Era un gioco, non era un fuoco". Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in [DPCE online](http://DPCEonline.it), 3, 2022. Si consenta il rinvio a R. IANNACCONE, *"Cronache di una morte annunciata"? L'eredità del processo costituente cileno*, [Nomos](http://Nomos.it), 2, 2022.

⁵¹ Basti pensare che, secondo un censimento realizzato nel 2017, il 12.5% della popolazione se ne autodichiara parte.

María Guadalupe Imormino De Haro*

Analisi della protezione costituzionale locale delle popolazioni indigene e afro-discendenti in Messico da un approccio basato sui diritti umani: prospettive per un parlamento aperto?*

ABSTRACT: L'obiettivo del testo è analizzare, da un punto di vista dei diritti umani, la protezione concessa alle popolazioni indigene e afro-discendenti dalle costituzioni politiche locali dei 32 Stati che compongono gli Stati Uniti Messicani, al fine di determinare se il costituzionalismo locale abbia un impatto reale sullo sviluppo democratico, consentendo il riconoscimento e la garanzia dell'uguaglianza giuridica e della libertà basata sul riconoscimento delle differenze e dei bisogni di ciascuno dei gruppi che compongono la società – nel caso specifico dei gruppi indigeni e afro-discendenti. Di conseguenza, lo studio è condotto con una metodologia originale che mira a valutare l'integrazione dell'identità culturale dei popoli indigeni e afro-discendenti nel costituzionalismo locale messicano. La parte conclusiva del testo offre alcune riflessioni sullo stato attuale di implementazione dell'approccio basato sui diritti umani nel costituzionalismo locale e sulla sua eventuale istituzionalizzazione attraverso la figura del parlamento aperto.

The aim of this text is to analyse, from a human rights-based approach, the protection granted to indigenous and Afro-descendant people by the local political constitutions of the 32 states that make up the United Mexican States in order to determine whether local constitutionalism has a real impact on democratic development by allowing the recognition and guarantee of legal equality and freedom based on the recognition of the differences and needs of each of the groups that make up society -in the specific case of indigenous and Afro-descendant groups. As a consequence, the study is carried out using an original methodology that aims to evaluate the integration of the cultural identity of indigenous and Afro-descendant peoples in local Mexican constitutionalism. The concluding part of the text offers some reflections on the current state of implementation of the human rights-based approach in local constitutionalism and its eventual institutionalisation through the figure of the open parliament.

SOMMARIO:1. Introduzione – 2. Che cos'è l'approccio basato sui diritti umani e come analizzarlo nel caso concreto? – 3. Metodologia – 4. Principali risultati – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Negli ultimi anni, lo sviluppo del diritto costituzionale locale in Messico ha avuto un'impennata. Ne è prova il fatto che il riconoscimento dei diritti umani è diventato in alcuni casi più vasto nelle costituzioni locali che nella costituzione federale¹. Di conseguenza, si ritiene che un'analisi della protezione offerta dalle costituzioni locali alle persone indigene e afro-discendenti possa fornire

* Ricercatrice presso il Centro di Studi Costituzionali Comparati dell'Accademia Interamericana dei Diritti Umani dell'Università Autonoma di Coahuila.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Ci sono diversi esempi di espansione di alcuni diritti nel costituzionalismo locale messicano. Tuttavia, un esempio dell'espansione generale del catalogo dei diritti umani e delle loro garanzie è la Legge costituzionale sui diritti umani e le loro garanzie di Città del Messico (2019). Oltre a ciò, va segnalato il tentativo di generare una serie di carte dei diritti umani civili, politici, economici, sociali, culturali e ambientali nello Stato di Coahuila, che sono state emanate con il Decreto 193, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Governo dello Stato di Coahuila, il 21 gennaio 2022. Tuttavia, sono stati dichiarati nulli dal Tribunale costituzionale locale in quanto violavano i principi e le formalità essenziali della procedura legislativa stabiliti negli articoli 194 comma 2, 196 e 197 della Costituzione locale, in relazione agli articoli 159 e 160 della Legge organica del Congresso statale e 87, 98, 99 e 105, sezione V, 107 e 113 Bis-1, del Codice municipale dello Stato, che compromettevano il sistema di governo rappresentativo e democratico previsto dagli articoli 2 e 4 del testo costituzionale.

un resoconto delle buone pratiche, o evidenziare situazioni che dovrebbero essere prese in considerazione e quindi estrapolate, a livello locale, federale o addirittura internazionale.

2. Che cos'è l'approccio basato sui diritti umani e come analizzarlo nel caso concreto?

Per approccio basato sui diritti umani si intende l'analisi e l'attenzione ai problemi sociali sulla base delle disposizioni degli strumenti giuridici internazionali/regionali/nazionali applicabili in materia di diritti umani, dei loro principi e delle rispettive interpretazioni, con l'obiettivo di rispettarli a partire dall'impulso sociale, in particolare quello dei titolari dei diritti che dovrebbero/potrebbero trarre beneficio/affetto dalla decisione/intervento preso, principalmente attraverso tre meccanismi: 1) la loro integrazione nei processi politici e di programmazione, 2) la promozione dei diritti umani attraverso lo sviluppo di capacità per la loro appropriazione da parte dei titolari dei diritti e dei portatori di doveri, 3) la creazione di meccanismi di vario tipo – legislativo, amministrativo o giudiziario – per ritenere responsabili i garanti dei diritti umani².

Per una migliore comprensione dell'approccio ai diritti umani, proponiamo di dividere la sua analisi in due dimensioni: quella sostanziale e quella procedurale. La dimensione sostanziale si riferisce alla rilevanza dell'azione analizzata nel contribuire alla verifica di un diritto. In altre parole, nel caso specifico, la dimensione sostanziale valuta come le costituzioni locali contribuiscano alla verifica dei diritti dei popoli indigeni e afro-discendenti.

Quando parliamo di dimensione procedurale, ci riferiamo all'analisi della conformità delle fasi di qualsiasi processo pubblico con i principi dei diritti umani. In questo caso specifico, ci riferiremo alla conformità del processo legislativo di riforma costituzionale – iniziativa, discussione, approvazione, sanzione e pubblicazione – con i principi dei diritti umani – universalità, trasparenza e partecipazione –, cioè le garanzie procedurali minime che un processo legislativo rispettoso dei diritti umani deve osservare. In altre parole, la dimensione procedurale valuta se il modo in cui sono state sviluppate le fasi del processo legislativo di riforma costituzionale rispetta, promuove e garantisce i principi dei diritti umani applicabili.

3. Metodologia

La costruzione delle categorie e degli indicatori che compongono la dimensione sostanziale è stata realizzata attraverso l'analisi e la determinazione delle competenze specifiche attribuibili al legislatore locale in conformità con quanto previsto dall'articolo 2 della Costituzione politica degli Stati Uniti Messicani – relativo ai diritti delle popolazioni indigene e afro-discendenti –, e con la distribuzione delle competenze del legislatore federale e di quelli locali stabilita dagli articoli 73 e 124 dello stesso testo normativo. Di conseguenza, questa dimensione è composta da due categorie: organizzazione politica e accesso alla giustizia. La categoria "organizzazione politica" è costituita dai seguenti indicatori:

a) Riconoscimento delle forme di organizzazione interna

b) Riconoscimento delle forme di elezione delle autorità municipali, tramite usi e costumi, nel caso di municipi con una presenza maggioritaria di indigeni/ afrodiscendenti o/ Riconoscimento della rappresentanza proporzionale nel caso in cui questi siano una minoranza.

² M.G. IMORMINO DE HARO, *Transparencia y participación ciudadana ¿equivale a Gobierno Abierto? Estudio comparado de la política pública de Gobierno Abierto en España y México desde el enfoque de Derechos Humanos*, in J. Sierra Rodríguez, F. Reviriego Picón, J. Tudela Aranda (curr.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, Zaragoza, 2022.

c) Creazione di meccanismi legali per facilitare l'associazione dei comuni per affrontare problemi ricorrenti.

d) Istituzione di meccanismi che garantiscano la consultazione in caso di implementazione di misure che possono avere un impatto su di loro.

La categoria "accesso alla giustizia" è composta dai seguenti indicatori:

a) Istituzione come garanzia processuale dell'assistenza di un interprete o di un traduttore, quando l'imputato, la parte offesa, i testimoni o i periti non parlano o non comprendono sufficientemente la lingua spagnola.

b) Stabilimento di perizie culturali come prova in procedimenti giudiziari o amministrativi.

c) Riconoscimento della giurisdizione delle autorità tradizionali e ausiliarie.

d) Definizione di chiare competenze per le autorità tradizionali.

e) Considerazione dei loro usi, costumi, visione del mondo e caratteristiche in qualsiasi processo giudiziario o amministrativo.

Le categorie e gli indicatori che compongono la dimensione procedurale sono stati costruiti analizzando e determinando le implicazioni pratiche dei principi dei diritti umani per la verifica dei diritti delle popolazioni indigene e afro-discendenti nel processo legislativo. A tal fine, si è tenuto conto del fatto che, nel caso specifico dei popoli indigeni, il diritto alla consultazione e al consenso libero, preventivo e informato deve essere considerato come un obbligo dei poteri dello Stato quando si intendono realizzare azioni di qualsiasi natura che li riguardano. Ciò è previsto da diversi strumenti come la Convenzione n. 169 dell'OIL (articoli 6 e 15), la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Popoli Indigeni (articoli 2, 17, 19, 32, 36, 38) e la Dichiarazione Americana sui Popoli Indigeni (articoli 20, 23, 28 e 29).

Allo stesso modo, vale la pena notare che la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha descritto in dettaglio alcuni aspetti di questo diritto nella sentenza del caso del popolo indigeno Kichwa di Sarayaku contro l'Ecuador (2012). Stabilisce che «l'obbligo degli Stati di svolgere processi di consultazione speciali e differenziati quando devono essere toccati alcuni interessi delle comunità e dei popoli indigeni» (par. 165) «comporta l'obbligo di strutturare le proprie norme e istituzioni in modo tale che la consultazione con le comunità indigene, autoctone, native o tribali possa essere effettuata in modo efficace, in conformità con gli standard internazionali in materia... al fine di generare canali di dialogo sostenuti, efficaci e affidabili con i popoli indigeni nelle procedure di consultazione e partecipazione attraverso le loro istituzioni rappresentative» (par. 166). Inoltre, stabilisce che «questi processi di dialogo e di ricerca di accordi dovrebbero essere portati avanti fin dalle prime fasi dell'elaborazione o della pianificazione della misura proposta, in modo che i popoli indigeni possano realmente partecipare e influenzare il processo decisionale, in conformità con gli standard internazionali pertinenti» (par. 167). Diritti che, derivati da un'interpretazione complessiva del sistema giuridico messicano, possono essere estesi alla popolazione afro-discendente.

Questa dimensione è composta da tre categorie: universalità, partecipazione e trasparenza.

La categoria "universalità" è composta dai seguenti indicatori:

a) Predisposizione di modalità alternative/accorgimenti ragionevoli per l'accesso alle attività del processo legislativo da parte dei gruppi di popolazione più vulnerabili.

La categoria "partecipazione" è composta dai seguenti indicatori:

a) L'emissione di una convocazione pubblica

b) Diffusione in tempo utile e in termini comprensibili delle informazioni sull'oggetto della consultazione.

c) La definizione di scadenze e condizioni di partecipazione accessibili.

d) L'adeguatezza culturale della consultazione, in quanto condotta in conformità con gli usi, le tradizioni, la lingua, le procedure e i metodi decisionali delle popolazioni indigene e afrodiscendenti

e) La ricerca di un accordo

f) Il modo in cui sono stati affrontati o recepiti i dubbi/commenti dei partecipanti.

La categoria "trasparenza" è composta dai seguenti indicatori:

a) I documenti relativi al processo legislativo sono accessibili al pubblico.

b) I documenti relativi al processo legislativo sono facilmente accessibili.

c) I documenti relativi al processo legislativo utilizzano un linguaggio chiaro.

4. Principali risultati

Tra i principali risultati relativi alla dimensione sostanziale dell'approccio ai diritti umani nel costituzionalismo locale delle popolazioni indigene e afrodiscendenti, il 12,5% degli Stati – Guanajuato, Michoacán, Querétaro, e Tamaulipas – non riconosce i diritti delle popolazioni indigene e afrodiscendenti. Inoltre, nonostante l'articolo 2 della Costituzione federale riconosca gli stessi diritti ai popoli indigeni e alle comunità afro-messicane, solo il 15,6% – Coahuila, Ciudad de México, Guerrero, Oaxaca, e Veracruz – riconosce i diritti degli afrodiscendenti. Di conseguenza, si può notare un deficit nella tutela costituzionale locale dei diritti della popolazione afrodiscendente.

Nonostante ciò, la tutela dell'autonomia indigena viene attuata in ogni Stato in modo differenziato e quindi in misura diversa. Un esempio è che mentre il 78,12% delle costituzioni locali riconosce le forme di elezione delle autorità municipali tramite usi e costumi – Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, Stato del Messico, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas –, o riconosce la loro rappresentanza proporzionale nelle elezioni municipali – Città del Messico –, solo il 9% riconosce la giurisdizione delle autorità indigene – Oaxaca, San Luis Potosí e Città del Messico – e considera gli usi, i costumi, la cosmovisione e le caratteristiche dei popoli indigeni in qualsiasi processo giudiziario o amministrativo – Durango, Città del Messico, e Oaxaca – e solo il 6% stabilisce competenze specifiche per le autorità tradizionali – San Luis Potosí y Città del Messico –.

Altre questioni importanti relative ai suddetti aspetti che sono stati rilevati sono che il 53,1% delle costituzioni locali stabilisce come garanzia procedurale l'assistenza di un interprete o di un traduttore quando l'imputato, la parte offesa, i testimoni o i periti non parlano o non capiscono a sufficienza lo spagnolo – Campeche, Chiapas, Città del Messico, Coahuila, Chihuahua, Jalisco, Puebla, Guerrero e Sonora –, il 40% prevede meccanismi legali che facilitano l'associazione dei comuni per affrontare problemi ricorrenti – Campeche, Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Puebla, Guerrero, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco e Yucatán – e prevede meccanismi che garantiscano la consultazione con le popolazioni indigene quando le misure sono destinate ad avere un impatto su di loro – Campeche, Coahuila, Città del Messico, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sinaloa e Sonora –.

D'altra parte, va notato che non è stato possibile analizzare la dimensione procedurale dell'approccio basato sui diritti umani nel costituzionalismo locale. Questo perché nessuna delle costituzioni locali ha integrato sistematicamente i principi dei diritti umani nel processo legislativo. Ciò indica che, sebbene il costituzionalismo locale messicano abbia cercato di sviluppare e garantire ulteriormente i diritti umani, lo ha fatto senza considerare l'importanza dei diritti umani e dei loro principi nel processo legislativo. Di conseguenza, se dovessimo valutare l'approccio ai

diritti umani della protezione costituzionale locale delle popolazioni indigene e afro-discendenti in ogni Stato, nel migliore dei casi non supererebbe il 50%.

Tuttavia, rispetto a questo tema, è possibile evidenziare l'esistenza di un pronunciamento della Corte Suprema di Giustizia della Nazione nel ricorso di incostituzionalità 285/2020. La sentenza riguarda la validità della riforma dell'articolo 7 della Costituzione dello Stato di Coahuila per il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni e afro-messicani nello Stato di Coahuila. Sebbene non sia il suo obiettivo principale, questo caso ci fornisce un approccio a ciò che potremmo ancora indirettamente chiamare "l'interpretazione dell'approccio procedurale ai diritti umani" della Corte Suprema di Giustizia della Nazione.

Il primo punto da notare è che la riforma dell'articolo 7 della Costituzione dello Stato di Coahuila era finalizzata ad affrontare la sentenza del Tribunale elettorale dello Stato di Coahuila relativa al ricorso in materia elettorale e di partecipazione dei cittadini 41/2019. Questa sentenza deriva da una causa per la protezione dei diritti politico-elettorali dei cittadini, intentata dalla comunità indigena Kikapú contro l'assoluta omissione legislativa nel prevedere la figura del rappresentante indigeno davanti al Consiglio comunale in termini di disposizioni dell'articolo 2, sezione A, paragrafo VII, della Costituzione federale.

Il decreto n. 739 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 30 settembre 2020 ha aggiunto un terzo, un quarto, un quinto e un sesto paragrafo all'articolo 7 della Costituzione politica dello Stato di Coahuila de Zaragoza. In termini generali, queste aggiunte miravano a riconoscere i diritti di autodeterminazione e autonomia di tutti i popoli indigeni e afro-messicani insediati in Coahuila, in particolare garantendo libertà specifiche come il diritto di decidere le proprie forme interne di coesistenza e di organizzazione sociale, economica, politica e culturale, di scegliere le proprie regole, di preservare e arricchire le proprie lingue, di conservare e migliorare il proprio habitat e di eleggere i propri rappresentanti al comune, tra gli altri. Queste aggiunte all'articolo 7 della Costituzione dello Stato di Coahuila sono state contestate dalla Commissione nazionale per i diritti umani. La loro argomentazione si basava sul fatto che essi violavano il diritto alla consultazione preventiva dei popoli e delle comunità indigene e afro-messicane, poiché il processo legislativo che li ha generati non prevedeva una consultazione preventiva, libera, informata, culturalmente appropriata e in buona fede.

Nella sua sentenza, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione ha stabilito che non sono stati rispettati gli standard minimi di consultazione preventiva. Pur riconoscendo l'esercizio partecipativo organizzato dal Congresso di Stato per convocare e ascoltare i rappresentanti della comunità indigena Kikapú e afro-messicana Mascogos, la Corte Suprema sottolinea che accettare che una riunione durata un'ora e quattordici minuti costituisca una consultazione significherebbe denaturalizzare questo obbligo statale e il correlativo diritto specifico dei popoli e delle comunità indigene e afro-messicane. Oltre a ciò, afferma che la consultazione non può essere considerata valida perché limitata alle comunità indigene Kikapú e afro-messicane Mascogos, nonostante nello Stato di Coahuila ci siano più gruppi insediati nel suo territorio che il legislatore era obbligato a consultare preventivamente, dato che il contenuto della riforma tratta aspetti che potrebbero interessare direttamente l'intera popolazione indigena e afro-discendente nella misura in cui si concentra sul loro riconoscimento e sulla garanzia dei loro diritti. Ritiene inoltre che non si sia trattato di una consultazione informata o culturalmente adeguata, in quanto le comunità avevano una conoscenza limitata della portata della consultazione, né è stato preso in considerazione l'intervento delle comunità in conformità con i loro usi, tradizioni, lingua, procedure e metodi decisionali.

La sentenza della Corte Suprema sul ricorso di incostituzionalità 285/2020 è considerata un'interpretazione dell'approccio procedurale ai diritti umani, in quanto chiarisce che è importante che il contenuto e il processo di costruzione delle norme siano conformi con i diritti

umani. Sebbene si possa obiettare che la decisione si concentri su un gruppo specifico a cui è riconosciuto il diritto alla consultazione, la verità è che nulla impedisce che, fatte le debite proporzioni con ogni caso specifico che presenta un interesse pubblico o collettivo di importanza significativa per una determinata popolazione, si avvii un processo simile a quello che il legislatore è obbligato a svolgere nell'ambito dei popoli indigeni e afro-discendenti, come buona pratica per il funzionamento di un parlamento più trasparente e partecipativo, e quindi più aperto.

5. Conclusioni

Come si può notare, in questo caso è evidente la necessità di rendere operativi i diritti umani e i loro principi nel processo legislativo – soprattutto quelli di universalità, trasparenza e partecipazione –. Sebbene questa circostanza sia generalmente riconosciuta nelle questioni relative alle popolazioni indigene e afro-discendenti, la tendenza a rendere accessibile il processo legislativo ha assunto un'importanza maggiore attraverso quello che oggi è noto come parlamento aperto.

Il parlamento aperto è stato costruito come derivazione del paradigma dell'open government – appartenenti alla disciplina del management pubblico – e ha come principi trasversali la trasparenza e la partecipazione dei cittadini. In questo senso, si ritiene che, sulla base dello studio effettuato, sia stata individuata una finestra di opportunità per l'introduzione dei diritti umani in modo trasversale nel processo legislativo locale in generale, dato che la sua fattibilità è stata corroborata, almeno in parte, dallo studio specifico dei processi legislativi relativi alle popolazioni indigene e afro-discendenti. In altre parole, potremmo parlare della prospettiva di un parlamento locale aperto, che in considerazione dell'identità del quadro concettuale dei diritti umani e di governo aperto, non significa altro che legiferare con un approccio basato sui diritti umani. Tuttavia, poiché l'apertura istituzionale è una finestra di opportunità per promuovere l'integrazione dell'approccio ai diritti umani nel processo legislativo, può essere chiusa di fronte a cambiamenti nello scenario politico o sociale, il che significherebbe perdere l'opportunità di costruire un parlamento aperto per tutti e non solo per alcuni.

Katia Laffusa *

Declinare l'identità minoritaria *arbëreshë* sul territorio: radici ed innesti di pluralismo in ottica regionale e comunale **

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di riflettere sull'attuale ruolo dei processi di democrazia partecipativa nel sistema delle autonomie locali, con particolare riferimento all'ambito comunale e regionale in cui è radicata la minoranza linguistica "storica" *arbëreshë*. Nevralgico risulta il nesso tra identità culturale minoritaria e radicamento territoriale, al fine di comprendere come gli strumenti di democrazia partecipativa contribuiscono ad implementare la valorizzazione della minoranza nel prisma del pluralismo.

The aim of the paper is to reflect on the current role of participatory democracy processes in the system of local autonomies with particular reference to the municipal and regional context in which the *Arbëreshë* "historical" linguistic minority is rooted. The starting point is the link between minority cultural identity and territorial roots in order to understand how the tools of participatory democracy contribute to implementing promotion of the minority in the prism of pluralism.

SOMMARIO: 1. Identità minoritaria *arbëreshë* sul territorio: *who, what, when, where, why?* – 2. Territorio e autonomie locali – 3. Autonomia differenziata: effettività, territorio e democrazia *in fieri* – 4. Conclusioni

1. Identità minoritaria *arbëreshë* sul territorio: *who, what, when, where, why?*

Il dibattito in tema di minoranze linguistiche può essere ancora considerato un nodo caldo¹ per il costituzionalismo contemporaneo che ha il merito di interrogarci costantemente sulla rilevanza giuridica della diversità e del pluralismo.

Non solo, si tratta di un tema fortemente generativo: da qualsiasi prospettiva si analizzi, reca con sé riflessioni sempre nuove, che non sono e non possono essere solo giuridiche. Occorre cioè attingere ad altri saperi, dalla antropologia alla storia, dalla geopolitica alla etnologia, occorre "sporcarsi" in altre discipline, osare, essere studiosi meticci per vocazione.

"Minoranza" è poi un concetto dinamico (riguarda fenomeni umani che sfuggono a rigide classificazioni e che si adattano ai contesti e alle evoluzioni storiche e sociali) e relazionale, perché identitario e comunitario.

Un discorso *per* le minoranze e *con* le minoranze – variamente declinate – impone di adottare dunque un paradigma che ha una potenzialità dirompente poiché ci invita a ragionare in una prospettiva plurale e pluralistica allo stesso tempo, secondo uno schema "di comunità" e riconoscimento reciproco.

Del resto, discutere oggi di alterità – e l'attualità purtroppo ce lo dimostra – significa ancora intraprendere un percorso scosceso su un piano culturale, prima ancora che giuridico.

Sono tempi in cui la paura dell'altro e il rispetto tra i popoli sembrano affievolirsi.

Pertanto, riflettere sulla realtà degli *arbëreshë* può assumere oggi un significato ancor più pregnante.

Nel caso delle minoranze albanofone, malgrado la convivenza tra diversità e l'integrazione non sia stata sempre del tutto agevole, può ragionevolmente affermarsi che secoli fa non si intese l'arrivo di "altri" come una minaccia, bensì come una potenziale risorsa e come un valore.

* Dottoranda in Scienze dell'economia civile. Governance, istituzioni e storia, Università LUMSA di Roma.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ R. LOUVIN, Paolo Carrozza: *simpatia per le minoranze e sensibilità federalista* in [DPCE online](#), 2, 2021, 2400.

Al di là delle ragioni – peraltro controverse – sulle cause che storicamente diedero origine ai flussi migratori, la diaspora *arbëreshë*, quello che si definisce “*ghjaku i shprishur*” è una storia di ripopolamento ed accoglienza in territori spesso inospitali e difficili.

Gli *arbëreshë*, che arrivarono nelle regioni dell’Italia centro meridionale, in Calabria, Puglia, Molise, Basilicata ecc, erano, semplicemente, persone in movimento, con un bagaglio linguistico, culturale e religioso vivissimo. Hanno ripopolato borghi abbandonati e popolato zone inabitate, mantenendo nei secoli, e così tramandando di generazione in generazione, la lingua, gli usi e i costumi degli antenati. La storia degli *arbëreshë* è quindi storia del Meridione, storia d’Italia: «gli albanesi dell’Italia meridionale rappresentano l’esempio di un popolo nato da un trasferimento collettivo avvenuto storicamente e di cui si ha ricordo e traccia e che ha elaborato in cinque secoli un apparato di risposte culturali alla diaspora che rivelano la presenza di una continua ricerca della propria identità»².

Un crocevia di alterità che si è integrato, non senza sforzi, con il territorio circostante mantenendo vivo il proprio nucleo identitario. Anzi, è proprio la «indisponibilità a rinunciare a tale peculiarità, l’elemento che ha permesso loro di non essere assimilati dall’ambiente circostante»³.

Agli *arbëreshë* si deve, inoltre, il merito storico di aver rinvigorito e poi mantenuto per secoli il rito bizantino nell’ambito della Chiesa cattolica. L’Eparchia bizantina degli italo-albanesi può essere considerata in effetti un baluardo per la preservazione delle radici identitarie *arbëreshë*, su un piano religioso, etnico e linguistico.

Tuttavia, ed è doveroso rimarcarlo, negli anni ‘70 il destino delle comunità *arbëreshë* sembrava segnato: il silenzio del legislatore, il mancato interesse delle istituzioni locali, la collocazione in aree scheletrite d’Italia sia economicamente che socialmente, l’esiguità numerica in termini elettorali, l’irrelevanza strategica e la mancanza di organismi rappresentativi, indussero sociologi, linguisti ed antropologi a «prevedere una fine abbastanza prossima per queste realtà»⁴.

Inoltre, si registrava da un punto di vista culturale «un basso grado di consapevolezza delle stesse minoranze, il cui bisogno di identificazione comunitario era in forte riduzione»⁵.

Solo un lento recupero delle matrici identitarie, unito alla progressiva sensibilità e sensibilizzazione delle politiche pubbliche rispetto alla tutela delle minoranze ha scongiurato, faticosamente, il venir meno della minoranza *arbëreshë*.

L’antropologo Mario Bolognari a fine anni ‘80, interrogandosi sulla vicenda degli *arbëreshë*, utilizza un’espressione molto significativa: «le minoranze linguistiche (...) vanno intese come paralipomeni di una composizione pluriculturale?»⁶.

Colpisce l’uso del termine “paralipomeni” [dal lat. tardo *paralipomēna*, adattam. del gr. *παραλειπόμενα*, neutro pl. del part. pres. passivo di *παραλείπω* “tralasciare”].

È stato proprio questo “tralasciare”, omettere, lasciare indietro il cuore della vicenda degli albanesi d’Italia per un lungo periodo. Da questa consapevolezza occorre ripartire.

Tali considerazioni, che sintetizzano la complessità e al contempo il fascino e l’attualità del tema, sono le linee guida per una riflessione sull’attuale ruolo dei processi di democrazia partecipativa nel sistema delle autonomie locali, con particolare riferimento all’ambito comunale e regionale in cui sono radicate minoranze linguistiche “storiche” c.d. *arbëreshë*.

² M. BOLOGNARI, P. CARROZZA, F. ALTIMARI, *L’esilio della parola. La minoranza linguistica albanese in Italia. Profili storico-letterari, antropologici e giuridico-istituzionali*, Pisa, 1986, 105

³ MINISTERO INTERNO - UFFICIO CENTRALE ZONE DI CONFINE E MINORANZE ETNICHE - UFFICIO MINORANZE LINGUISTICHE, *Cultura e immagini dei gruppi linguistici di antico insediamento presenti in Italia*, Roma, 2001, 136.

⁴ M. BOLOGNARI, P. CARROZZA, F. ALTIMARI, *L’esilio della parola*, cit., 105

⁵ *Ibid.*, 52

⁶ *Ibid.*, 39

2. Territorio e autonomie locali

Il legame tra comunità minoritaria, cultura e territorio sarà il filo conduttore della presente riflessione.

La presenza di minoranze linguistiche in una certa area geografica può rivelarsi determinante in una prospettiva storica, culturale e politica. In molti casi, ne ha definito l'assetto istituzionale, i tratti del regionalismo e della autonomia, le competenze e le prerogative.

Esiste cioè un nesso inscindibile tra minoranza e identità culturale *nel* territorio e *per* il territorio: «va posto in risalto il vincolo che lega un determinato territorio alle collettività che convivono in esso, privilegiando con ciò la dimensione territoriale rispetto a quella etnica e la valenza politica del concetto di territorio»⁷.

Per cogliere a pieno le possibili prospettive evolutive in tema di rapporti tra autonomie locali, democrazia e territorio, occorre tener presente quanto segue: la minoranza di lingua albanese è stata tutelata e riconosciuta dall'ordinamento italiano per la prima volta dalla l.482/99.

Sino ad allora, la rilevanza giuridica era relegata a poche previsioni inserite negli Statuti delle Regioni di insediamento, ossia Calabria, Basilicata, Sicilia, Puglia; Molise, Abruzzo e Campania.

Come noto, si tratta di regioni a Statuto ordinario, ad eccezione della Regione Sicilia. La regione che conta l'insediamento più consistente è la Calabria, in particolare la provincia di Cosenza che consta di circa 35 comunità *arbëreshë*.

L'anatomia dei territori e la collocazione geografica consentono di fare alcune riflessioni. In primo luogo, si tratta di "comunità diffuse", numericamente esigue, perlopiù insediate nell'Italia meridionale o concentrate in una determinata area (caso degli *arbëreshë* di Calabria) o di "isole linguistiche" dislocate in un dato territorio regionale (caso di Greci in Campania e Villa Badessa in Abruzzo).

Ogni comunità, ovviamente, risente del contesto socioeconomico regionale di riferimento, dal quale dipendono anche aspetti legati a tutela, partecipazione, pluralismo ed effettività del processo democratico⁸.

Il baricentro in termini di partecipazione ed efficace declinazione della identità minoritaria sul territorio è costituito dagli enti locali, in particolar modo dai Comuni: «in fondo è sempre stata viva l'idea che il comune sia, come la famiglia, una cellula "naturale" di organizzazione sociale»⁹.

Essi possono essere considerati dei veri e propri avamposti in tema di tutela delle minoranze: sia in termini strettamente normativi¹⁰ che di effettività, essendo per antonomasia contesti "*di prossimità*", in cui le peculiarità culturali, linguistiche e storiche hanno un impatto e una estrinsecazione immediata.

Non a caso, è proprio il «radicamento territoriale il criterio prescelto dall'ordinamento italiano per la predisposizione di misure di protezione»¹¹ nel caso delle minoranze linguistiche.

La l. 482/99 infatti prevede una disciplina di zonizzazione, laddove fa «dipendere la tutela positiva delle minoranze linguistiche riconosciute dal loro radicamento geografico e collega il godimento di precisi diritti linguistici culturali alla previa delimitazione delle aree di insediamento tradizionale»¹².

⁷ A. RINELLA, *La shari'a in Occidente*, Bologna, 2020, 23.

⁸ V. PIERGIGLI, *Art. 6*, Roma, 2017,

⁹ R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?* in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Cavaleri*, Napoli 2016, 45 ss.

¹⁰ Art. 1 comma 3 D.P.R. 2 maggio 2001, n. 345, Regolamento di attuazione della legge 15 dicembre 1999, n. 482: «L'ambito territoriale e sub-comunale in cui si applicano le disposizioni di tutela di ciascuna minoranza linguistica storica previste dalla legge coincide con il territorio in cui la minoranza è storicamente radicata e in cui la lingua ammessa a tutela è il modo di esprimersi dei componenti della minoranza linguistica».

¹¹ V. PIERGIGLI, *Art. 6*, cit., 3.

¹² *Ibid.*, 72.

L'intera normativa ha come punto di riferimento le realtà comunali, sia nella fase "genetica" della individuazione della minoranza che nelle successive fasi di attuazione della tutela.

L'art. 3 infatti prevede la procedura finalizzata alla delimitazione geografica delle comunità minoritarie destinatarie della misure di tutela prevista dalla legge, stabilendo che la «delimitazione dell'ambito territoriale e subcomunale in cui si applicano le disposizioni di tutela delle minoranze linguistiche storiche é adottata dal consiglio provinciale, sentiti i comuni interessati, su richiesta di almeno il quindici per cento dei cittadini iscritti nelle liste elettorali e residenti nei comuni stessi, ovvero di un terzo dei consiglieri comunali dei medesimi comuni», oppure che «il procedimento inizia qualora si pronuci favorevolmente la popolazione residente, attraverso apposita consultazione promossa dai soggetti aventi titolo e con le modalità previste dai rispettivi statuti e regolamenti comunali».

In effetti, circoscrivendo l'area di tutela e valorizzazione all'ente comunale, il legislatore ha evitato di spostare il *discrimen* su un piano soggettivo, che fosse cioè concentrato sulla effettiva "appartenenza" alla minoranza.

Su questo punto, per esempio, tra i pareri relativi alla legislazione 482 nel 1999 si mette in luce la necessità che *venga individuato, in particolare agli articoli 2, 11 e 13, un criterio stabile per la definizione di "appartenente" alla minoranza linguistica tutelata, al fine di chiarire a quali condizioni venga data facoltà, ai soggetti interessati, di esercitare i diritti loro riconosciuti.*

Gli articoli 9, 10 e 11 poi riguardano la possibilità di uso delle lingue ammesse a tutela nei consigli comunali e negli altri organismi a struttura collegiale dell'Amministrazione, così come l'uso della stessa nella pubblicazione di atti ufficiali dello Stato, delle regioni e degli enti locali nonché l'uso orale e scritto negli uffici delle amministrazioni pubbliche.

Rimane, però, stabilito che solo gli atti e le deliberazioni redatte in lingua italiana producono effetti giuridici.

Una rapida lettura di tali previsioni rende evidente quanto i diretti interlocutori in tema di minoranze siano le istituzioni comunali, a partire dalla circostanza che ad essere identificati e ad autoidentificarsi come "minoranze linguistiche" siano proprio i Comuni.

Negli statuti di Comuni *arbëreshë* si leggono parole di pregio in tema di diversità, integrazione, pluralismo: ad esempio, l'art. 1 dello statuto del comune di Acquaformosa (CS) recita: «Acquaformosa è un Comune di origine albanese, custode geloso della sua lingua, della sua specifica cultura e delle sue tradizioni popolari e religiose»; l'art. 3 rubricato Origini dello Statuto comunale di Ururi (CB) stabilisce che «Il Comune di Ururi è di origine albanese. 2. La popolazione attuale è multietnica. 3. Il Comune tutela la lingua, le tradizioni ed il folklore *arbëreshë*; l'art 4 comma 3 dello Statuto del Comune di Rosciano (PE) stabilisce che 'il comune tutela il patrimonio etnico, culturale e religioso di Villa Badessa, unica comunità di origine albanese in Abruzzo, promuovendo iniziative volte alla conservazione e al recupero delle tradizioni, dei miti e dei riti»; nello Statuto del Comune di Civita (CS) si legge: «Il Comune di Civita ,la cui comunità è stata fondata da esuli albanesi alla fine del XV secolo, tutela il patrimonio culturale linguistico e religioso di cui l'individuo e la comunità sono espressione come etnia Italo albanese».

Sebbene negli anni si siano registrati tentativi di dialogo tra realtà comunali, in particolar modo tra quelle limitrofe, sia mediante la istituzione di Unioni di Comuni (ex art. 32 TUEL) che, soprattutto, mediante la intermediazione delle istituzioni scolastiche, associazioni culturali o di promozione sociale, ad oggi (sebbene le previsioni degli Statuti comunali siano abbondanti in tal senso) manca un organismo di coordinamento interregionale che coinvolga direttamente le realtà comunali albanofone presenti in Italia (che sia una rete o un organismo maggiormente istituzionalizzato).

Si tratta di una possibilità prevista e incoraggiata dalla stessa l. 482/99: «laddove invece le minoranze linguistiche si trovino in territori regionali o provinciali diversi è prevista la possibilità di

costituire organismi di coordinamento e di proposta, che gli enti locali interessati hanno facoltà di riconoscere»¹³.

In effetti, la previsione di un meccanismo rappresentativo e al contempo di coordinamento interregionale (previsto dall'art. 3 comma 3 l. 482/99) tra gruppi linguistici omologhi presenti nelle varie regioni potrebbe creare efficaci moduli di raccordo e confronto tra realtà minoritarie eterogeneamente dislocate, e quindi implementare le potenzialità di sviluppo delle monadi comunali e, in un'ottica più ampia, favorire il dialogo e la collaborazione tra le Regioni.

Questo genere di iniziativa potrebbe rivelarsi utilissima, proprio alla luce della non omogenea distribuzione territoriale della minoranza *arbëreshë* sul territorio: si è detto che molti Comuni sono isolati e, in molti casi, rappresentano nel territorio regionale le uniche comunità di minoranza.

Una soluzione di questo tipo potrebbe essere proficua al fine di addivenire ad iniziative condivise in termini di valorizzazione e tutela della cultura minoritaria, in un'ottica di effettività e partecipazione ma anche di conoscenza reciproca delle realtà minoritarie. La partecipazione, la conoscenza e la contaminazione sono garanzia di effettività della democrazia e del pluralismo.

3. *Autonomia differenziata: effettività, territorio e democrazia in fieri*

L'ordinamento regionale è un terreno fertile per ulteriori riflessioni e *variazioni sul tema* delle minoranze linguistiche.

Come noto, il trattamento differenziato di gruppi di cittadini in ragione di caratteristiche linguistico-culturali è un dato di fatto nell'ordinamento italiano. L'autonomia speciale di alcune regioni italiane rappresenta in effetti l'estrinsecazione di quel processo di «finalizzazione della regionalizzazione anche alle esigenze di tutela minoritaria mediante il riconoscimento di particolari regimi di autonomia politica a enti territoriali, i cui confini sono stati disegnati in modo che la minoranza costituisse entro di essi la maggioranza della popolazione»¹⁴.

Al contrario, in casi in cui tale situazione non è ipotizzabile per varie ragioni, la finalizzazione della autonomia territoriale non è direttamente tesa a tutelare la minoranza.

Si è avuto modo di evidenziare come la minoranza *arbëreshë* sia dislocata in varie regioni (Calabria, Abruzzo, Campania, Basilicata, Puglia e Molise) tutte a statuto ordinario, ad eccezione della Regione Sicilia. Al di là delle previsioni statutarie e delle leggi regionali in tema di minoranze, cui va riconosciuto un ruolo fondamentale in tema di valorizzazione ed effettività della tutela minoritaria, potrebbe essere interessante ripensare alle potenzialità – talvolta inesprese – del regionalismo italiano.

Alla luce di queste premesse, è possibile interrogarsi sul ruolo delle Regioni nell'alveo della c.d. differenziazione regionale prevista dalla Costituzione dall'art. 116 comma 3 Cost che fa riferimento a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia».

Tale strumento, al di là del riparto di competenza concorrente, consentirebbe alle Regioni a statuto ordinario, di poter ampliare il raggio di competenze e prerogative in tema di minoranze linguistiche.

L'art. 116, comma 3 della Costituzione prevede che con legge dello Stato possano essere attribuite a singole Regioni ordinarie «*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*» relativamente alle materie di competenza concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost. nonché a tre materie di competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, Cost. (organizzazione della

¹³ Art. 3 c. 3 legge 482/99

¹⁴ P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2019, 909.

giustizia di pace, norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Proprio la eterogeneità delle materie, alcune delle quali – si pensi per esempio alla tutela dell'ambiente e dei beni culturali, istituzioni scolastiche, governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali – potrebbero essere canali opportuni per armonizzare minoranze linguistiche, cultura e territorio.

Iniziative volte ad ottenere una maggiore autonomia regionale in termini ambientali e di valorizzazione dei beni culturali potrebbero essere significative per le comunità minoritarie. Collegare territorio e cultura minoritaria a temi quali ambiente, ecosistema, beni culturali, consentire in tal senso una maggiore gestione interna alle Regioni, potrebbe fungere da sprone per una rivitalizzazione dei territori in termini culturali, sociali, di sviluppo socioeconomico e, da ultimo, turistico.

In effetti, la effettiva sopravvivenza di una minoranza e di mantenimento in vita della comunità passano anche e soprattutto per la concreta possibilità di sviluppo socioeconomico dei territori, onde evitare lo spopolamento e la perdita di risorse. In tal senso, una serie di interventi regionali multidimensionali nelle materie interessate dalla autonomia differenziata potrebbero sortire effetti diretti sul piano identitario e culturale attraverso iniziative volte a evitare fenomeni quali spopolamento, depauperamento delle risorse umane, economiche e culturali delle comunità.

Al di là di queste considerazioni, occorre rimarcare che in linea generale, l'introduzione di tale articolo con la riforma costituzionale del 2001, ha segnato un punto di svolta nel panorama del regionalismo contemporaneo.

Il c.d. regionalismo “a richiesta”¹⁵ prevede *in primis* la richiesta della Regione interessata che, sentiti gli enti locali, addivenga ad una intesa con lo Stato; successivamente interviene la legge di approvazione, adottata a maggioranza assoluta dal Parlamento. Si tratta dunque di una legge rinforzata approvata a seguito di una intesa intercorsa tra Stato e Regione.

Affinché questo meccanismo funzioni, è necessario che il Governo e la Regione raggiungano un'intesa, la quale, dunque, è propedeutica alla approvazione del disegno di legge.

A ben vedere, si tratta dunque di una procedura che coinvolge allo stesso modo Governo, Parlamento e Regioni.

La “clausola di differenziazione” presenta alcune criticità, evidenziate a più riprese in dottrina, relative alle modalità procedurali di attuazione, nonché rispetto alle similarità con le autonomie speciali per «matrice, calco concettuale e costituzionale»¹⁶: ad esempio, appare evidente come «la natura pattizia delle relazioni tra Stato e regioni differenziabili sia la stessa che caratterizza i rapporti tra Stato e regioni speciali»¹⁷.

Tuttavia, il principio negoziale della differenziazione non è perfettamente sovrapponibile a quello della specialità. Nella differenziazione si ha un rapporto non di parità tra Regione e Governo, a differenza di quanto accade nel caso della specialità in cui i rapporti sono invece paritari.

L'art 116 Cost., alla luce di questa seppur breve ricostruzione, rappresenta una potenzialità e allo stesso tempo una criticità del nostro sistema costituzionale, poiché richiede di rinvenire un

¹⁵ Come si sa è da oltre un decennio che alcune regioni hanno cercato di avviare questa sperimentazione, capeggiate nel 2007 dalla Lombardia e nel 2017 dal Veneto, cui si sono subito allineate la Lombardia e l'Emilia-Romagna. Entrambe le fasi sono maturate alla fine della legislatura nazionale, dando luogo nella prima occasione al cosiddetto d.l.l. Lanzillotta, nella seconda ai tre Accordi preliminari sulla autonomia differenziata, stipulati dal Governo con ciascuna regione interessata. Tre Regioni non hanno ancora approvato formalmente tale mandato, ma hanno assunto iniziative preliminari che in alcuni casi hanno condotto all'approvazione di atti di indirizzo (Basilicata, Calabria, Puglia). Infine, due Regioni (Abruzzo e Molise) non hanno avviato iniziative formali per l'avvio della procedura.

¹⁶ F. PALERMO, *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, in federalismi.it, 15, 2019, 7.

¹⁷ *Idem*.

equilibrio tra spinte regionalistiche, cooperazione, istituzioni e politica: autonomia, del resto, è un concetto *relazionale*¹⁸. La sua concreta attuazione, inoltre, induce a ripensare alla Regione come ente propulsore di dinamiche anche e soprattutto politiche, che rivendica un ruolo ulteriore “di differenziazione” alla luce delle proprie caratteristiche, una delle quali, dunque, potrebbe essere la presenza di minoranze linguistiche storicamente riconosciute.

Del resto, la differenziazione delle competenze è un tratto fisiologico degli ordinamenti, poiché le istituzioni e l’organizzazione territoriale ed amministrativa devono poter rispondere a quella naturale esigenza di diversità e conseguenziale differenziazione, nella misura in cui a differenti situazioni devono poter corrispondere soluzioni istituzionali, amministrative e legislative diverse: «l’autonomia dei livelli territoriali di governo comporta inevitabilmente una diversificazione degli ordinamenti territoriali che devono corrispondere agli interessi e ai bisogni delle comunità che insistono in quei territori e che devono tenere conto delle peculiari connotazioni dei territori stessi, della loro identità, della loro conformazione geografica, delle loro condizioni socio-economiche e antropologiche»¹⁹.

Al di là della opportunità di utilizzare l’autonomia differenziata come strumento di valorizzazione dell’identità culturale minoritaria, occorre rimarcare come essa possa contribuire in termini di effettività, democrazia e pluralismo, estrinsecandosi in iniziative che hanno come punto nevralgico il territorio: dall’urbanistica all’architettura, dalla tutela del paesaggio e dei centri storici alla disciplina del turismo e della produzione artigianale, il baricentro risiede nella valorizzazione delle peculiarità identitarie delle comunità minoritarie.

4. Conclusioni

Aver intrecciato il tema della identità culturale minoritaria, il suo radicamento territoriale a quello del *Rule of Law* in un’ottica di democrazia e pluralismo induce a riflettere su un dato: la irripetibilità della persona e la dignità della diversità hanno una innegabile rilevanza giuridica e le istituzioni hanno il dovere di prendersene cura.

Del resto, «le istituzioni sono fatte di persone, e sono in definitiva le persone che dovrebbero essere investite dai doveri morali di promuovere dai capacità umane»²⁰. Ebbene, è di questo che si tratta: «tra gli obiettivi del costituzionalismo contemporaneo, infatti, accanto alla lotta per l’uguaglianza e per il riequilibrio delle situazioni di svantaggio vi è la valorizzazione delle differenze che vanno opportunamente riconosciute e regolamentate da diritto»²¹.

Riconoscere giuridicamente le differenze significa dare valore alla diversità umana. Le comunità minoritarie si nutrono di territorio, si sviluppano in una ragnatela di istituzioni, più o meno prossime, che si fanno carico delle peculiarità linguistico-culturali.

La riflessione sulle potenzialità in termini di partecipazione e democrazia delle realtà territoriali, comunali e regionali evidenzia l’intreccio indissolubile tra cultura e territorio e mostra quanto il diritto abbia un carattere necessariamente multidimensionale. Del resto, l’esistenza di meccanismi di coordinamento interregionali potrebbe rivelarsi un crocevia di competenze e sensibilità culturali

¹⁸ La nozione di autonomia «mutuata dal diritto civile ed elaborata dalla dogmatica europea continentale a cavallo tra XIX e XX secolo, (...) significa. In generale, la libertà di decisione che spetta a qualunque soggetto individuale o collettivo, pubblico o privato, entro i limiti che gli sono consentiti dall’ordinamento e dunque rispetto al soggetto titolare della sovranità; autonomia è un concetto relazionale, che indica la sfera di attribuzioni proprie di ciascun soggetto in relazione a un ordinamento più generale di cui il soggetto autonomo fa parte». P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia*, cit., 902.

¹⁹ F. PASTORE, *La crisi del modello duale di regionalismo in Italia* in federalismi.it, n. Speciale 7, 2018, 288.

²⁰ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007, 325.

²¹ V. PIERGIGLI, *Art. 6*, cit., 3.

differenti, che dà vita ad un pluralismo di idee e progetti e al contempo consente la condivisione sì di criticità ma, soprattutto, di soluzioni e visioni comuni. Il regionalismo differenziato, a sua volta, consentirebbe di intraprendere iniziative in ambiti di stretto interesse per le comunità minoritarie, in un'ottica di sviluppo socioeconomico nonché culturale dei territori.

Per riprendere (e stravolgere) una terminologia utilizzata in un saggio da Marc Augé, le comunità minoritarie sono “non luoghi”: quando si arriva in uno dei Comuni *arbëreshë*, non si trova solo un territorio da ammirare, persone da conoscere, una lingua diversa da ascoltare e parlare, ma una propria e peculiare visione del mondo, figlia di residui di storie antiche, spiritualità, parole nuove, mescolanze: l'esempio concreto, vivente e vigoroso che la diversità è un valore da custodire e, al contempo, da donare al mondo.

Edin Skrebo*

La Bosnia ed Erzegovina e il recente tentativo di modifica unilaterale dell'assetto federale: alla ricerca di una quadra tra stato di diritto e autonomie locali**

ABSTRACT: Dopo il 1989, nell'ambito dei processi di state-building, il federalismo è stato utilizzato come uno dei possibili strumenti di ricomposizione dei conflitti di tipo etnico e identitario. Con la firma del General Framework Agreement for Peace nel 1995, anche in Bosnia ed Erzegovina è stato introdotto un particolare tipo di ordinamento federale: dove l'elemento territoriale viene fortemente influenzato da quello etnico e viceversa. Oggi, a distanza di un quarto di secolo, tale ordinamento sembra essere minacciato dalla volontà della Republika Srpska – una delle due Entità che compongono lo Stato federale – di apportare delle modifiche unilaterali al riparto delle competenze. Questo testo cerca di esaminare la fattibilità e le possibili conseguenze di un tale tentativo rispetto alla tenuta dello stato di diritto ed ai rischi di una possibile involuzione di carattere identitario.

After 1989, within state-building processes, federalism was used as one of the possible instruments for the resolution of ethnic and identitarian conflicts. With the signing of the General Framework Agreement for Peace in 1995, a particular type of federal system was also introduced in Bosnia and Herzegovina: where the territorial element is strongly influenced by ethnicity and vice versa. Today, a quarter of a century later, this order seems to be threatened by the attempt of Republika Srpska - one of the entities that make up the federal State - to make unilateral changes to the division of competence. From a constitutional point of view, this text seeks to examine the feasibility and possible consequences of such an attempt with respect to the maintenance of the Rule of Law and with respect to the risks of a possible involution of an identitarian-based character.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il riparto di competenze nell'ordinamento costituzionale della Bosnia ed Erzegovina: uno sguardo – 3. La cessione delle competenze alle istituzioni centrali dello Stato – 4. Il tentativo unilaterale di modifica del riparto di competenze da parte dell'Assemblea nazionale della Republika Srpska – 5. Quindi, dove va la Bosnia ed Erzegovina?

1. Introduzione

Durante l'ultimo quarto di secolo, la comunità internazionale, nell'ambito dei processi di *state-building*, ha fatto ricorso, in più occasioni, al federalismo quale possibile strumento di ricomposizione dei conflitti di tipo identitario¹. Infatti, un assetto federale permette di assicurare al contempo un discreto grado di autonomia (territoriale, politica e culturale) per i vari gruppi presenti sul territorio e favorisce la coabitazione degli stessi all'interno di una cornice statale comune². Inoltre, questo modello può essere concepito non solo come una possibile soluzione tecnico-costituzionale di ripartizione del potere fra centro e periferia, ma anche come una espressione delle costituzioni garantiste di tipo liberale³. Questi elementi di rafforzamento della democrazia attraverso il federalismo sono, per esempio, la divisione verticale dei poteri tra Stato federale e Stati membri, la maggiore e più ampia partecipazione dei cittadini alle istituzioni

* Dottorando di ricerca in Law and Pluralism, Università degli Studi di Milano-Bicocca e Union University Belgrade Faculty of Law.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ S. WOLFF, *Cases of Asymmetric Territorial Autonomy*, in M. Weller, K. Nobbs (cur.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, Philadelphia, 2010, 17.

² J. WOELK, F. PALERMO, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2021, 345-357.

³ Sul rapporto tra democrazia e liberalismo si rimanda al saggio: N. BOBBIO, *Liberalismo e Democrazia*, Milano, 2006, *passim*.

politiche grazie al decentramento, oltre che la maggiore garanzia per le minoranze e quindi un terreno più fertile per il pluralismo politico.

Come tale, il federalismo è un fenomeno dinamico e, in una certa misura, malleabile rispetto alle caratteristiche specifiche del Paese in cui può essere introdotto. Per questa ragione, tale soluzione è stata adottata anche in Bosnia ed Erzegovina al momento della stesura e della firma del *General Framework Agreement for a Peace in Bosnia and Herzegovina*⁴, maggiormente noto come Accordo di pace di Dayton. Due erano gli obiettivi che la comunità internazionale (guidata dall'amministrazione statunitense)⁵ voleva raggiungere in Bosnia ed Erzegovina nel dicembre del 1995. Il primo, ed il più urgente, era la cessazione immediata del conflitto; il secondo, di lungo termine, doveva essere la creazione di una struttura statale in grado di garantire delle istituzioni stabili e funzionali nel quadro di un ordinamento federale⁶.

A ventisei anni dalla firma di tale documento, tuttavia, appare chiaro che l'Accordo è stato certamente in grado di porre fine alle ostilità armate, ma un simile successo non può dirsi raggiunto anche per quanto riguarda il secondo e più ambizioso progetto. La conferma di questa ultima affermazione, infatti, deriva dall'ennesima crisi istituzionale che si sta consumando in Bosnia ed Erzegovina dall'inverno del 2021.

La questione al centro della recente crisi istituzionale e che si vorrebbe qui tentare di illustrare può essere riassunta – in maniera stringata – con la volontà della *élite* politica della *Republika Srpska* di apportare significative modifiche, in maniera unilaterale, all'attuale riparto delle competenze tra Stato centrale ed Entità federate in favore di queste ultime o, meglio, a favore della sola Entità a maggioranza serbo-bosniaca⁷.

In questa sede si illustreranno le implicazioni ordinamentali e le incongruenze costituzionali che potenzialmente affliggono gli atti adottati della Assemblea nazionale della *Republika Srpska* con l'intento di rivedere in maniera unilaterale il riparto delle competenze. Tale analisi dovrebbe

⁴ V. il testo dell'[Accordo di pace di Dayton](#) alla pagina web dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza: *Ex multis* per approfondimenti, si rimanda a: D. PEHARA, *Peace and War: Bosnia and Herzegovina, post-Dayton*, Budapest, 2019, 12-35; P. LEROUX-MARTIN, *Diplomatic Counterinsurgency, Lessons from Bosnia and Herzegovina*, Cambridge, 2021; C. SOLIOZ, *Dayton and Beyond. Perspectives on the Future of Bosnia and Herzegovina*, Baden-Baden, 2004; A. JEFFREY, *The Improvised States. Sovereignty, Performance and Agency in Dayton Bosnia*, Hoboken, 2012, 41-70.

⁵ Le trattative per il raggiungimento di un accordo di pace si sono tenute a porte chiuse presso la base aeronautica di Wright-Patterson di Dayton, negli Stati Uniti d'America. Le sessioni di incontro hanno avuto luogo a partire dal 10 sino al 21 novembre del 1995. Ai colloqui di pace hanno partecipato i principali esponenti politici e istituzionali della regione: il presidente della Repubblica di Bosnia ed Erzegovina, Alija Izetbegović; Slobodan Milošević, presidente della Repubblica Federale di Jugoslavia, e rappresentante degli interessi dei serbo-bosniaci; il Presidente della Croazia Franjo Tuđman e alcuni rappresentanti politici dei croato-bosniaci. Le trattative sono state coordinate e condotte da Richard Holbrooke, vicesegretario di Stato degli Stati Uniti d'America. L'accordo di pace è stato firmato a Parigi il 14 dicembre del 1995. Per approfondimenti sul tema delle trattative svolte a Dayton si rimanda a: R. HOLBROOKE, *To End a War*, New York, 1999; I. H. DAALDER, *Getting to Dayton. The Making of America's Bosnia Policy*, Washington, 2000; D. CHOLLET, *The Road to the Dayton Accords. A Study of American Statecraft*, London, 2016.

⁶ Sul punto: J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?* Padova, 2008, *passim*; L. MONTANARI, *La complessa soluzione istituzionale adottata in Bosnia ed Erzegovina: finalità ed effetti nel tempo*, in A. Cosentino, A. Tarantino (cur.), *Luoghi strani. Dislocazioni e spostamenti dell'espressione e del significato nelle società illiberali nel Novecento*, numero monografico di [România orientale](#), 30, 2017, 153-172; P. NIKOLIĆ, *La transizione costituzionale nella ex-Jugoslavia*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003, 161-196; D. BATAVELJIĆ, *Mutamenti giuridico-costituzionali nei Paesi in transizione con particolare riferimento ai Paesi dell'ex- Jugoslavia*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo*, cit., 197-210; K. TRNKA, *Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovina*, in *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 11, 2009, 45-71; P. GÉLARD, *Actualité constitutionnel en Europe de l'Est*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 18, 1995, 863; S. YEE, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, in [European Journal of International Law](#), 7, 1996, 176-192; P. GAETA, *The Dayton Agreement and International Law*, *ibid.*, 149-162.

⁷ Si veda la nota 12.

permettere anche di mostrare come in Bosnia ed Erzegovina la marcata autonomia delle Entità – pensata come soluzione per disinnescare la conflittualità tra i gruppi etnici presenti nel Paese e come mezzo per garantire l’unità statale nella diversità dei suoi elementi etnici e territoriali – si stia dimostrando una “minaccia” per lo stato di diritto e per la democrazia.

Infatti, il vigente assetto etnico-federale su cui si basa questa autonomia non sta contribuendo – come inizialmente prospettato ed auspicato in sede di redazione costituzionale – alla (ri)costruzione di una democrazia pluralista, ma viene pericolosamente usata da parte di una certa classe politica per accentuare le divisioni all’interno della società multietnica della Bosnia ed Erzegovina, minacciando una deriva di stampo identitario che cerca di fondere l’unità del gruppo etnico e del territorio sulla base di un «nazionalismo di stampo etnico»⁸.

2. Il riparto di competenze nell’ordinamento costituzionale della Bosnia ed Erzegovina: uno sguardo

Con la firma del *General Framework Agreement for Peace* nel dicembre del 1995, la Bosnia ed Erzegovina ha ricevuto una nuova Costituzione⁹, quale IV allegato all’accordo di pace. Il Testo costituzionale, pur sancendo la continuità legale dello Stato, come riconosciuta nel 1992 in seguito alla proclamazione d’indipendenza dalla Jugoslavia¹⁰, ha stabilito un nuovo assetto interno. Di fatti, il Paese è stato organizzato su base federale, composto da due Entità territoriali distinte¹¹: la Federazione di Bosnia ed Erzegovina, con una popolazione a prevalenza bosgnacca e croata¹² e la *Republika Srpska*, abitata prevalentemente da bosniaci di etnia serba¹³. A queste due Entità dal 2000 si è aggiunta anche una terza unità territoriale: il Distretto di Brčko¹⁴.

La nuova Costituzione non ha riconosciuto solamente una divisione territoriale, ma anche una partizione di carattere etnico. Infatti, nel preambolo della Carta è stata riconosciuta la presenza di tre principali gruppi etnici (bosgnacchi, serbi e croati), denominati “popoli costitutivi”. A cui si aggiungono gli “Altri”, cioè le altre minoranze etniche o coloro che semplicemente non vogliono definirsi come affiliati ad uno dei tre principali gruppi etnici. L’assetto territoriale sopra descritto e questa stringente divisione etnica hanno portato alla creazione di un particolare assetto federale

⁸ S. KEIL, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Farnham, 2013, 54.

⁹ Tale Costituzione andava a sostituire la precedente Costituzione della Repubblica della Bosnia ed Erzegovina, adottata nel marzo del 1993.

¹⁰ Art. I, par. 1, Cost. Bosnia ed Erzegovina, «*The Republic of Bosnia and Herzegovina, the official name of which shall henceforth be "Bosnia and Herzegovina", shall continue its legal existence under international law as a state [...]. It shall remain a Member State of the United Nations and may as Bosnia and Herzegovina maintain or apply for membership in organizations within the United Nations system and other international organizations*». Sul punto, si rimanda a: A. PELLET, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples*, in *European Journal of International Law*, 3, 1992, 178-185.

¹¹ Art. I, par. 2, Cost. Bosnia ed Erzegovina.

¹² Sulla base dei dati forniti dall’Agenzia per la statistica della Bosnia ed Erzegovina, risalenti al censimento del 2013, la popolazione della Federazione di Bosnia ed Erzegovina è composta per il 70,4% da bosgnacchi, per il 22,4% da croati, per il 2,5% da serbi ed un 4,6% da Altri. Si tratta, rispettivamente, di oltre un milione e mezzo di bosgnacchi (1.562.372), 497.883 croati, poco più di cinquantamila serbi (56.550) e 102.415 Altri. I dati qui riportati e nella nota successiva possono essere consultati al seguente *link*: <http://www.statistika.ba>, ultimo accesso giugno 2022.

¹³ La popolazione della *Republika Srpska* è così suddivisa: 1.001.299 serbi, che costituiscono l’81,5% della popolazione dell’entità; 171.839 bosgnacchi, che costituiscono il 14% della popolazione ivi residente; 29.645 croati (2,4%) e 25.640 Altri, il 2,1 % della popolazione dell’Entità.

¹⁴ Per approfondimenti sulla storia e lo *status* giuridico del Distretto di Brčko si rimanda a: M. KARNAVES, *Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina: a Model for the Region and Other Postconflict Countries*, in *American Journal of International Law*, 97, 1, 111-131.

ed istituzionale strettamente collegato a logiche di carattere etnico¹⁵. Questa struttura, nelle intenzioni dei costituenti, avrebbe dovuto garantire una posizione paritaria ai tre principali gruppi etnici presenti nel Paese.

Per quanto riguarda il riparto di competenze, invece, la Costituzione ha sancito che le istituzioni statali sono titolari di competenze settoriali determinate, mentre alle Entità spettano le competenze residuali, come avviene nella maggior parte degli stati federali. Tuttavia, l'ordinamento bosniaco-erzegovese è contraddistinto da istituzioni statali con competenze "sottodimensionate"¹⁶ rispetto a quelle residuali degli organi periferici.

Scorrendo il disposto dell'art. III della Costituzione, al primo paragrafo, vengono elencate le materie di competenza esclusiva delle istituzioni centrali dello Stato, distinte in due macrocategorie: da una parte, le competenze esterne e, dall'altra, quelle interne. Nel primo gruppo rientrano: (a) la politica estera, (b) la politica commerciale estera, (e) il rispetto degli impegni internazionali assunti dallo Stato, (g) le relazioni con l'Interpol e (h) l'istituzione ed il funzionamento dei mezzi di comunicazione internazionali. Alla categoria delle competenze statali interne, invece, appartengono: (c) la politica doganale, (d) la politica monetaria, (f) la politica sull'immigrazione, i rifugiati ed i richiedenti asilo, (i) la regolazione dei rapporti tra le Entità federali che compongono lo Stato federale ed (j) il controllo dello spazio aereo.

Tuttavia, fin dall'instaurazione delle prime istituzioni statali, avvenuta nel 1996, era emersa l'inadeguatezza dei poteri e delle competenze delle istituzioni centrali rispetto all'obiettivo di creare *ex novo* un ordinamento statale stabile ed efficace¹⁷. In particolare, il maggiore ostacolo per il rafforzamento di queste istituzioni statali proveniva proprio dalla forte posizione che le Entità¹⁸ si erano ritagliate durante la guerra. Tanto che all'articolo III della Costituzione, paragrafo due, lettere a) e d), veniva prevista la possibilità per le Entità di stabilire «*parallel relationships with neighboring states*»¹⁹ e la capacità di sottoscrivere accordi con le organizzazioni internazionali²⁰.

In un contesto del genere, dove i poteri dello stato erano minimi e ben definite, mentre quelli delle Entità piuttosto ampi, apparve immediatamente necessario accrescere il novero delle competenze delle istituzioni centrali, al fine di ricostruire l'unità statale ed un ordinamento stabile.

¹⁵ Sul punto, si veda: F. BIEBER, *The Challenge of Institutionalizing Ethnicity in Western Balkans: Managing Change in Deeply Divided Societies*, in [European Yearbook of Minority Issues Online](#), 3, 2004, 89-107; J. WOELK, F. PALERMO, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, cit., 357-379; S. BIANCHINI, *Etno-politica e State-Building: il problema controverso dell'efficienza istituzionale in Bosnia-Erzegovina*, in [Scienza & Politica](#), 33, 2005, 57-71; M. Calamo Specchia et al. (curr.), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 13-87; G. FLORIDIA, *Il costituzionalismo "a sovranità limitata" tra paradosso e necessità*, in R. Orrù, L. G. Sciannella (curr.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 1997, 1-21; N. MAZIAU, *Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2002, 1397-1420; G. GERBASI, *La Costituzione internazionale della Bosnia-Erzegovina e il difficile equilibrio tra sovranità etnica e diritti fondamentali della persona*, in S. Gambino (cur.), *Europa e Balcani. Stati, culture, nazioni*, Padova, 2001, 285-304; G. GOZZI, *Democrazia e nazionalismi. La Bosnia-Erzegovina: una democrazia impossibile*, in G. Gozzi, F. Martelli (curr.), *Guerre e minoranze*, Bologna, 2004, 157-180; R. KUZMANOVIĆ, *Il costituzionalismo della Bosnia-Erzegovina fra nuovo sistema mondiale e transizione*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo*, cit., 211-228.

¹⁶ J. WOELK, *La transizione costituzionale*, cit., 88.

¹⁷ *Ibid.*, 83-91.

¹⁸ *Ibid.*, 85-87.

¹⁹ Art. I, par. 2, let. a), Cost. Bosnia ed Erzegovina

²⁰ In entrambi i casi il dettato della Costituzione prevede una *condicio sine qua non*, per cui la sottoscrizione di tali accordi o la creazione di rapporti bilaterali non può avvenire senza una espressa approvazione da parte dell'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina di tali atti. Questo significa che nessun accordo sottoscritto dalle Entità può produrre i suoi effetti senza il consenso dell'Assemblea parlamentare dello Stato centrale. Inoltre, all'art. III della Costituzione, paragrafo 2, lettera a), viene espressamente sancito che ogni tipo di accordo delle Entità con altri Stati confinanti o le organizzazioni internazionali deve avvenire nel rispetto della sovranità e dell'integrità statale della Bosnia ed Erzegovina.

La realizzazione di questo obiettivo fu possibile grazie ad una “clausola di apertura” del testo costituzionale. Infatti, i costituenti avevano previsto all’articolo III della Costituzione, quinto paragrafo, la possibilità di ampliare il numero delle competenze esclusive delle istituzioni centrali attraverso un accordo tra le Entità e l’Assemblea parlamentare statale. In questo modo, le Entità avrebbero potuto cedere, per mezzo di una particolare ed articolata procedura, alcune delle proprie competenze residuali in determinate materie²¹. Così, nei primi anni Duemila, nell’ottica della ricostruzione delle istituzioni statali e sotto l’influenza della condizionalità europea²² e del ruolo attivo nell’implementazione degli aspetti civili dell’Accordo di Dayton da parte dell’Alto Rappresentante per la Bosnia ed Erzegovina²³, la disposizione è stata usata per ampliare i poteri dello Stato centrale²⁴.

3. La cessione delle competenze alle istituzioni centrali dello Stato

Il primo ambito di competenza che le Entità hanno ceduto allo Stato riguardava la materia della tassazione indiretta e delle accise. Con due atti distinti, gli organi legislativi delle due Entità²⁵ hanno autorizzato il passaggio di competenze allo Stato. L’Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina, il 29 dicembre del 2003²⁶ sulla scorta della nuova competenza, ha poi creato l’Amministrazione statale per la tassazione indiretta. Tale organo è oggi preposto all’amministrazione doganale e alla gestione della tassazione indiretta (PDV). Data l’importanza che la tassazione assume in ogni ordinamento statale, si tratta di un organo estremamente importante per la stabilità finanziaria del Paese²⁷, non solo a motivo del gettito fiscale che questo organo gestisce per il finanziamento sia dello Stato che delle Entità, ma anche, e soprattutto, perché rappresenta concretamente uno dei principi costituzionali posti a fondamento della nuova società bosniaco-erzegovese post-bellica: cioè il desiderio di promuovere la crescita economica²⁸ e lo sviluppo economico tra le Entità, senza barriere di tipo fiscale o fisico²⁹.

L’altra materia “trasferita” è stata quella giudiziaria, a cui è seguita la creazione del Consiglio superiore della magistratura. Si tratta di un organo istituito dall’Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina, il 18 marzo del 2004³⁰, attraverso la medesima procedura di cessione di competenze dalla Entità allo Stato. Tale organo svolge, oggi, l’importante compito di nomina e di revoca dei magistrati, di gestione dei procedimenti disciplinari e di valutazione della professionalità dei magistrati³¹.

²¹ La Costituzione, all’art. III, par. 5, prevede che al momento dello spirare del mandato delle istituzioni internazionali, previste dall’Accordo di Dayton, sarà lo Stato a subentrare nell’esercizio di tali funzioni.

²² J. WOELK, *La transizione costituzionale*, cit., 87-93

²³ T. BANNING, *The “Bonn Powers” of the High Representative in Bosnia Herzegovina: Tracing a Legal Figment*, in [Goettingen Journal of International Law](#), 6, 2, 2014, 265-302; C. GREWE, M. RIEGNER, *Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared*, in [Max Planck yearbook of United Nations Law](#), 15, 2011, 5-9.

²⁴ F. BIEBER, *Bosnia-Herzegovina: Slow Progress towards a Functional States*, in *Southeaste european and black sea studies*, 6, 1, 2006, 43-64; J. WOELK, *La transizione costituzionale*, cit., 99-101; D. BANOVIĆ, Š. GAVRIĆ, M. BARREIRO MARINO, *The Political System of Bosnia and Herzegovina. Institutions, Actors, Process*, Berlino, 2020, 25-42.

²⁵ *Službeni Glasnik RS*, br. 57/2003 e *Službeni List FBiH*, br.59/2003.

²⁶ *Službeni Glasnik BiH*, br. 89/2005.

²⁷ Per i relativi dati, v. il sito [web](#) governativo della Bosnia ed Erzegovina.

²⁸ Preambolo, par. 4, Cost. della Bosnia ed Erzegovina.

²⁹ Art. I, par. 4, Cost. della Bosnia ed Erzegovina.

³⁰ *Službeni Glasnik BiH*, br. 25/04.

³¹ *Ibidem*.

L'ultimo settore interessato dalla cessione delle competenze riguarda la difesa e la sicurezza nazionale. Infatti, al momento della stesura e della firma dell'Accordo di Dayton, un allegato specifico era dedicato esclusivamente alle questioni militari³², tema ovviamente particolarmente sensibili in un contesto post-bellico. Fino all'ottobre del 2005, infatti, sul territorio bosniaco-erzegovese erano presenti due forze armate: una, facente capo alla *Republika Srpska* e l'altra, alla Federazione di Bosnia ed Erzegovina. L'esistenza di due diverse forze armate sullo stesso territorio nazionale era il risultato diretto degli eventi bellici che avevano devastato il Paese. Tuttavia, con la Legge n. 226 del 2005 l'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina, sulla base dell'accordo sottoscritto dalle Entità, ha creato una forza armata comune per l'intero Paese³³.

Materie come la tassazione, la difesa nazionale e la magistratura, nella maggior parte degli stati federali, costituiscono una competenza delle istituzioni centrali, in cui le unità federali trovano uno spazio decisionale marginale. Invece, nel contesto bosniaco-erzegovese queste competenze non sono state previste dalla Costituzione come appannaggio delle istituzioni centrali, in quanto i costituenti avevano intenzione di creare un ordinamento centrale che rappresentasse un "minimo comune denominatore" rispetto alle Entità e che permettesse la massima autonomia di queste e uno Stato minimo in grado di funzionare. Tuttavia, come accennato sopra, la difficoltà di ricostruire *ex novo* un ordinamento statale che fosse in grado non solo di funzionare, ma anche di armonizzare le diverse anime del Paese, ha reso necessaria la cessione di alcune materie residuali alla competenza dello Stato.

4. Il tentativo unilaterale di modifica del riparto di competenze da parte dell'Assemblea nazionale della Republika Srpska

Il 10 dicembre del 2021, l'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* si è riunita in seduta straordinaria per votare una Conclusione³⁴ contenente quattro atti informativi ed una dichiarazione sui principi costituzionali³⁵. Nel caso di specie, si trattava di tre proposte per ritrasferire nel novero delle competenze della *Republika Srpska* le sopra descritte materie (fiscale, giudiziaria, difesa e sicurezza nazionale), precedentemente cedute – come illustrato nel paragrafo precedente – alla competenza esclusiva delle istituzioni centrali. Inoltre, veniva sancito che la medesima Assemblea incaricava il Governo di questa Entità di proporre, entro sei mesi, i disegni di legge necessari per raggiungere tali obiettivi. Nello specifico veniva stabilito che una volta redatti i nuovi atti dal Governo della *Republika Srpska* e adottati, poi, dall'Assemblea, le precedenti disposizioni con cui era stata accordata la cessione di competenze dalla Entità serba allo Stato centrale sarebbero state automaticamente disapplicate. Mentre, con la dichiarazione sui principi

³² Si trattava dell'Allegato 1-A al *General Framework Agreement for Peace*.

³³ *Službeni Glasnik BiH*, br. 88/05.

³⁴ Le *Conclusioni* sono uno degli atti che l'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* può adottare nell'esercizio delle proprie funzioni. Queste vengono definite dall'art. 182 del Regolamento dell'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* nel seguente modo: «la *conclusione* determina la politica di esecuzione delle leggi, degli altri regolamenti e degli atti generali adottati dall'Assemblea nazionale, fornisce le linee guida per l'attuazione di tale politica e determina gli obblighi del Governo, dei ministeri e degli organismi preposti all'attuazione di tale politica, come la preparazione di leggi e altri atti. Le conclusioni devono essere sottoposte agli organi e alle organizzazioni a cui si riferiscono. L'Assemblea nazionale può decidere che le conclusioni che determinano le posizioni e le opinioni su questioni importanti siano pubblicate nella "Gazzetta ufficiale della *Republika Srpska*". L'Assemblea nazionale può adottare *conclusioni* sia sui propri lavori che sull'opera degli organi che la compongono e sull'operato del Servizio dell'Assemblea nazionale. Gli organi di lavoro dell'Assemblea nazionale possono adottare conclusioni solo nell'ambito delle proprie competenze». (Traduzione mia).

³⁵ Il testo degli atti informativi e della dichiarazione sui principi costituzionali sono rispettivamente consultabili ai seguenti due siti *web*: [Rep. serba di Bosnia ed Erzegovina \(1\)](#) e [Re. serba di Bosnia ed Erzegovina \(2\)](#).

costituzionali, l'Assemblea tracciava il ragionamento giuridico utilizzato per rivedere il sistema del riparto delle competenze e fissava gli obiettivi di lungo termine che l'organo parlamentare si prefiggeva in vista di una riforma più ampia.

La questione giuridica fondamentale, ineludibile rispetto all'attuale dibattito, è la seguente: il tentativo dell'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* di reintegrare alcune materie cedute alle istituzioni statali è compatibile con le disposizioni della Costituzione?

Per rispondere a questa domanda occorre inizialmente sciogliere la questione se sia possibile per l'Assemblea nazionale revocare il proprio consenso rispetto alle materie precedentemente cedute alle istituzioni statali. Stando al dato testuale della Costituzione e di quella che è la giurisprudenza della Corte costituzionale rilevante in materia³⁶, la risposta a questa domanda sembra essere negativa. Le Entità, quali parti firmatarie dell'Accordo di Dayton, infatti si sono vincolate esplicitamente al rispetto del testo costituzionale³⁷. In quanto, all'articolo III della Costituzione, paragrafo 3, lettera b), viene espressamente sancito che le disposizioni costituzionali e le leggi adottate dalle istituzioni statali abrogano «*the constitutions and law of the Entities*» quando queste risultino in contrasto con la Costituzione statale e le leggi adottate dall'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina. Rispetto al caso di specie – cioè la volontà dell'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* di riappropriarsi delle competenze cedute allo Stato centrale – emerge una palese azione in contrasto con il dettato costituzionale. Infatti, non solo le Entità con la sottoscrizione dell'accordo di cessione di competenze hanno perduto la capacità di disporre di tali materie, come previsto dall'articolo III, paragrafo 5, della Costituzione³⁸, ma vi è anche un obbligo sancito dalla Costituzione per cui le Entità sono tanto vincolate al rispetto delle disposizioni costituzionali, quanto obbligate ad implementare gli atti delle istituzioni statali (Presidenza, Consiglio dei ministri, Assemblea parlamentare e Corte costituzionale). Inoltre, le materie cedute dalle Entità alla competenza delle istituzioni statali (fiscale, giudiziaria e difesa) sono disciplinate da tre leggi dell'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina³⁹. Questo significa che le leggi in parola, approvate da un organo statale, devono essere applicate sul territorio delle Entità e nessuna istituzione periferica può modificare alcuna disposizione adottata a livello statale. In conclusione, sul punto in esame, l'opera di revisione delle competenze intrapresa dall'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* sembra presentarsi in palese contrasto con le disposizioni della Costituzione, perché si tratta di competenze esclusive che possono rivedere o modificare solo le istituzioni statali e in nessun caso le Entità e per di più in maniera autonoma. Inoltre, si rileva anche la violazione di uno dei principi fondamentali della Costituzione, cioè l'obbligo per le Entità di fornire «*all necessary assistance to the government of Bosnia and Herzegovina*»⁴⁰.

Un secondo punto da cui traspare l'operato potenzialmente anticostituzionale dell'Assemblea nazionale è la sua Dichiarazione sui principi costituzionali – precisamente al paragrafo otto – dove si afferma la volontà di non adottare le decisioni dell'Alto Rappresentante sul territorio della *Republika Srpska*. Così facendo, l'Entità a maggioranza serba viene meno all'obbligo del rispetto

³⁶ Sentenze della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina in materia: U-11/08 del 30 gennaio del 2009; U-17/05 del 26 maggio 2006; U-26/01 del 28 settembre 2001 e U-5/98, III del 18 agosto 2000.

³⁷ Art. III, par. 3, lett. b), Cost. della Bosnia ed Erzegovina.

³⁸ «*Bosnia and Herzegovina shall assume responsibility for such other matters as are agreed by the Entities; are provided for in Annexes 5 through 8 to the General Framework Agreement; or are necessary to preserve the sovereignty, territorial integrity, political independence, and international personality of Bosnia and Herzegovina, in accordance with the division of responsibilities between the institutions of Bosnia and Herzegovina. Additional institutions may be established as necessary to carry out such responsibilities*».

³⁹ Rispettivamente: *Službeni Glasnik BiH*, br. 89/2005; *Službeni Glasnik BiH*, br. 25/04; *Službeni Glasnik BiH*, br. 88/05.

⁴⁰ Art. III, paragrafo 2, lett. b), Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

non solo della Costituzione, ma anche dello stesso Accordo di Dayton, nel quale viene disciplinata espressamente la figura dell'Ufficio dell'Alto Rappresentante⁴¹. Un obbligo assunto dalla Entità della Bosnia ed Erzegovina a maggioranza serba con la sottoscrizione del *General Framework Agreement for Peace*.

Alla luce di quanto illustrato in questo paragrafo, appare estremamente difficile pensare che l'Assemblea nazionale si stia adoperando – come sostenuto nella dichiarazione sui principi costituzionali – in difesa dello “spirito” originario della Costituzione. L'impressione che si trae da questa situazione, invece, è proprio quella di una palese volontà di “scardinare” il vigente ordinamento, con l'intento, forse, di poggiare le basi per una prossima secessione della *Republika Srpska* dalla Bosnia ed Erzegovina.

5. Quindi, dove va la Bosnia ed Erzegovina?

Come accennato in apertura, la vasta autonomia che l'ordinamento costituzionale della Bosnia ed Erzegovina ha concesso alle Entità non ha condotto nella direzione sperata dai costituenti. In primo luogo, il sistema federale qui introdotto non ha portato ad una tranquilla convivenza tra diversi gruppi etnici, ma ne ha anzi esacerbato ancora di più le differenze. Infatti, porre in rapporto così stretto il fattore etnico a quello territoriale ha condotto a quella che può essere definita una sorta di «territorializzazione degli interessi dei gruppi etnici»⁴². Così, oggi, si riscontra una identificazione dei serbo-bosniaci con la *Republika Srpska* e dei croato-bosniaci e dei bosgnacchi con determinati territori della Federazione di Bosnia ed Erzegovina: precisamente rispetto a quei territori dove questi due gruppi costituiscono la maggioranza. Le ragioni più remote dell'odierna situazione sono da ricercarsi proprio nei giorni del novembre del 1995, cioè durante le trattative per la pace tenutesi a Dayton⁴³. Infatti, l'Accordo, in generale, e la Costituzione del Paese, in particolare, hanno legittimato le posizioni nazionaliste delle élite etniche. In quanto, gli atteggiamenti estremisti sorti durante la guerra hanno trovato uno spazio istituzionale dove potersi confrontare e perpetrare così lo scontro iniziato nei primi anni Novanta⁴⁴ e, al contempo, hanno trovato legittimazione nell'odierno assetto territoriale.

Un ulteriore aspetto discende direttamente dall'Accordo di Dayton: cioè il fatto che la Costituzione riconosca formalmente e giuridicamente una situazione creatasi con la forza e la violenza delle armi. Infatti, i territori che oggi costituiscono le Entità coincidono con la linea del cessate il fuoco e sono il risultato di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto bellico⁴⁵, nonché di una politica di “pulizia etnica”⁴⁶, il cui apice è stato raggiunto con il genocidio di Srebrenica⁴⁷.

⁴¹ Allegato X al *General Framework Agreement for a Peace*.

⁴² K. TRNKA, *Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovina*, cit., 48.

⁴³ Sul punto si rimanda a: J. PIRJEVEC, *Le guerre jugoslave 1991-1999*, Torino, 2001; J. PIRJEVEC, *Il giorno di San Vito. Jugoslavia 1918-1992. Storia di una tragedia*, Torino, 1993; A. Marzo Magno (cur.), *La guerra dei dieci anni. Jugoslavia 1991-2001*, Milano, 2015; P. RUMIZ, *Maschera per un massacro*, Milano, 2013; E. HÖSCH, *Storia dei Balcani*, Bologna, 2005; A. LITTLE, L. SILBER, *The Death of Yugoslavia*, London, 1995; G. MISHA, *The Fall of Yugoslavia: The Third Balkan War*, London, 1992; A. LITTLE, L. SILBER, *Yugoslavia: Death of a Nation*, London, 1997; P.S. SHOUP, S.L. BURG, *The War in Bosnia-Herzegovina: Ethnic Conflict and International Intervention*, Armonk, 1999.

⁴⁴ K. TRNKA, *Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovina*, cit., 48.

⁴⁵ *Ibid.*, 49.

⁴⁶ T. SEKULIC, *Violenza etnica. I Balcani tra etnonazionalismo e democrazia*, Roma, 2002; T. KIVIMÄKI, M. KRAMER, P. PASCH, *The Dynamics of Conflict in the Multi-ethnic State of Bosnia and Herzegovina. Country Conflict-Analysis Study*, Sarajevo, 2012, 18-38; M. MULALIC, *Ethnic Cleansing, Genocide and Demographic Changes in Bosnia and Herzegovina*, in *Journal of Balkan and Black Sea studies*, 2, 2, 2019, 57-81.

⁴⁷ ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33A del 19 aprile 2004; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Radovan Karadžić*, MICT-13-55-A del 20 marzo 2019; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v.*

Questo, ad esempio, spiega perché l'élite politica della *Republika Srpska* non ha mai cessato di perseguire nei propri programmi politici il desiderio secessionista e perché guarda con sospetto ad ogni possibile consolidamento o rafforzamento del sistema statale a livello centrale.

L'attuale crisi istituzionale e il tentativo dell'Assemblea nazionale della Entità a maggioranza serba traggono le loro origini proprio da questo complesso ordinamento costituzionale e da quello che può essere definito il "peccato originale" delle soluzioni raggiunte a Dayton: cioè l'aver ricostruito un ordinamento senza tenere in debito conto le cause che hanno scatenato il conflitto. Infatti, le spinte secessioniste della *Republika Srpska*, già presenti al momento della dissoluzione dello Stato jugoslavo, hanno trovato una nuova sponda con l'ampia autonomia concessa alle Entità che compongono lo Stato federale di Bosnia ed Erzegovina. Inoltre, la divisione della popolazione in "popoli costitutivi" non ha avuto come esito quello di stemperare le tensioni tra le tre principali etnie che compongono il paese, ma ha ulteriormente aumentato la distanza tra i cittadini bosniaco-erzegovesi, che si sono arroccati su posizioni etniche sempre più marcate.

Da queste soluzioni è sorta una classe dirigente che ha fatto delle divisioni etniche la propria legittimazione politica e lo strumento per mantenersi saldamente ai vertici delle istituzioni periferiche e centrali dello Stato. In una prospettiva politica, anche le dichiarazioni e le azioni della élite della *Republika Srpska* altro non sono che un modo per prorogare e legittimare la propria presenza nella "stanza dei bottoni" attraverso una politica della paura per creare una maggiore coesione all'interno dell'etnia serba in Bosnia ed Erzegovina.

Alla luce di tutto ciò, il tentativo dell'Assemblea nazionale della *Republika Srpska* di rivedere il riparto di competenze in maniera unilaterale costituisce non solo – come illustrato sopra – una potenziale violazione della Costituzione, ma anche una possibile premessa verso una involuzione di carattere identitario del Paese.

I costituenti della Bosnia ed Erzegovina erano consci del fatto che il federalismo avrebbe potuto realizzare una forma di divisione territoriale del potere, come la tradizionale separazione dei poteri, funzionale alla tutela della libertà. Tuttavia, con il progressivo consolidarsi dell'ordinamento del Paese, il federalismo qui sviluppato non si è spinto in questa direzione e non si è neanche dimostrato un comodo compromesso tra coloro che rivendicavano una maggiore autonomia dei gruppi e coloro che auspicavano la formazione di una «visione d'insieme»⁴⁸.

L'attuale crisi appare, quindi, come una seria minaccia allo stato di diritto. Infatti, uno dei suoi principi cardine è proprio quello di legalità, per cui l'esercizio di ogni potere pubblico è legittimo se e solo se è previsto e regolato da una preventiva norma giuridica. Così i poteri pubblici possono svolgere solo ciò che il testo della legge li autorizza a fare, questo si traduce in una definizione chiara delle competenze delle istituzioni statali e in questo sistema di competenze i poteri pubblici si esauriscono⁴⁹. Dato per acquisito, dunque, che legalità significa anzitutto certezza e prevedibilità⁵⁰, appare chiara quale minaccia rappresenti per lo stato di diritto in Bosnia ed Erzegovina il mutamento del riparto di competenze tra Stato centrale e unità federate da parte di una iniziativa unilaterale e in contrasto con il dettato della Costituzione.

[Ratko Mladić](#), MICT-13-56-A dell'8 giugno 2021; L. J. NETTELFIELD, S. E. WAGNER, *Srebrenica in the Aftermath of Genocide*, Cambridge, 2013, 1-30.

⁴⁸ Corte cost. italiana, [sent. 12 marzo 2021 n. 37](#). Per quanto riguarda la definizione di federazione si rimanda alla definizione fornita da Watts: «*compound polity combining constituent units and a general government, each possessing powers delegated to it by the people through a constitution, each empowered to deal directly with the citizens in the exercise of a significant portion of its legislative, administrative, and taxing powers, and each directly elected by its citizens*»; R. WATTS, *Federalism, Federal Political System, and Federation*, in *Annual Review of Political Science*, 1, 1, 1998, 128.

⁴⁹ R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Kindle Edition, 2004, 183-191.

⁵⁰ *Ibid.*, 191.

Definire con un certo grado di certezza in quale direzione possa portare l'incompiuta riforma – dato che nessuna ulteriore e reale iniziativa è stata ancora presa dal Governo della *Republika Srpska* in questa direzione – non è un compito facile. Tuttavia, ciò che appare patente è che questa tipologia di iniziative non solo mina la stabilità dello Stato centrale e la tenuta delle sue istituzioni, ma produce costantemente delle scosse telluriche che si propagano anche nell'ambito dello stato di diritto e dei principi del costituzionalismo.

Come dimostrato dalla ricerca condotta dal *World Justice Project* nel 2021⁵¹ – organizzazione indipendente che sulla base di otto fattori ha effettuato una misurazione quantitativa della realizzazione dello stato di diritto in oltre centotrenta Paesi del mondo – la tenuta della *Rule of Law* è più forte in quei contesti dove vi è una maggiore stabilità delle istituzioni e del sistema politico; al contrario, molto meno nei Paesi in via di sviluppo o in transizione⁵².

Questo significa che, indipendentemente da come evolverà il tentativo di modifica unilaterale del riparto di competenze, le continue sollecitazioni all'assetto costituzionale della Bosnia ed Erzegovina si ripercuotono necessariamente anche sulla tenuta dello stato di diritto. Detto in altre parole, ogni minaccia alla stabilità della struttura statale ed ordinamentale del Paese costituisce una minaccia alla *Rule of Law*.

In ultima battuta, appare chiaro che questa situazione di persistente tensione trae le proprie origini da una questione irrisolta: quella intorno alla «natura dello Stato»⁵³. La Bosnia ed Erzegovina ha adottato un ordinamento federale in un modo che può essere definito “peculiare”⁵⁴. Infatti, il federalismo è stato “imposto” dalla comunità internazionale in sede di trattative per la pace, come strumento per la risoluzione del conflitto⁵⁵ e per creare – descritto in maniera semplicistica – un ordinamento che potesse placare contemporaneamente le aperte spinte secessioniste di una fazione (serbo-bosniaca) e quelle più velate dei croato-bosniaci, da una parte; e quelle unitariste dei bosgnacchi, dall'altra. In realtà, però, a distanza di oltre un quarto di secolo, i rappresentanti dei tre principali gruppi etnici non si sono scostati di molto dalle loro posizioni originarie. Per questo, fin tanto che non verrà raggiunto un reale consenso sulla natura dello Stato bosniaco-erzegovese anche lo stato di diritto sarà costantemente soggetto a forti sollecitazioni e il ruolo delle autonomie locali non sarà quello di assicurare i principi del costituzionalismo, ma uno strumento di cui una parte della classe politica del Paese potrà impropriamente abusare per negare il pluralismo. La stessa assenza di pluralismo che ha condotto la Bosnia ed Erzegovina verso quella involuzione di stampo etnico-identitario che poi è sfociata nella guerra degli anni Novanta dello scorso secolo.

⁵¹ [World Justice Project](#).

⁵² *Ibid.*

⁵³ S. KEIL, *Federalism as a Tool of Conflict-Resolution: The Case of Bosnia and Herzegovina*, in *L'Europe en Formation*, 1, 363, 2012, 217.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ S. KEIL, *Federalism as a Tool of Conflict-Resolution*, cit., 217.

PARTE III
PER UNA CITTADINANZA INCLUSIVA E SOSTENIBILE

[Marta Addis](#)

[Enrico Campelli](#)

[Eleonora Iannario](#)

[Luana Leo](#)

[Ilaria Rivera](#)

[Giuliaserena Stegher](#)

Marta Addis*

Cittadinanza: l'attribuzione dello status di cittadino attraverso una scuola che integra e definisce l'identità personale**

ABSTRACT: *Alla luce del dibattito sulle modalità di acquisto della cittadinanza italiana, questo contributo ha per oggetto la relazione esistente tra lo status di cittadino, l'identità individuale e la partecipazione sociale della persona. In particolare, si intende approfondire il ruolo svolto dalla scuola come luogo di formazione, alla luce della proposta di legge sullo "Ius Scholae" attualmente all'esame delle Camere che interpreta l'inserimento scolastico come strumento di integrazione dei cosiddetti migranti di seconda generazione. La proposta individua la chiave per l'accesso alla cittadinanza nel completamento del ciclo scolastico quinquennale e definisce così la cultura e la formazione come requisiti necessari per essere identificati come cittadini italiani. Come è noto in passato altre iniziative legislative, poi naufragate, prevedevano un collegamento tra la cittadinanza e il compimento di un percorso formativo, attribuendo lo status di cittadino come riconoscimento al minore straniero che dimostrasse di essere formalmente scolarizzato e dunque integrato. Tralasciando le questioni politiche che fino a ora hanno ostacolato la riforma della normativa italiana sulla cittadinanza, si intende approfondire l'effettiva connessione tra cittadinanza e integrazione, ponendo come presupposto dell'analisi il rispetto dei diritti dei minori. Nello specifico, si vuole comprendere il peso che assume lo status di cittadino italiano sul minore straniero nel riconoscimento della propria identità e nella sua partecipazione sociale attiva e inclusiva partendo dall'ambiente scolastico. Ritenendo l'istruzione sia la base fondante di quella conoscenza e cultura che forma e definisce l'identità personale, sia il luogo determinante per la vita sociale, si considera che la partecipazione attiva e il completamento di un ciclo scolastico possa costituire criterio utile ai fini del riconoscimento della cittadinanza.*

In the light of the debate on how to acquire Italian citizenship, this contribution concerns the relationship between the status of citizen, the individual identity and social participation of the person. In particular, the intention is to deepen the role played by the school as a place of formation, in the light of the proposed law on "Ius Scholae" currently being examined by the Chambers which interprets educational integration as a means of integrating the so-called second-generation migrants. The proposal identifies the key to access to citizenship in the completion of the five-year school cycle and thus defines culture and formation as necessary requirements to be identified as Italian citizens. As is known in the past, other legislative initiatives, which were subsequently shipwrecked, provided for a link between the between citizenship and the completion of an educational course, granting the status of citizen as recognition to the foreign minor which showed to be formally schooled and therefore integrated. Leaving aside the political issues that until now have hindered the reform of Italian citizenship law, the aim is to deepen the effective connection between citizenship and integration, making respect for the rights of the child a prerequisite for analysis. Specifically, we want to understand the importance of the status of Italian citizen on foreign minors in the recognition of their identity and in their active and inclusive social participation starting from the school environment. Believing that education is the foundation of that knowledge and culture that shapes and defines personal identity, it is the decisive place for social life, it is considered that active participation and the completion of a school year may be a useful criterion for the recognition of citizenship.

SOMMARIO: 1. Lo stretto legame tra cittadinanza, Stato e senso di appartenenza in Italia – 2. Il ruolo della scuola come luogo di formazione: lo "Ius Scholae" – 3. I diritti dei minori stranieri: integrazione e cittadinanza alla luce dei dettami costituzionali

* Dottoranda di ricerca in Culture, Letterature, Turismo e Territorio, Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali dell'Università di Sassari.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Lo stretto legame tra cittadinanza, Stato e senso di appartenenza in Italia

Nella maggior parte dei testi accademici tra gli elementi costitutivi che definiscono uno Stato, troviamo il popolo e il territorio¹.

Individuando lo Stato in un determinato territorio, da una parte si definiscono dei confini geografici e giuridici che permettono di distinguere la sovranità statale da quella degli altri Paesi, e dall'altra si stabilisce l'identità di un popolo legandola proprio ad un insediamento territoriale². Oltre ad un legame territoriale, la definizione di popolo è strettamente connessa con lo *status* di cittadino, cioè quella specifica situazione giuridica di diritti e doveri che crea un generale rapporto con l'apparato statale e pone inevitabilmente il cittadino in alterità con il concetto di straniero, colui che non è cittadino³.

Lo *status* e i modi di acquisto della cittadinanza italiana, con i relativi diritti e doveri, sono spesso stati argomenti dibattuti. La stessa Corte costituzionale nel riconoscere la fondatezza di basilari diversità tra cittadino e straniero, dovute dal fatto che «il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, mentre il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»⁴, ha ritenuto ragionevoli trattamenti differenziati nel godimento dei diritti tra queste due figure. Differenze che possiamo constatare altresì con la nascita della cittadinanza sopranazionale europea⁵, dove si ripropone il medesimo schema distintivo nell'attribuire specifici diritti ai cittadini degli Stati membri escludendo tutti coloro che sono cittadini extracomunitari. La cittadinanza rappresenta dunque quella situazione personale tra individuo e Stato che comporta l'assunzione di determinati diritti e doveri, e che sembra racchiudere sia una specifica identità, come si può presumere dallo stesso significato di *status* quale «espressione dell'essere che realizza lo stato di cose da esso stesso qualificato»⁶, sia un «nucleo insopprimibile di soggezione-esclusione-alterità i cui termini sono decisi dallo Stato sovrano»⁷. È proprio grazie ai diritti e doveri connessi con lo *status* di cittadino che possiamo identificare la cittadinanza come quel mezzo di partecipazione sociale nella comunità in cui il cittadino vive⁸.

Nonostante ogni ordinamento giuridico decida autonomamente le modalità di attribuzione della cittadinanza per il proprio Stato, grazie alla globalizzazione, al contagio tra sistemi giuridici e agli accordi internazionali e sopranazionali, oggi la sovranità degli Stati viene ridimensionata a favore di una dimensione cosmopolita della tutela dei diritti⁹. Recentemente lo *status* di cittadino è stato considerato distaccato dal solo rapporto diretto con lo Stato e visto invece come «una rete di rapporti giuridici – diritti e doveri – con lo Stato (e con altri soggetti esponenziali di comunità territoriali), definiti dalla Costituzione»¹⁰, ponendo in tal modo la cittadinanza come strumento

¹ Cfr. a titolo di esempio G. de VERGOTTINI, T. FROSINI, *Diritto pubblico*, Milano, 2019.

² C. SCHMIT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1974, trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, 1991, 27. Cfr. anche R. QUADRI, *Cittadinanza*, in Nov.D.I., Torino, 1967.

³ S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in federalismi.it, 2013. V. anche G. BISCOTTINI, *Cittadinanza*, in Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, 145; e A. MACRILLÒ, *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2014, 55 ss.

⁴ Corte cost., sentt. nn. [104/1969](#) e [248/1974](#).

⁵ C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in Enc. dir., Annali, Milano, 2007, 185 ss.

⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. I, Teoria del diritto*, Bari, 2007.

⁷ S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza*, cit., 14-15. Vedi anche G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1, 765.

⁸ R. QUADRI, *Cittadinanza*, cit.; F. LANCHESTER, *Civiltà del diritto e identità italiana*, in *Nuova scuola secondaria*, 2007.

⁹ A. MACRILLÒ, *Il diritto degli stranieri*, cit., 9 ss.

¹⁰ S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza*, cit., 17 in cui riprende L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. II, Teoria della democrazia*, Bari, 2007, 353.

che apre a quei diritti costituzionalmente garantiti. Una dimensione globale che richiede dunque agli ordinamenti nazionali nuove forme per la tutela dei diritti, tra cui quei diritti che si acquistano grazie allo *status* di cittadino.

Com'è noto, le modalità più diffuse scelte dalla mera volontà degli ordinamenti giuridici per acquisire la cittadinanza si differenziano in due grandi filoni: lo *ius soli* e lo *ius sanguinis*. In Italia ad oggi vige lo *ius sanguinis*: di base l'attribuzione automatica della cittadinanza per nascita da genitori italiani, ovunque la nascita avvenga, o per adozione da cittadini italiani¹¹. Ciò comporta, come ben sappiamo, che tutti coloro che nascono nel territorio italiano ma non sono figli di cittadini italiani, non hanno la cittadinanza italiana al momento della nascita¹². Tali minori sono figli di migranti, comunemente consideranti dunque come migranti di seconda e terza generazione, poiché pur essendo nati e cresciuti in Italia, possono essere cittadini italiani solo grazie ad una richiesta volontaria presentata entro un anno dal compimento dei 18 anni, a patto che abbiano mantenuto legalmente e ininterrottamente la residenza nel nostro Paese¹³.

Il concetto di cittadinanza implica un senso di appartenenza attiva ad una comunità, ma nella normativa vigente risalente al 5 febbraio 1992 legge n. 91 dal nome "Nuove norme sulla cittadinanza", che abroga la normativa sulla cittadinanza del 1912 risalente al Regno d'Italia¹⁴, risulta presente una falla verso questi minori migranti, reputati stranieri, che impedisce di fatto allo Stato italiano di rispondere a pieno all'esigenza di integrazione a cui è chiamato¹⁵.

2. Il ruolo della scuola come luogo di formazione: lo "Ius Scholae"

Numerosi sono stati i dibattiti sul contrasto tra le esigenze che l'evoluzione sociale richiede e la legge sull'acquisto della cittadinanza italiana del 1992, che hanno portato negli anni a proposte di innovazione¹⁶.

Di particolare interesse risulta essere la proposta del 2013 dell'allora ministra dell'integrazione Cecilia Kyenge, di inserire accanto allo *ius sanguinis*, l'istituto dello *ius soli temperato*¹⁷. Tale proposta prevedeva l'opportunità per i minori stranieri di ottenere la cittadinanza italiana prescindendo dalla posizione dei genitori, secondo due possibilità: la prima attraverso un aumento da uno a due anni di tempo per fare la richiesta volontaria di cittadinanza compiuti i 18 anni; la seconda con l'introduzione di uno *ius culturae*. Nello specifico lo *ius culturae* ha aperto alla

¹¹ Cfr. T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2021, 189 ss.

¹² Si veda a riguardo l'[intervista](#) svolta dalla giornalista Giulia Santerini per la Repubblica nel 2017 ad alcuni minori stranieri nati in Italia, ignari di non essere cittadini italiani.

¹³ I due casi eccezionali di *ius soli* contemplati sono: per nascita sul territorio da genitori ignoti o apolidi, oppure per ritrovamento di un minore sul territorio italiano che risulti essere figlio di ignoti, art. 1, comma 2, legge n. 91/1992.

¹⁴ Tale legge raffigura in modo chiaro l'influenza che ha esercitato il concetto di nazione nella scelta del criterio dello *ius sanguinis* qui enunciato come mezzo per ottenere la cittadinanza, che fa coincidere difatti il popolo con la nazione: la cittadinanza si eredita dai genitori, è un legame di sangue. A riguardo si legga Cit. T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, cit., 186; V. MURA, *Sulla nozione di cittadinanza*, in [Diritto@storia](#), 2003.

¹⁵ Si legga V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1975, in cui si precisa che «compito del legislatore [di] trasformare l'istruzione scolastica. in moderna istituzione aperta a tutti i contribuenti e pronta a dare una risposta ai problemi posti dalla stessa società»; C.F. FERRAJOLI, *La disciplina regionale in materia di diritto all'istruzione dei migranti*, in E. Di Salvatore e M. Michetti (curr.), *I diritti degli altri*, Napoli, 2014; M. GIOVANNETTI, *I giovani di origine straniera tra appartenenza di fatto e cittadinanza negata*, in M. Russo Spena, V. Carbone (curr.), *Il dovere di integrarsi*, Roma, 2014.

¹⁶ Si vedano la proposte di legge nel 2018 de parte dell'onorevole [Laura Boldrini](#) sull'introduzione dello *ius soli*; del deputato [Matteo Orfini](#); e della deputata [Renata Polverini](#). In dottrina A. DE FUSCO, *Sul diritto all'istruzione come veicolo di integrazione delle seconde generazioni dell'immigrazione in Italia*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2018.

¹⁷ P. LAMBRUSCHI, *La proposta di Kyenge: uno ius soli temperato*, in [Avvenire.it](#), 21 gennaio 2014.

considerazione della effettiva partecipazione sociale del minore attraverso gli istituti scolastici definendo due modalità per richiedere la cittadinanza italiana: da una parte possono richiederla quei minori stranieri nati in Italia o arrivati nello Stato entro i 12 anni che hanno completato un ciclo scolastico nel territorio italiano; dall'altra quei minori tra i 12 e 18 anni che arrivati in Italia e avendovi abitato per almeno 6 anni, hanno superato un ciclo scolastico¹⁸. L'elemento culturale viene dunque posto come fattore che concorre per l'attribuzione della cittadinanza in quanto richiama alla conoscenza di quei valori essenziali della società necessari per poterne farne parte¹⁹.

Com'è noto la proposta dello *ius culturae* non è stata tradotta in legge²⁰, ma recentemente, durante i primi mesi del 2022, è approdato alla Camera un nuovo progetto denominato *ius scholae* che in una certa misura ripropone la fiducia nella centralità dell'istruzione come strumento inclusivo e adatto per poter attribuire la cittadinanza ad un minore straniero²¹. La proposta molto breve, di soli due articoli, presentata dall'onorevole Giuseppe Brescia, riprende alcune caratteristiche dello *ius culturae*: il minore straniero deve essere nato in Italia o deve avervi fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età; altra caratteristica comune è il requisito della residenza legale e ininterrotta; ed infine la frequenza di almeno cinque anni scolastici. Come in passato, i dibattiti politici potrebbero risultare lunghi e ostruzionisti, ciò che preme sottolineare è che nuovamente l'istruzione e la formazione forniscono quegli strumenti necessari per combattere la marginalità sociale, oltre a provvedere all'educazione personale e civile del minore²². La cultura nazionale condivisa all'interno delle istituzioni scolastiche, anche attraverso lo studio dell'educazione civica, permette dunque una socializzazione linguistica, storia ed appunto civica, che integra il minore nel tessuto sociale in cui è nato o cresciuto anche senza lo *status* di cittadino²³. Tale cultura consente la crescita di minori cittadini più consapevoli e attivi, riproponendo inevitabilmente quell'accezione sociologica di cittadinanza risalente alle *polis* greche, cioè la cittadinanza come strumento di partecipazione e appartenenza²⁴.

L'auspicio di queste proposte sembrerebbe quindi quello di una cittadinanza per una società interculturale secondo un processo di integrazione e arricchimento. Una sfida per lo Stato, chiamato a garantire i diritti dei minori, italiani e stranieri, anche attraverso proposte come lo *ius*

¹⁸ Cfr. A. ROSINA, *Più che lo ius soli conta lo ius cultura*, in [lavoce.info](#), 2019, in cui si contrappongono lo *ius soli* con lo *ius culturae*; si veda anche M. AMBROSINI, *Ius culturae per abbattere il muro della cittadinanza*, in [lavoce.info](#), 2019, dove si ripropone l'importanza dello *ius culturae* guardando al caso Romy e al caso sportivo di Moise Kean.

¹⁹ E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in A. Bartolini, A. Pioggia (curr.), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016.

²⁰ Si veda a riguardo la [nota ASGI](#) in merito alla campagna nel 2016 "L'Italia sono anch'io".

²¹ La proposta approvata come testo base unificato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera il 9 marzo 2022, prevede l'inserimento di un nuovo articolo, il 23 bis, nel testo della legge del 1992. Altra caratteristica che spicca da questa nuova proposta è la responsabilità dell'ufficiale dell'anagrafe di avvisare entro 6 mesi precedenti dal compimento dei 18 anni per il minore straniero della possibilità di acquisto della cittadinanza italiana. Si vedano le notizie dal portale [Open](#); e dal portale [welforum.it](#) in cui si precisa che l'istruzione scolastica è posta come pilastro della proposta di riforma «Trascorrere centinaia di ore all'anno nelle aule, educati da insegnanti (italiani) nominati dal Ministero dell'istruzione, insieme a compagni in prevalenza italiani, seguendo programmi di lingua, letteratura, storia, educazione civica che hanno la cultura del nostro paese come perno, dovrebbe garantire un'adeguata socializzazione linguistica e civica». In merito al legame tra l'art. 34 della Cost. e la lingua italiana, si veda Corte cost., sent. [n. 42/2017](#).

²² Si veda la dichiarazione rilasciata da Giuseppe Brescia relatore in commissione Affari costituzionali alla Camera: «una nuova fattispecie orientata al principio dello *ius scholae*, con una scelta di fiducia non solo negli stranieri che vogliono integrare i loro figli, ma nel lavoro della comunità didattica, nella dedizione dei dirigenti scolastici e degli insegnanti che in classe costruiscono la nostra Repubblica e insegnano i valori della nostra Costituzione», visibile dal portale [public policy](#).

²³ F. PARUZZO, *Conoscere la Costituzione. Tra scuola e università*, in [federalismi.it](#), 2022; G. SOBRINO, *L'insegnamento della Costituzione nella scuola oggi, strumento istituzionale per la promozione di una cittadinanza "piena" e consapevole*, in [federalismi.it](#), 2022.

²⁴ Cit. T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, cit., 185.

scholae, che richiamano il principio di eguaglianza e la sua attuazione all'interno dell'istituzione scolastica, sottolineando nuovamente come la scuola sia quel luogo di formazione e conoscenza che fornisce quegli strumenti necessari per combattere la marginalità sociale.

Ad avallare tale sfida risultano essere importanti le stime emerse dall'ultimo report del Ministero dell'Istruzione, che mostrano come a beneficiare di tale riforma sarebbero 876.801 alunni minori stranieri, il 10,3% del totale della popolazione scolastica²⁵.

3. I diritti dei minori stranieri: integrazione e cittadinanza alla luce dei dettati costituzionali

I fenomeni migratori, strettamente legati alla globalizzazione, inevitabilmente contribuiscono alla formazione di identità culturali, politiche e sociali²⁶. Le condizioni sociali, come la provenienza territoriale, il tipo di cultura, di educazione, di tradizione o abitudini familiari, possono di fatto comportare differenze. Grazie all'art. 3 co.2 della Costituzione italiana, compito della Repubblica è «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»²⁷. È doveroso precisare che se pur nel dettato costituzionale noto come l'espressione del principio di eguaglianza nella sua lettura formale e sostanziale²⁸, si riferisca espressamente ai cittadini, la Corte costituzionale ha più volte chiarificato come l'essere cittadino o meno dello Stato italiano è sicuramente un elemento di diversificazione ma non può essere un elemento di discriminazione²⁹. Il principio di eguaglianza deve essere letto insieme ai diritti sanciti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione, quei diritti che sono connaturati all'essere della persona, e dunque inviolabili³⁰.

Nel 1999 Luigi Ferrajoli scrisse che «i diritti fondamentali, come l'esperienza insegna, non cadono mai dall'alto, ma si affermano solo allorché si fa irresistibile la pressione di chi ne è escluso alle porte di chi ne è incluso»³¹. Un monito alle discriminazioni che ricorda la caratteristica da sempre inconfondibile ed unica dell'art. 2 della Costituzione: il principio di solidarietà³². Inoltre, la Corte costituzionale nel 1986³³ ha ricordato la doverosa lettura congiunta di questi due articoli con un altro articolo costituzionale, l'art. 10, che nel suo secondo comma dichiara: «la condizione giuridica dello straniero è regolata in conformità delle norme e dei trattati internazionali», imponendo in tal modo all'ordinamento nazionale il rispetto delle norme internazionali poste a tutela degli stranieri³⁴.

²⁵ Del 10,3 % di alunni stranieri quasi due terzi (573.845) sono nati in Italia: rappresentano oltre l'80 % degli alunni con cittadinanza straniera nella scuola dell'infanzia, il 75 % circa nella scuola primaria, il 62 % nella secondaria di I grado e poco più del 40 % nella secondaria di II grado (v. il [Report](#) nel portale del Miur).

²⁶ S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration. International Population Movement in the Modern World*, New York, 2009.

²⁷ Cfr. art. 3 Costituzione italiana. V. G. AMBROSINI, *La Costituzione spiegata a mia figlia*, Torino 2014.

²⁸ M. D'AMICO, *Articolo 3*, in Aa.Vv. (curr.), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, 28.

²⁹ Corte cost., sentt. nn. [120/1967](#) e [62/1994](#). Cfr. A. MACRILLÒ, *Il diritto degli stranieri*, cit., 25 ss.

³⁰ In giurisprudenza si veda Corte cost., sentt. nn. [105/2001](#) e [245/2001](#). In dottrina E. ROSSI, *Da cittadini vs stranieri a regolari vs irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. Cost.*, 2013.

³¹ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999.

³² G. AMBROSINI, *La Costituzione spiegata a mia figlia*, cit., 89: «il principio di solidarietà legittima (e impone alla legge di considerare) una gamma di comportamenti, non soltanto individuali ma soprattutto collettivi, mirati all'inserimento sociale. [...] un principio di moralità che deve ispirare l'intero ordinamento».

³³ Corte cost., sent. n. [199/1986](#).

³⁴ Cfr. F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011.

Secondo quanto emerge dagli articoli costituzionali, lo straniero presente nel territorio dello Stato italiano è titolare di diritti fondamentali, che riguardano la tutela delle esigenze essenziali della condizione umana, tra cui il diritto del minore ad essere educato³⁵. La scuola, nella sua importanza formativa ed integrativa era infatti già nota ai padri e alle madri costituenti che, alla luce della norma sull'eguaglianza sostanziale, hanno prescritto una scuola dell'obbligo di otto anni gratuita, «aperta a tutti»³⁶, «ancorando la scuola tanto alla cultura (art. 9, 1 cost.), quanto alla cittadinanza repubblicana (art. 1, comma 1 cost.)»³⁷. Infatti, gli oneri scolastici gravano sulla collettività, in quanto l'istruzione è considerata un interesse generale di tutti. Lo studio diventa quindi un obbligo ed un diritto che non riguarda la sola formazione del singolo ma interessa la crescita dell'intera comunità. Con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il diritto all'educazione scolastica viene identificato come diritto fondamentale del minore qualsiasi sia il suo *status*. Tale principio viene ripreso nell'art. 41 del Testo Unico sull'Immigrazione in cui si dichiara l'obbligatorietà dell'istruzione di base non solo per i minori italiani ma anche per i minori stranieri, ancora qualsiasi sia il loro *status*, in quanto prevale sia il rispetto dei diritti del fanciullo, fra cui l'istruzione³⁸, sia il principio posto dalla giurisprudenza della Corte EDU del superiore interesse del minore come criterio base per ogni ordinamento giuridico³⁹. L'interesse superiore del minore è dunque la regola guida davanti alle scelte che legislatore deve operare. In Italia, una nota positiva che non trova però riscontro con il *gap* tra minori italiani e stranieri, la si riscontra nell'art. 14 della legge 47/2017 in merito ai minori non accompagnati, dove al comma 3 si sottolinea il rischio di marginalità sociale se non si garantisce l'intervento delle istituzioni scolastiche e formative⁴⁰, e al comma 4 si specifica il diritto a ricevere un titolo di studio⁴¹. Un esempio storico

³⁵ Corte cost., sent. n. [376/2000](#). Si vedano le varie Convenzioni internazionali e nazionali in merito alla particolare attenzione alla cura e tutela dei minori: Conv. 5.10.1961; Conv. dell'Aja 19.10.1996 per la protezione del minore a livello internazionale; Conv. 25.10.1980 in merito agli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori; Conv. 29.05.1993 che disciplina la protezione dei minori e la cooperazione internazionale in materia di adozioni internazionali. Si veda anche la Conv. europea dei diritti dell'uomo e la Conv. di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

³⁶ Art. 34 Costituzione italiana.

³⁷ Cfr. C. MARCHESI, *Relazione sui principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola*, in Atti della Commissione per la Costituzione, Roma 1946. Sempre in Atti della Commissione: A. MORO, *Relazione sui principi dei rapporti sociali (culturali)*. Si legga il discorso sulla Costituzione fatto da P. CALAMANDREI, [Discorso agli studenti di Milano](#), 1955. Per una dottrina più recente V. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola*, in *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino, 2014; M. BENVENUTI, *'La scuola è aperta a tutti'? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione*, in [federalismi.it](#), 2018; M. BENVENUTI, *Articolo 34*, in Aa.Vv. (curr.), *La Costituzione italiana*, cit., 2018, 226, in cui si precisa la singolarità di una scuola aperta a tutti: «Tale configurazione produce una connessione inscindibile tra la scuola e la cittadinanza repubblicana: la prima, infatti, serve a conoscere, certo, ma anche a conoscersi e, in qualche misura, a riconoscersi in quanto appartenenti a quella collettività evocata con la prima parola della Costituzione, l'Italia»; I. RIVERA, *La scuola è aperta a tutti. La tutela del diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid-19*, in [federalismi.it](#), 2022.

³⁸ Cfr. art. 2 Protocollo CEDU n.1; art. 18 Patto internazionale; artt. 30,33, 34 della Costituzione italiana.

³⁹ Art. 25 part. 6 direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e Consiglio che riprende la direttiva 2005/85/CE del Consiglio, secondo cui «l'interesse superiore del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, della presente direttiva»; art. 23 direttiva 2013/22/UE che riprende la direttiva 2003/9/CE, la quale oltre ad enunciare il principio del superiore interesse del minore, dichiara anche i fattori alla stregua dei quali tale interesse deve essere considerato.

⁴⁰ Il comma 3 dell'art. 14 della legge n. 47/2017 precisa che le istituzioni scolastiche, per evitare il rischio di marginalità sociale, devono «attivare, dal momento dell'inserimento del minore alle strutture di accoglienza, l'assolvimento dell'obbligo scolastico anche attraverso la predisposizione di progetti specifici che prevedano, ove è possibile, l'utilizzo o il coordinamento della figura del mediatore culturale nonché di convenzioni volte a promuovere specifici programmi di apprendistato».

⁴¹ Il comma 4 dell'art. 14 della legge n. 47/2017 in merito ai minori stranieri non accompagnati prevede che «i titoli conclusivi dei corsi di studio delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado siano rilasciati ai medesimi minori con i

che richiama ad una importante prospettiva comparata dimostra come il coraggio del cambiamento, a cui oggi è chiamato lo Stato italiano, possa essere essenziale per garantire le necessità dell'inevitabile evoluzione sociale alla luce del principio d'eguaglianza e vedendo proprio nella scuola il luogo per tale cambiamento. L'importanza cruciale che ha l'istruzione pubblica nel percorso formativo di futuri cittadini consapevoli, fu infatti ben definita in una storica sentenza della Corte Suprema americana dal *Chief Justice Warren*, con la quale si stabilì all'unanimità l'*overruling* del principio *separate but equal* che legittimava la separazione razziale nelle scuole⁴², a favore della valorizzazione dell'*Equal Protection Clause*, e le sue successive lotte volte a garantire la lettura e l'affermazione del XIV Emendamento del 1868 secondo il principio di eguaglianza⁴³. L'innovazione di tale sentenza non rimase solamente nella fondamentale affermazione della lotta alla segregazione razziale, ma fu basilare per affermare la centralità che l'istruzione ha in ogni ordinamento giuridico come mezzo per garantire l'eguaglianza e la crescita dei minori «Noi dobbiamo considerare l'istruzione pubblica alla luce della sua completa evoluzione e della collocazione che essa attualmente occupa nella vita americana in tutta la Nazione»⁴⁴.

Risulta dunque evidente il ruolo determinante dell'istituzione scolastica e dell'educazione contro qualsiasi forma di isolamento e discriminazione⁴⁵. Determinante risulta essere la responsabilità dell'ordinamento chiamato a garantire nel novero dei diritti fondamentali tutelati su più livelli, non da ultimo quello costituzionale, ai minori migranti o ai figli di migranti, il diritto all'istruzione amplificato in tutte le sue potenzialità, anche quale mezzo che identifica e definisce la persona, sia nella sua formazione di singolo che sociale, e che potrebbe, educando il senso civico dei minori, formare cittadini attivi e consapevoli.

dati identificati al momento dell'iscrizione, anche quando gli stessi hanno compiuto la maggiore età nelle more del completamento del percorso di studi».

⁴² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896.

⁴³ Per il pieno riconoscimento del principio di eguaglianza contro la segregazione razziale si deve attendere il 1954 con la *landmark decision* della Corte Suprema nel caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954.

⁴⁴ Fu innovativo nel caso *Brown v. Board of Education* il richiamo a studi di psicologia, i quali dimostrarono che in circostanze in cui i bambini si sentivano inferiori, in questo contesto attraverso la segregazione, erano demotivati a imparare. In giurisprudenza si veda anche *Green v. Country School Board of New Kent County*, 391 U.S. 430, 1968, e *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 402 U.S. 1, 1971. In dottrina, vedi C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto Costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Torino, 2022, 105 e ss.

⁴⁵ Cfr. l'indagine campionaria svolta dall'ISTAT nel 2014-2015: Identità e percorsi di integrazione delle seconde generazioni in Italia, in cui si dimostra come tre quarti degli alunni stranieri nati all'estero della scuola secondaria siano entrati nel sistema scolastico italiano già dalla scuola dell'infanzia, o dalla primaria. Si veda anche Corte cost., sent. n. [226/2001](#).

Enrico Campelli*

La *Nation-State Law* e i diritti delle minoranze nell'ordinamento israeliano**

ABSTRACT: *Lo stato di Israele, con la sua consistente minoranza arabo-palestinese dalla collocazione giuridico-costituzionale critica e differenziata, costituisce una evidenza di particolare interesse dei diffusi processi di differenziazione interna che sono andati erodendo l'omogeneità – reale o solo presunta – delle comunità giuridiche e politiche tradizionali, aprendo possibili linee di crisi su molti fronti, materiali e simbolici. Moltiplicazione di confini, dunque, ma anche – contemporaneamente – assottigliamento di confini, per via del profilarsi di cittadinanze relativamente sfumate e di appartenenze multiple. La contestata approvazione, nel 2018, della Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People rappresenta il più recente punto di arrivo nella elaborazione costituzionale di fratture che hanno accompagnato la formazione stessa dello Stato, e che risalgono alla problematica auto-definizione di Israele come stato "ebraico e democratico" che ora più che mai attraversa una fase di contraddittorio ripiegamento. Con l'approvazione del testo, la minoranza palestinese vede infatti una drastica limitazione dei propri diritti di eguaglianza e di cittadinanza, tanto sul piano giuridico concreto, sia su quello simbolico. Per le medesime ragioni, peraltro, anche altri gruppi della frastagliata (e spesso indebitamente semplificata) società israeliana hanno visto improvvisamente compromesso un percorso di integrazione che sembrava sostanzialmente acquisito. Il contributo che qui si propone intende sviluppare l'analisi del modello costituzionale previsto dalla nuova legge per metterne in evidenza le implicazioni più significative circa il rapporto maggioranza-minoranze dal punto di vista dei diritti, delle relazioni culturali e delle rappresentazioni identitarie. In questo contesto il tema specifico della cittadinanza individua un capitolo ulteriore e denso di interesse per lo studio delle nuove e problematiche modalità di semi-cittadinanza e inclusione differenziale che vanno prospettandosi in diversi ordinamenti del mondo.*

The State of Israel, with its sizeable Arab-Palestinian minority of critical and differentiated legal-constitutional placement, constitutes evidence of particular interest of the widespread processes of internal differentiation that have been eroding the homogeneity – real or only presumed – of traditional legal and political communities, opening possible lines of crisis on many fronts, material and symbolic. Multiplication of borders, then, but also – simultaneously – blurring of borders, due to the looming of relatively nuanced citizenships and multiple memberships. The contested approval, in 2018, of the Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People represents the most recent culmination in the constitutional elaboration of fractures that have accompanied the very formation of the State, and which date back to Israel's problematic self-definition as a "Jewish and democratic" state that goes through, now more than ever, a phase of contradictory retreat. Indeed, with the approval, the Palestinian minority sees a drastic limitation of its rights of equality and citizenship, both on the concrete legal level and on the symbolic one. For the same reasons, moreover, other groups in the heterogeneous (and often unduly simplified) Israeli society have also suddenly seen a path to integration that had seemed to be substantially acquired compromised. The contribution proposed here aims to develop the analysis of the constitutional model envisaged by the new law in order to highlight its most significant implications regarding the majority-minority relationship from the perspective of rights, cultural relations and identity representations. In this context, the specific topic of citizenship identifies an additional and dense chapter of interest for the study of the new and problematic modalities of semi-citizenship and differential inclusion that are being envisaged in various legal systems around the world.

SOMMARIO: 1. *Nation-State of the Jewish People*: e gli altri? – 2. Le possibili implicazioni per i diritti individuali – 3. Autodeterminazione e diritti collettivi – 4. La sentenza della Corte – 5. Conclusioni

* Professore a contratto di Comparative Constitutional Law, Università LUMSA di Roma e Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali, Università di Sassari.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Nation-State of the Jewish People: e gli altri?

L'emanazione della *Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People* (יִשְׂרָאֵל: מְדִינַת הַיְהוּדִים הַעֵמָּה שֶׁל הַלְאֻם מְדִינַת הַיְהוּדִים; di seguito: “la Legge”) del 19 luglio 2018, ha innescato un intenso dibattito pubblico in Israele¹, a causa delle implicazioni di grande rilievo che da questa nuova “tappa” costituzionale deriveranno in ambito politico, giuridico e sociale. Nelle pagine seguenti ci si propone precisamente una analisi dei nodi più controversi, senza peraltro sottacere una interpretazione fortemente critica in merito agli effetti futuri, dal momento che risulta assai fondato il timore che la Legge in analisi si presti a divenire una giustificazione costituzionale per discriminazioni interne, che violi il diritto all'autodeterminazione della minoranza arabo-palestinese di Israele, e che ostacoli il possibile sviluppo di una solidarietà sociale nazionale².

È certamente un errore – peraltro assai ricorrente – quello di rappresentare l'approvazione della *Nation-State Law* come se si trattasse di un atto isolabile dal contesto giuridico-politico maturato in questi anni: al contrario è precisamente il peso ingombrante dei “precedenti” che dà forma al provvedimento e al dibattito che su di esso si è andato allargando. Il provvedimento, infatti, risente profondamente di fattori interni ed esterni alla discussione parlamentare e politica israeliana e internazionale.

Cercando di individuare i principali fattori endogeni, si può notare come internamente ai confini israeliani, non siano mancate – soprattutto negli ultimi anni – correnti post-sioniste, tipiche soprattutto delle nuove generazioni, che guardano con distacco se non con diffidenza all'idea di uno “Stato nazionale ebraico” e cercano piuttosto di trasformare il paese in uno “Stato di tutti i suoi cittadini”³, relegando così, a un ruolo secondario, il legame sociale con la storia, la cultura o il simbolismo religioso ebraico. Demograficamente, inoltre, la percentuale di cittadini *palestinesi israeliani*⁴ va crescendo negli ultimi anni in maniera stabile e decisa⁵, segnalando l'urgenza di un ripensamento profondo nella teoria statale israeliana e nella formulazione del suo *corpus* costituzionale. D'altra parte, ancora in riferimento alla costellazione di variabili endogene del processo che ha condotto all'approvazione della nuova *Basic Law*, va evidenziata la crescente tensione tra il potere giudiziario e il potere esecutivo, con frequenti attriti tra il Governo e la Corte Suprema. Tale dinamica, che data ormai dai primi anni '90 (e, cioè, dopo l'affermarsi del controllo di legittimità costituzionale di tipo sostanziale da parte della Corte, con il caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* del 1995), caratterizza l'evoluzione costituzionale dell'ordinamento in questione⁶, e mostra negli ultimi anni di avere subito una netta accelerazione. La Corte Suprema

¹ Si veda a questo proposito: S. BALDIN, *Lo Stato nazione del popolo ebraico. Considerazioni sulla forma dello Stato israeliano alla luce della legge fondamentale del 2018*, in *Rev. Gen. de der. Púb. Comp.*, 24, 2018 e E. CAMPELLI, *L'instabile equilibrio costituzionale israeliano: simboli e diavoli della Basic Law sullo Stato Nazione*, in [NAD. Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società](#), 11, 2019.

² Cfr I. BARTAL, *Who needs the Nation-State Law? The State of the Jews, Fears and Fearmongering*, in Aa.Vv. (curr.), *Defining Israel. The Jewish State, Democracy and the Law*, Gerusalemme, 2018, 217-229.

³ A questo proposito, si veda la [proposta](#) di *Basic law* presentata da alcuni membri della Lista Congiunta araba, “A country for all its citizens”.

⁴ La definizione di “cittadino palestinese di Israele” è una formula che molti cittadini preferiscono alla più tradizionale “arabo israeliano”. La nuova definizione, come è evidente, è piena di un significato politico chiaro, che bene evidenzia la volontà di buona parte della minoranza palestinese in Israele di arrivare a una situazione di totale uguaglianza giuridica nel paese.

⁵ Come spiega anche il *Central Bureau of Statistics of Israel*. (v. il [report](#) dell'anno 2017/2018, anno di approvazione della legge).

⁶ Si veda, a questo proposito: Y. DOTAN, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, in *Israeli Affairs*, 87, 8, 2002; M. EDELMAN, *The Judicialization of Politics in Israel*, in *Int'l Pol. Sci. Rev.*, 177, 15, 1994; R. HIRSCHL, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution*, in *Comparative Politics*, 33, 3, 2001; A. MEYDANI,

sembra infatti svolgere apertamente una funzione di bilanciamento e sostegno a valori liberali, in contrapposizione ai governi di orientamento di centro-destra, che detengono la maggioranza della *Knesset* ormai dal 2009⁷, e che sono più legati a valori nazional-religiosi e identitari. In questa chiave, dunque, l'approvazione della *Nation-State Law* va interpretata come l'ennesimo episodio di un perdurante scontro fra i due poteri⁸, e in qualche misura sembra costituire una innegabile sconfitta delle istanze costituzionalmente moderatrici della Corte rispetto alle trasformazioni del quadro politico: per quanto, come si vedrà, la Corte stessa abbia deciso di percorrere, in sede di esame della Legge, una direzione meno conflittuale.

Se infatti la Corte ha promosso all'inizio degli anni Novanta la *constitutional revolution*⁹, si aprirebbe adesso, in contrasto, una fase di "contro rivoluzione" in cui è ricorrente l'accusa alla Corte di legiferare *from the bench*, di rendersi responsabile, cioè, di un eccessivo attivismo legislativo, con effetti distorsivi rispetto alla separazione dei poteri e della funzionalità della forma di governo israeliana¹⁰.

Inoltre, è in questa sede opportuno sottolineare come nemmeno il *timing* dell'approvazione sia del tutto casuale. Il 19 luglio 2018, data dell'approvazione in terza (e ultima) lettura del testo cade, infatti, solo un mese dopo il tentativo di tre parlamentari della *Joint List* araba di presentare un disegno di legge che avrebbe segnato il primo passo nella trasformazione di Israele in uno Stato ufficialmente bi-nazionale invece che uno Stato ebraico, proponendo all'interno del testo anche la cancellazione della *Legge del Ritorno*¹¹. Infine, l'approvazione del provvedimento nell'estate di quell'anno assume anche un valore centrale come mossa elettorale anticipata, in previsione dello scioglimento della *Knesset*, avvenuto il successivo 20 dicembre, e della successiva tornata elettorale del 9 aprile 2019, che si preannunciava piena di incognite.

Attraverso l'approvazione di un testo così altamente divisivo con una maggioranza assai risicata (62 voti a favore e 55 contrari), il Primo Ministro Netanyahu sembra aver scelto di dar vita ad uno scenario bipolare chiaro, che segua uno schema "patrioti" vs. "non patrioti". Se è infatti vero che sarebbero state sufficienti poche modifiche per rendere il testo accettabile anche a partiti di

The Supreme Court as a Political Entrepreneur: The Case of Israel, in *Israel Studies Review*, 27, 2, *Special Issue: Law, Politics, Justice, and Society: Israel in a Comparative Context*, 2012; Y. ROZNAI, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, in [Verfassung und Recht in Übersee \(VRÜ\)](#), 51, 4, 2018, 415-436.

⁷ L'ultimo Governo di centro-sinistra è stato, infatti, quello presieduto da Ehud Olmert del partito *Kadima*, tra il 2006 ed il 2009. Nell'Esecutivo attuale, sono inclusi il partito di centro-sinistra *Avodà* ed il partito di sinistra *Meretz*.

⁸ Cfr Y. HAZONY, *The current crisis in Israel's Constitution*, in Aa.Vv. (curr.), *Defining Israel. The Jewish State, Democracy and the Law*, cit., 145-159 e D. MYERS, *The triumph of majoritarianism, and the decline of democracy*, in Aa.Vv. (curr.), *Defining Israel. The Jewish State, Democracy and the Law*, cit., 193-193.

⁹ Si veda a questo proposito, tra gli altri, R. GAVISON, *The Constitutional Revolution. Reality or Self-Fulfilling Prophecy?* IDI, 1998; P. J. WOODS, *The Ideational Foundations of Israel's "Constitutional Revolution"*, in *Political Research Quarterly*, 62, 4, 2009; F.I. MICHELMAN, *Israel's "Constitutional Revolution": A Thought from Political Liberalism*, in *Theoretical Inquiries*, 19, 2018; G. SAPIR, *Constitutional revolutions: Israel as a case-study*, in *Int. Journal of Law in Context*, Cambridge, 5, 4, 2009; G. SAPIR, *The Israeli Constitutional Revolution – How Did it Happen?* in *Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper*, 8, 2, 2008; A. BARAK, *A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws*, in *Faculty Scholarship Series*. 3697, New Haven, 1993.

¹⁰ Si veda a questo proposito: A. HAREL, *The Israeli Override Clause and the Future of Israeli Democracy*, in [Verfassungsblog](#), 2018; E. CAMPPELLI, "Override Clause", un nuovo capitolo dello scontro tra i poteri, in [Nomos](#), 1, 2018; H. SALLON, *The Judicialization of Politics in Israel*, in *Bul. du Centre de rec. français à Jérusalem*, 16, 2005; A. BARAK, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel Studies*, 3, 2, 1998, 6–29.

¹¹ Il disegno di legge in questione è stato presentato dai parlamentari Zahalka, Zoabi e Azbarga, in risposta alla nuova *Basic Law: Israel as the nation State of the Jewish People*, ed è stato successivamente ritenuto inammissibile dal *Presidium* della *Knesset*, che non ha consentito la discussione in aula. La Corte Suprema ha successivamente respinto, il 30 dicembre 2018, il ricorso presentato da *Adalah*, *The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel*, contro la decisione del *Presidium*. A questo riguardo, cfr. E. CAMPPELLI, *Israele: La dissoluzione della 20a Knesset e le elezioni politiche del 2019. L'ordinamento israeliano tra movimenti partitici e molte incognite*, in [Nomos](#), 3, 2018.

opposizione, come la coalizione *Machanè Tzioni*¹², è altrettanto evidente come Netanyahu abbia visto nel testo e nella sua approvazione un'occasione quanto mai favorevole per fare emergere tutto il potenziale altamente divisivo – in termini simbolici e politicamente concreti – della già instabile *Knesset*, affrontando il voto sul testo come un evidente preludio elettorale.

Nel frattempo, in ambito internazionale, si sono moltiplicati quotidianamente gli attacchi alle politiche dello Stato israeliano, come attraverso la campagna di *boicottaggio, disinvestimenti e sanzioni* (BDS), alla quale non è estraneo lo stesso mondo accademico. Per quanto simili iniziative non sembrino nel complesso esercitare un impatto reale sull'economia o nella "sociologia" del paese, rappresentano uno dei cardini della "sindrome di accerchiamento" israeliana, costituendo spesso l'effetto, in realtà, di una pregiudiziale ostilità antisraeliana o addirittura antiebraica. Questo sentimento è stato cavalcato a fini elettorali dall'esecutivo Netanyahu, sia in termini comunicativi – con l'uso massiccio, in chiave di creazione del consenso, di una retorica particolarmente legata al tema della difesa – sia dal punto di vista legislativo, con prolungate discussioni parlamentari e disegni di legge, tra cui spicca il dibattito sul *Cultural Loyalty Bill*¹³.

Se è questo, brevemente accennato, il contesto immediato di approvazione della legge, va osservato, quanto alla sua impostazione complessiva, che una parte consistente della dottrina sottolinea il carattere discriminatorio del testo, richiedendone l'abrogazione immediata. A partire dal 1° ottobre 2018, sono stati depositati alla Corte Suprema israeliana 15 distinti ricorsi, le cui diversificate provenienze rimandano alla frastagliata composizione della società israeliana e sottolineano come la *Nation-State Law* incontri una ferma opposizione da gruppi anche molto eterogenei e trasversali. I ricorsi, con forme e accentuazioni diverse, convergono sull'argomento che la natura discriminatoria della legge sia ravvisabile nella palese subordinazione delle minoranze non ebraiche nazionali, e l'accusa di una programmatica "esclusione" di esse ricorre con forza in tutti i ricorsi presentati, ponendo la legge in analisi nel più ampio ambito teorico dei diritti delle minoranze¹⁴ e del multiculturalismo costituzionale¹⁵. Nel dibattito pubblico israeliano, spesso caratterizzato da toni aspri e accesi, è stato anche suggerito che la Legge abbia lo scopo di

¹² Scioltasi, poi, il 1° gennaio 2019, e i cui componenti, i laburisti di *Avodà* e i centristi di *Hatnuà*, hanno partecipato separatamente alle elezioni politiche del 9 aprile 2019.

¹³ A questo riguardo, cfr. E. CAMPPELLI, *Israele: La dissoluzione della 20a Knesset e le elezioni politiche del 2019*, cit.

¹⁴ Si vedano, tra gli altri, R. TONIATTI, *Minoranze, diritti delle*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996, 707; G.M. QUER, *Pluralismo e diritti delle minoranze. Il sistema del "millet"*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2020, 280-84; S. FERRARI, *Libertà religiosa e stato pluriconfessionale: il caso di Israele*, in F. Biffi (cur.), *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Atti del V colloquio giuridico (8-10 marzo 1984), Roma, 1985.

¹⁵ Non è ovviamente possibile in questa sede affrontare in maniera approfondita il tema del multiculturalismo. Tuttavia, per un approfondimento della questione multiculturale, *ex multis*, si veda G. BAUMANN, *L'enigma multiculturale. Stati, etnie, religioni*, (1999), trad. it., Bologna, 2003; A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 3, 1993, 3 e ss.; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000; W. KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, in *Il Mulino*, 1997, 199 ss.; R. TONIATTI, *El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, JPsWorking Papers, 3, 2015; F. Crespi, R. Segatori (curr.), *Multiculturalismo e democrazia*, Roma, 1996; A. MASTROMARINO, *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, 2010; A. MASTROMARINO, *Il diritto comparato alle prese con il multiculturalismo: una sfida aperta. Il federalismo disaggregativo nella teoria dei tipi di Stato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2010; E. CRUZ RODRÍGUEZ, *Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad*, in *Criterio Jurídico*, 13, 2, 2013, 69-101; S. CECCANTI, *Una libertà comparata*, Bologna, 2001; D. Amirante, V. Pepe (curr.), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, 2011; B.Z. TAMANHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 30, 2008, 375-411; R. Toniatti (a cura di), *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti, 2020.

garantire la superiorità ebraica nell'intero territorio di Israele qualora dovesse verificarsi una annessione unilaterale dei territori della *West Bank*¹⁶.

I sostenitori della legge rivendicano, al contrario, la piena liceità del provvedimento in quanto legittima costituzionalizzazione del diritto naturale del popolo ebraico all'autodeterminazione, che sarebbe, altresì, la giustificazione per la costituzione dello Stato di Israele. Questa interpretazione afferma che la legge non viola il principio dell'eguaglianza, che è garantito, anche se in modo implicito, nella *Basic Law: Human Dignity and Liberty* del 1992. Come già accennato, i sostenitori della legge vedono il testo necessario in un più generale bilanciamento delle prerogative Governative rispetto all'attivismo della Corte Suprema e alla presunta preferenza di quest'ultima per i "valori universali" rispetto agli interessi e ai valori nazionali.

Dal punto di vista degli specifici contenuti, la legge comprende 11 articoli dalle importanti implicazioni, che non è in questa sede possibile considerare analiticamente, se non per alcuni aspetti particolarmente significativi. Va preliminarmente osservato che, per quanto alcune disposizioni della legge siano originali, molte norme possono, invece, essere già trovate in diverse disposizioni primarie vigenti. Ciò che sembra essere la vera – e importante – novità della *Nation-State Law* è dunque, l'attribuzione di un valore costituzionale a tali norme e, conseguentemente, la collocazione di esse ad un livello gerarchico superiore rispetto al passato, con le relative implicazioni ordinamentali.

L'articolo 1 afferma che la terra di Israele è la "patria storica" del popolo ebraico, che lo Stato d'Israele è lo Stato-Nazione del popolo ebraico, dove quest'ultimo esercita il diritto all'autodeterminazione che gli compete in via esclusiva. L'articolo, che racchiude al suo interno alcuni dei temi più scottanti di tutta la storia moderna di Israele, può essere però compreso solo in relazione alla Dichiarazione di Indipendenza del 1948. Quest'ultima dispone la nascita di uno Stato "ebraico" nella Palestina mandataria, e sancisce dunque la realizzazione dell'ideale sionista politico europeo, passando da un modello comunitario fondato sulla *galut*, la diaspora ebraica, a quello di Stato Nazione nei termini classici e giuridicamente moderni. Rispetto, però, alla Dichiarazione di Indipendenza del 1948, la nuova legge sullo Stato Nazione segna allo stesso tempo una continuità e una profonda cesura. Se, infatti, la Dichiarazione del 1948 aveva segnato la nascita – sempre soggetta a infinite discussioni politiche e giuridiche – di uno Stato "ebraico" sulla base di «piena e uguale cittadinanza»¹⁷, il nuovo testo stabilisce, al comma c), che tale diritto di autodeterminazione sia esclusivo del popolo ebraico, escludendo da tale diritto fondante la variegata costellazione di minoranze presenti nel territorio. Tale disposizione, che se inquadrata attraverso i paradigmi individuati da S. Smooha, N. Rouhama e Yoav Peled¹⁸ (basati sulla concettualizzazione operata da Juan José Linz¹⁹ nel 1975 e successivamente ripresa soprattutto nella ricostruzione teorica di Sammy Smooha²⁰), sembra collocare chiaramente Israele in una nuova fase di "democrazia etnica", rappresenta uno dei nodi più significativi e urgenti del testo,

¹⁶ È, questa, un'ipotesi riemersa nel dibattito politico nell'estate 2020, le cui implicazioni, assai significative, non possono essere discusse in queste pagine

¹⁷ La Dichiarazione recita infatti: «*We appeal – in the very midst of the onslaught launched against us now for months – to the Arab inhabitants of the State of Israel to preserve peace and participate in the upbuilding of the State on the basis of full and equal citizenship and due representation in all its provisional and permanent institutions*».

¹⁸ Si veda a questo riguardo: S. SMOOHA, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, in *Israel Studies*, 1997, 198-241; A. GHANEM, N. ROUHAMA e O. YIFTACHEL, *Questioning "Ethnic Democracy": A Response to Sammy Smooha*, *Israel Studies*, in *Law and the Transformation of Israeli Society*, 3, 2, 1998, 253-267, N. ROUHAMA, *The Test of Equal Citizenship: Israel Between Jewish Ethnocracy and Binational Democracy*, in *Harvard Int. Review*, 1998, 74-78; Y. PELED, *Citizenship Betrayed: Israel's Emerging Immigration and Citizenship Regime*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, 603-628.

¹⁹ Si veda J.J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, in F. Greenstein, N. Polsby (curr.), *Handbook of Political Science*, Vol. 3, Reading, 1975.

²⁰ Cfr S. SMOOHA, *The Model of Ethnic Democracy*, ECMI Working Papers n. 13, European Centre for Minority Issues, Flensburg, 2001, 1-95.

tale da scatenare accesi dibattiti e ampie proteste, che hanno coinvolto, come poche volte prima, non solo il tessuto socio-politico palestinese, ma anche quello druso e circasso, con una notevole sollevazione anche degli ambienti legati al sionismo socialista e all'ebraismo statunitense non ortodosso.

L'articolo 2 regola i simboli di Stato e l'articolo 3 dichiara Gerusalemme «completa e unita» capitale dello Stato, confermando peraltro quanto già sancito nella *Basic Law* su Gerusalemme del 1980. L'articolo 4 sancisce invece che sia l'ebraico la lingua ufficiale dello Stato e che all'arabo – già considerato anch'esso lingua ufficiale – sia assegnato un imprecisato «status speciale». L'articolo 5 ribadisce che lo Stato sarà aperto all'immigrazione ebraica e l'articolo 6 stabilisce gli impegni dello Stato nei confronti della diaspora. L'articolo 7 dichiara l'insediamento ebraico come un «valore nazionale» e afferma che lo Stato si impegnerà attivamente per promuoverlo. L'articolo 8 stabilisce che il calendario ebraico sarà calendario statale ufficiale. L'articolo 9 afferma che il giorno dell'Indipendenza (*Yom Ha'atzmaut*) è ufficiale festa di Stato. L'articolo 10 afferma che il *Memorial Day* e il *Giorno del ricordo della Shoà* sono ricorrenze dello Stato dedicati alla memoria ebraica. L'articolo 11 stabilisce infine che la legge può essere modificata solo da una diversa Legge Fondamentale votata dalla maggioranza dei membri della *Knesset*.

2. Le possibili implicazioni per i diritti individuali

Le preoccupazioni che la legge serva da pretesto per la discriminazione dei cittadini non ebrei di Israele sono state sollevate sia per quanto riguarda la sua premessa generale, sia per quanto riguarda specifici articoli. A proposito della prima, l'interpretazione prevalente è che la legge sancisca la superiorità della maggioranza ebraica, e che le affermazioni generali riguardanti l'esclusivo diritto all'autodeterminazione del popolo ebraico serviranno come base per future leggi che permetteranno un trattamento preferenziale degli ebrei. Riservando il diritto di autodeterminazione esclusivamente agli ebrei, si sostiene, la legge divide chiaramente la cittadinanza in due categorie distinte, escludendo i membri delle minoranze nazionali dalla «comunità morale»²¹ impegnata a realizzare il bene comune del paese e generando un forte sentimento di identificazione ad una cittadinanza «di seconda classe». Quello poi che viene a mancare nel testo, come sottolineato spesso nel dibattito, è rilevante almeno quanto ciò che viene incluso: la *Nation-State Law* non include nessun riferimento all'uguaglianza, e non riconosce in nessun modo l'esistenza di minoranze non ebraiche in Israele. Versioni alternative del testo, che includono un esplicito riferimento all'uguaglianza, sono state suggerite, e respinte, spingendo molti giuristi²² a reputare che la formulazione finale abbia volutamente lasciato fuori il

²¹ Nell'interpretazione di Yoav Peled, Israele avrebbe dato luogo a due modelli di cittadinanza in sostanza divergenti, un modello «repubblicano», e un modello «liberale». Il modello di cittadinanza «repubblicana» sarebbe applicabile e valido per gli ebrei, laddove quello «liberale» si riferirebbe alle comunità minoritarie non ebraiche. Il nodo della distinzione – e della divergenza – sta nella circostanza che risulterebbe garantito a tutti l'esercizio di uguali diritti, ma riconosciuta solo agli ebrei la possibilità di concorrere, attraverso tale esercizio, alla realizzazione dell'obiettivo di un bene comune. Il contesto di tale esercizio è quello della «comunità morale» alla quale apparterrebbero, in Israele, solo gli ebrei, impegnati a realizzare quel bene comune riconosciuto come prioritario per il popolo ebraico. Ed è solo questa appartenenza alla «comunità morale» di cui si è detto che garantisce e dà diritto all'accesso alla cittadinanza «repubblicana» – riservata appunto agli ebrei – mentre gli arabi israeliani (ed eventualmente anche altre minoranze non ebraiche) sarebbero collocati in uno spazio di cittadinanza «liberale», con il relativo godimento di diritti, ma anche con l'esclusione dalla «comunità morale», asse e appannaggio esclusivo della cittadinanza repubblicana.

²² Si vedano a questo proposito le posizioni della costituzionalista Suzie Navot.

riferimento. Durante l'*iter legis*, ed in aggiunta al già menzionato art. 1C, due sono stati gli articoli contestati come fonte di specifiche preoccupazioni per il tema dell'uguaglianza. L'articolo 4, che declassa lo status dell'arabo da lingua ufficiale²³ ad una non meglio definita «lingua con status speciale», e l'articolo 7, che stabilisce che «*the State considers Jewish settlement to be a national value, and it will act to encourage and promote its establishment and development*». Quest'ultimo, insieme all'art.1C, è forse l'articolo più controverso della legge, ed è stato discusso animatamente dentro e fuori il Parlamento.

Come per l'art. 4 la formulazione è volutamente vaga e il significato del termine “insediamento ebraico” non è precisamente definito²⁴. Il dibattito si è incentrato sul fatto che l'articolo 7 consentirebbe la creazione di insediamenti “esclusivamente ebraici” in Israele, in contrasto con la decisione della Corte Suprema nel *Qu'adan Case* del 2000, che ha stabilito come la creazione di tali insediamenti violi il principio di uguaglianza e sia quindi incostituzionale. Inoltre, non è chiaro se e come l'articolo 7 possa influenzare l'allocazione delle risorse statali per la creazione di nuove città e villaggi. La prima sentenza della Corte Suprema (nella sua funzione di Alta Corte di Giustizia) che si riferisce alla legge è stata emessa pochi mesi dopo l'emanazione della *Basic Law* e rafforza le preoccupazioni relative alle implicazioni della legge sul principio di uguaglianza nell'ordinamento. In *Moshiach David et al. V. The Palestinian Authority* (HCJ 9135/07) il querelante ha chiesto un risarcimento a *Hamas* per i danni mentali ed emotivi subiti in seguito ad un bombardamento a Tel-Aviv.

Nel valutare se al querelante dovesse essere riconosciuto il risarcimento del danno, il giudice Drori ha fatto riferimento all'articolo 6(a) della legge, che afferma che «*The State will strive to ensure the safety of the members of the Jewish people in trouble or in captivity due to the fact of their Jewishness or their citizenship*». Ritenendo che *Hamas* abbia preso di mira gli ebrei in quanto tali, il giudice Drori determinò che «*when there are a number of available options with regard to punitive damages, and the injured is one of the 'members of the Jewish people in trouble or in captivity due to the fact of their Jewishness or their citizenship', the scale will weigh towards awarding punitive damages, among another thing, due to article 6(a) of the Nation-State Law*».

Il giudice Drori ha inoltre sottolineato il valore operativo, e non solo dichiarativo, del testo e ha ritenuto che trattandosi di una Legge Fondamentale, potesse applicarsi anche ad una fattispecie avvenuta 20 anni prima della sua approvazione. Poiché la legge è formulata in termini aperti, peraltro, il suo reale impatto giurisprudenziale verrà in gran parte sancito dalla sua interpretazione e dal tipo di relazione che i tribunali concretamente istituiranno fra le diverse Leggi Fondamentali. Nelle parole di Tamar Hostovsky Brandes: «*The Moshiach decision demonstrates that the Nation-State Law may serve as grounds for discrimination in both anticipated and unanticipated ways*»²⁵.

²³ Sul tema linguistico in ordinamenti costituzionali multiculturali si veda D. AMIRANTE, *La questione linguistica nello Stato multiculturale: profili comparativi*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2016.

²⁴ Il testo, tuttavia, a detta di molti suoi proponenti, non si riferirebbe alla volontà di creare comunità ebraiche “esclusive”, fattispecie peraltro già in passato riconosciuta come incostituzionale dalla Corte suprema, né si riferirebbe agli insediamenti israeliani nella *West Bank*, ma a quelli, legittimi dal punto di vista del diritto internazionale, in Galilea e nel Negev. A testimonianza di questa interpretazione vi sarebbe anche il fatto che il termine usato nel testo per identificare gli insediamenti è *hityashvut* e non *hitnachluyoth*. Nell'ebraico contemporaneo, infatti, il termine *hityashvut* si riferisce al complesso di insediamenti agricoli fondato su principi collettivi o cooperativi basati sul lavoro autonomo, di cui i *kibbutzim* sono l'esempio più classico. Il termine ha lo stesso significato letterale di *hitna'hlut*, ma non è usato allo stesso modo e non è usato per riferirsi ai coloni (*mitna'hlim*) o agli insediamenti oltre il confine dell'armistizio della linea verde del 1949, che sono, appunto, *hitnachluyoth* o *shtachim*.

²⁵ T. HOSTOVSKY BRANDES, *Israel's Nation-State Law – What Now for Equality, Self-Determination, and Social Solidarity?* in [Verfassungsblog](#), 2018.

3. Autodeterminazione e diritti collettivi

La nozione di autodeterminazione è al centro del testo in analisi, che sancisce a livello costituzionale come Israele rappresenti l'emanazione del diritto del popolo ebraico all'autodeterminazione. Nonostante la sua evidente centralità, tuttavia, il testo non comprende alcuna definizione o specificazione della nozione stessa di autodeterminazione. Non si tratta, in effetti, di un problema di scarsa rilevanza. Dopo la sentenza del 1998 della Corte Suprema canadese sulle ipotesi secessionistiche del Quebec, la distinzione tra autodeterminazione esterna e interna si è infatti andata affermando nel diritto internazionale²⁶. In Quebec, la Corte Suprema canadese ha spiegato che: «*The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing State*». Per quanto il contenuto esatto del diritto all'autodeterminazione interna rimanga controverso, un'esplicita negazione del diritto delle minoranze all'autodeterminazione interna è chiaramente ritenuta incostituzionale nelle democrazie liberali contemporanee. Nella misura in cui l'autodeterminazione è intesa come il diritto di un popolo a perseguire il proprio sviluppo collettivo, la Legge può effettivamente prestarsi a ostacolare il riconoscimento di ogni forma di diritto in capo alla minoranza arabo-palestinese in Israele. Parimenti, la stessa Legge può essere usata per giustificare scelte relative all'allocatione delle risorse nazionali per iniziative e attività legate a tale riconoscimento, e dunque per incidere negativamente sulla possibile operatività della rappresentanza politica araba, laddove quest'ultima si prefigga il raggiungimento di propri e caratterizzanti obiettivi.

In ultima analisi, la Legge pretende di determinare sul piano costituzionale l'identità nazionale israeliana, cioè la base della relazione tra lo Stato e la nazione: identità peraltro già ampiamente stabilita nella Dichiarazione di Indipendenza (1948) la quale tuttavia, come si ricorderà, *non* è – a rigore – testo costituzionale. La *Nation-State Law* definisce infatti il perimetro della comunità politica nazionale in termini escludenti, includendo nella comunità politica nazionale gli ebrei (non cittadini) al di fuori di Israele (attraverso un richiamo all'art.6B e 6C), ma escludendo le minoranze non ebraiche nazionali²⁷. La percezione che sia la nazione etnica ebraica, piuttosto che la cittadinanza israeliana nel suo insieme, ad essere considerata la “vera” comunità morale su cui lo Stato di Israele si fonda, non è certamente un'innovazione portata dalla *Basic Law* in analisi, ed è anzi stata avallata dalla Corte Suprema di Israele in almeno due occasioni, il caso Tamarin²⁸ del 1972 e, nel 2013, nel caso Ornan²⁹.

4. La sentenza della Corte

L'8 luglio 2021, la Corte Suprema israeliana ha respinto i ricorsi che contestavano la Legge Fondamentale promulgata quasi tre anni prima. La decisione (*HCI 5555/18 MK Akram Hasson and others v. Knesset of Israel and others*), lunga 201 pagine, include l'opinione dei dieci giudici della

²⁶ Sull'esperienza multiculturale nell'ordinamento canadese, si vedano, *ex multis*: C. PICCOCCHI, *L'interculturalismo nel diritto costituzionale: una storia di parole*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2019; M. ZUPPETTA, *Società multietnica e multiculturalismo. Il Canada*, in [Amministrazione In Cammino](#), 4, 2010; G. Rolla (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000.

²⁷ Si veda a questo proposito M. MAZEN, *The dynamics of exclusionary constitutionalism: Israel as a Jewish and democratic State*, London, 2019 e Y. JABAREEN, *Enshrining exclusion: the Nation State Law and the Arab-Palestinian minority*, in Aa.Vv. (curr.), *Defining Israel. The Jewish State, Democracy and the Law*, cit., 249-265.

²⁸ CA 630/70, *Georges Raphael Tamarin v. The State of Israel*, 1972.

²⁹ CA 8573/08, *Ornan v. Ministry of the Interior*, 2013.

maggioranza con la sola opinione dissenziente del giudice Kara, unico giudice arabo della Corte, e unico giudice che ha ritenuto che diversi articoli della Legge dovrebbero essere invalidati perché incostituzionali. Questa recente sentenza della Corte costituisce un momento fondamentale all'interno del dibattito in corso e la più recente articolazione di esso, meritando certamente una considerazione specifica.

La sentenza della Corte si sviluppa in due direzioni argomentative. La prima è la questione, di natura dottrinale, riguardante l'autorità della Corte di invalidare una Legge Fondamentale, *de facto* norma costituzionale in Israele. La seconda è invece una questione sostanziale, riguardante il significato e le implicazioni del testo in analisi per le minoranze non ebraiche di Israele e la sua compatibilità con il principio di uguaglianza. Nonostante le due questioni siano discusse come separate, esse sono chiaramente collegate: quanto più limitata è infatti l'autorità percepita della Corte, tanto più grave deve essere il danno procurato dalla legge per giustificarne l'annullamento, totale o parziale.

Alcuni articoli della legge, in particolare quelli riguardanti i simboli di Stato, le bandiere e le festività, rafforzano principi già esistenti, elevandoli allo status di una Legge fondamentale. Altri articoli, tra cui l'articolo 1, l'articolo 4 e l'articolo 7 introducono invece nuovi termini o principi nel sistema costituzionale di Israele. I 15 ricorsi presentati contro la legge³⁰, si riferiscono esplicitamente a violazioni del principio di uguaglianza e autodeterminazione e sottolineano il danno causato dal messaggio della legge, caratterizzandolo come escludente e discriminatorio. I ricorrenti sostengono che la magnitudine del danno, lesivo, nella loro opinione, del carattere democratico dell'ordinamento, giustifichi l'intervento della Corte e l'annullamento della Legge Fondamentale sulla base di un giudizio di legittimità costituzionale.

La disputa pubblica e politica in Israele riguardo all'autorità della Corte di invalidare o emendare una Legge Fondamentale si è intensificata negli ultimi anni. Da un lato, la *Knesset* ha, in una serie di atti controversi, modificato alcune Leggi Fondamentali per motivi meramente politici. La Corte, in risposta, ha dichiarato in diverse occasioni di detenere l'autorità di invalidare o emendare una Legge Fondamentale, aggravando ulteriormente lo scontro in atto tra Esecutivo e Giudiziario nell'ordinamento israeliano, dinamica a cui si è già fatto riferimento e che caratterizza la cronaca politica ed istituzionale dell'ordinamento. L'esempio più recente di tale autorità lo si ha con la sentenza del 23 maggio 2021 (*HCI 5969/20 Stav Shafir v. The Knesset*), in cui la Corte ha stabilito i limiti per l'uso delle Leggi Fondamentali (di rango costituzionale) allo scopo di risolvere problemi e contingenze politiche³¹. Tuttavia, la Corte non ha ancora offerto una teoria completa relativamente alla sua autorità di condurre una attività di *judicial review* sulle Leggi Fondamentali, e i ricorsi contro la *Nation-State Law* sono stati percepiti, prima di tutto, come un altro capitolo nel complesso percorso di delineazione di tale autorità.

Il punto principale sottolineato dalla Corte nella sentenza a questo proposito è il fatto che la Costituzione israeliana non sia ancora – almeno formalmente – completa. Nel 1950, la *Knesset*, con la *Risoluzione Harari*, decise infatti di non adottare una Costituzione completa, ma di procedere di volta in volta con l'emanazione di Leggi Fondamentali in un processo costituzionale

³⁰ Sono stati 15 i ricorsi contro la *Nation State Law* presentati alla Corte. Al fine dell'analisi è interessante sottolinearne la provenienza decisamente trasversale, a dimostrazione di una opposizione al testo capace di scavalcare *cleavages* politici ed etnici fortemente caratterizzanti la polarizzata società israeliana. Oltre alla comunità drusa, anche *Meretz* (partito di sinistra ebraica) ha presentato un ricorso, seguita poi da *Adalah* (il Centro legale per i diritti delle minoranze arabe in Israele), il partito arabo *Joint List* e molti rappresentanti della popolazione ebraica *mizrahi*.

³¹ Nella sentenza la Corte ha stabilito che *Cabinet* e *Knesset* avevano abusato del loro potere costituente approvando un emendamento ad una Legge Fondamentale sul bilancio dello Stato. A questo proposito si veda Y. ROZNAI, M. GUTMAN, *Saving the Constitution from Politics: The Israeli High Court of Justice and the Misuse of Constituent Power Doctrine*, in [Verfassungsblog](#), 2021.

“progressivo”. Tale processo “a tappe”³² è ancora in corso e la *Nation-State Law* ne è il più recente frutto, consistendo in un testo che, nell’opinione comune, dovrebbe rappresentare il preambolo della futura Costituzione. La caratterizzazione della Legge come capitolo di una Costituzione ancora incompleta è al centro della decisione: la Presidentessa Hayut ha spiegato come il processo costituente sia ancora in corso, e i tempi non siano maturi per adottare una dottrina in merito alla costituzionalità degli emendamenti costituzionali. La Presidentessa Hayut ha respinto l’argomentazione dei ricorrenti secondo cui la Legge Fondamentale, o almeno alcune delle sue disposizioni, neghino i valori fondamentali dell’ordinamento israeliano e siano quindi incostituzionali. La tesi, ha osservato nella sentenza, si basa sulla dottrina dell’“*unconstitutional constitutional amendment*”³³, che sancisce dei limiti all’autorità di emendare i testi costituzionali o di modificare la struttura costituzionale di base. Secondo Hayut, gli ordinamenti che hanno riconosciuto questo principio sono quelli che, a differenza di Israele, hanno Costituzioni complete. Secondo questa lettura, l’adozione di una dottrina completa per l’esame della costituzionalità degli emendamenti costituzionali non dovrebbe essere sancita fino al completamento della stesura e dell’incorporazione di tutte le Leggi Fondamentali israeliane in una Costituzione completa.

Hayut ha precisato nella sentenza che questa considerazione non implica tuttavia che l’autorità della *Knesset*, nel suo ruolo di Assemblea Costituente, sia illimitata. In questa fase del percorso costituzionale israeliano, ha affermato la Presidentessa, la *Knesset* non può modificare il principio costituzionale che definisce Israele come Stato “ebraico e democratico”. Tale definizione, ha stabilito la Corte, deriva dai testi costituzionali ed è il nodo centrale intorno al quale si è sviluppato l’ordinamento. Stabilendo che la Legge Fondamentale in questione non violi il carattere di Israele come Stato ebraico e democratico, e rimarcando la possibilità di un intervento della Corte in un caso simile, Hayut e la Corte si sono astenute dall’approfondire il tema dell’autorità della Corte sul *judicial review* delle Leggi Fondamentali.

La nozione della Costituzione israeliana come di un testo “*in the making*”³⁴, è reiterata nelle *concurring opinions*. Con le parole di Tamar Hostovsky Brandes: «*The majority judges all perceived the enactment of the Law to be part of the constitutional enactment process and thought that the fact that the constitutional “rules of the game” are not yet entrenched demands the Court to exercise restraint in conducting judicial review of Basic Laws*»³⁵. Sebbene quindi la sentenza riconosca la possibilità di intervento della Corte in casi eccezionali, la maggioranza dei giudici della Corte ha stabilito che questo non sia uno dei casi in questione. L’impegno maggiore nell’interpretazione del giudice Hayut è volto a spiegare e chiarire come il testo possa essere interpretato in modo che sia coerente con i principi di democrazia e uguaglianza, così come con il diritto all’autodeterminazione nel diritto internazionale. Sottolinea, per esempio, che la legge è “dichiarativa” e quindi non ha effetto sui diritti individuali, e che la disposizione che il diritto all’autodeterminazione nazionale nello Stato di Israele sia “esclusivo” per il popolo ebraico non preclude il riconoscimento dei diritti collettivi di “autodeterminazione culturale interna delle minoranze”.

Mentre molta attenzione e sapienza tecnica sono state dedicate all’analisi della relazione tra la *Nation-State Law* e il diritto all’uguaglianza, i giudici di maggioranza sembrano sottovalutare gli

³² A questo proposito si veda, tra gli altri, R. TONIATTI, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 27, 2, 1977, 510-535.

³³ Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017; Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea*, in *The Am. Journal of Comp. Law*, 61, 3, 2013, 657-719.

³⁴ G. SAPIR, D. BARAK-EREZ, A. BARAK, *Israeli Constitutional Law in the Making*, London, 2013.

³⁵ T. HOSTOVSKY BRANDES, *Does Where You (Legally) Stand Depend On Where You Sit?: The Israeli Supreme Court’s Decision on the Nation State Law*, in [Verfassungsblog](#), 2021.

effetti sociologici e antropologici della Legge, trattando il disagio che deriva ai gruppi di minoranza dalla percepita marginalizzazione come un elemento secondario e sostanzialmente “minore”. Così il giudice Hendel, pur concludendo che la legge non violi il principio di uguaglianza, ha dichiarato nella sua *opinion* che la legge «ha erroneamente dato a troppi cittadini l'impressione di non essere cittadini uguali», che «un messaggio umiliante a volte mette in ombra la correttezza delle disposizioni di legge» e ha espresso la speranza che la decisione possa aiutare a rimediare a questo messaggio. Il giudice Melcer ha dichiarato da parte sua che “è auspicabile” che la Costituzione israeliana riconosca il multiculturalismo *de facto* della società israeliana, ma non spetta alla Corte porre rimedio al mancato riconoscimento del suddetto principio.

La differenza tra le opinioni dei dieci giudici della maggioranza e l'opinione del giudice Kara, unico giudice di minoranza (e arabo), non consiste soltanto in una discordante interpretazione giuridica – Kara ritiene che le sezioni 1(c), 4, e 7 del testo dovrebbero essere invalidate – ma anche una differenza di tono. Mentre il tono della decisione di maggioranza è cauto e moderato, la decisione di minoranza è appassionato e determinato. Kara si è espresso dichiarando che la legge ha un «tono cattivo e discriminatorio», che «nega il nucleo dell'identità democratica» e che «frantuma la base della struttura costituzionale». Kara, che cita importanti costituzionalisti israeliani come Barak, Gavison e Navot, afferma che la legge rende le minoranze “invisibili” e nega la loro esistenza. La distanza tra le opinioni della maggioranza, che percepiscono il danno potenziale causato dalla Legge come tale da poter essere mitigato attraverso l'interpretazione, e l'opinione della minoranza, che percepisce il testo, nella sua forma attuale, come non redimibile, è coerente con l'idea che l'effetto della *Nation-State Law* venga percepito in modo diverso dalla maggioranza ebraica (seppure con delle ovvie differenziazioni) e dalle diverse minoranze nazionali³⁶. Sebbene i giudici della Corte abbiano spesso optato per presentare le loro posizioni come neutrali e non derivanti dalla loro identità personale, la divisione ebraico-araba nella sentenza in analisi non è casuale, e Kara la affronta esplicitamente, citando, sia in ebraico che in arabo, un proverbio che recita «*una mano nell'acqua non è come una mano nel fuoco*»³⁷.

5. Conclusioni

Per coloro che seguono le complesse dinamiche dell'ordinamento giuridico israeliano, con un focus specifico sulle dinamiche tra *Knesset* e Corte Suprema, la decisione della Corte sulla *Nation-State Law* non è sorprendente. Nel contesto dello scontro in atto, e considerando che la Legge ha poche clausole operative, era improbabile che fosse questo il caso in cui la Corte avrebbe esercitato un'autorità percepita come controversa. Tuttavia, anche se previsto, il percorso scelto dalla Corte può avere gravi effetti negativi nell'ambito della cittadinanza, della democraticità dell'ordinamento e sulla definizione del perimetro della comunità politica nazionale.

Nel frammentato e non pacificato ordinamento israeliano infatti, il tema delle minoranze della cittadinanza – concetto giuridico nient'affatto unitario o monolitico, ma anzi tema «diviso, contestato e dinamico»³⁸ – tendono oggi, e soprattutto con l'approvazione del testo in analisi, a

³⁶ Si veda a questo proposito N. B. CORREN, N. GIDRON e Y. FELDMAN, *Majority Nationalism Laws and the Equal Citizenship of Minorities: Experimental, Panel, and Cross-Sectional Evidence from Israel*, in [Journal of Legal Studies](#), 2022.

³⁷ באש שידו למי במים שידו מי דומה אין": הנאר פי אידה אללי זי מש המיה פי אידה אללי. HCJ 5555/18 MK Akram Hasson and others v. Knesset of Israel and others, 8 luglio 2021, par.57, 200. Il proverbio evidenzia come sia diversa la percezione sul significato e le possibili conseguenze della Legge tra la maggioranza ebraica (che ha la mano nell'acqua), le altre minoranze nazionali (con la mano nel fuoco).

³⁸ E. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, Padova, 2016, 8. Cfr E. CAMPPELLI, *Prove di convivenza. L'istituto di cittadinanza nell'ordinamento giuridico israeliano*, Firenze, 2022.

scomporsi e a moltiplicarsi in ragione del configurarsi di nuove modalità giuridiche di appartenenza, che travalicano i confini della comunità politica tipicamente supposta dal modello dello Stato-Nazione, generando potenziali – e gravi – vulnus nell’ambito della protezione dei diritti costituzionali delle minoranze. Sulla scorta – tra le altre – delle analisi di S. Mezzadra, E. Grosso, S. Sassen e S. Benhabib³⁹, è possibile osservare come questo processo si traduca, anche giuridicamente, nella disarticolazione e “proliferazione” di confini, che problematizzano la distinzione netta tra chi fa parte del *demos* e chi ne è, politicamente o giuridicamente fuori⁴⁰. A smentire l’esistenza di un quadro bipolare e di un paradigma che vede le due “grandi” categorie di cittadini e non cittadini, emerge piuttosto una sorta di caleidoscopio, nel quale è possibile intravedere una molteplicità di posizioni giuridiche soggettive, quali “cittadinanza parziale” o “semi-cittadinanza”, con conseguenze ancora tutte da analizzare e comprendere, soprattutto in un contesto liquido e conflittuale come quello israeliano. Proprio la rilevabilità di simili status, intermedi e “opachi”, mostra come l’interpretazione basata sulla contrapposizione binaria tra cittadino e straniero, inclusione ed esclusione, debba essere urgentemente rimodulata e declinata in risposta a nozioni e fattispecie più concretamente sensibili-al-contesto, di “inclusione differenziale” o, richiamando Etienne Balibar, “esclusione dall’interno”⁴¹.

L’ordinamento israeliano, alla prova del tempo, vede un pericoloso scivolamento verso una democrazia – *sempre più* – etnica e dunque ancora più lontana dall’elaborazione di un *pactum unionis* condiviso e strutturale. Facendo riferimento al vasto tema della degenerazione costituzionale⁴², dibattito ampio, strettamente contemporaneo e certamente non ancora concluso, lo Stato di Israele mostra chiaramente alcuni degli allarmanti segnali evidenziati da Tushnet, Graber e Levinson (e da Yaniv Roznai nel capitolo relativo ad Israele) nel loro lavoro *Constitutional Democracies in crisis?*⁴³. I possibili indicatori del processo di degenerazione costituzionale, che inevitabilmente sfugge a una definizione generalmente valida, sono in questo caso chiaramente ravvisabili. Basterà citare l’evidente malfunzionamento del sistema partitico, che vede in Israele una pesante *impasse* da oltre due anni e l’attuale eterogenea coalizione (ribattezzata da molti “*rak lo Bibi*”, “tutti fuorché Bibi”), sempre più fragile, come pure il protrarsi dello scontro in atto tra i poteri Esecutivo e Giudiziario, di cui si è già detto, l’elezione nella *Knesset* di candidati estremisti (cfr. il partito di estrema destra *Hatzionut Hadatit*). Le difficoltà derivanti da un processo costituente ancora incompleto e gravato dall’impegno a identificare un ordinamento *ebraico e democratico* giocano a questo proposito un ruolo decisivo. Il tema della *constitutional degradation* vede quindi nell’ordinamento israeliano, soprattutto per quanto riguarda il dibattito etnico, religioso e identitario della comunità politica, il delinearsi di forme specifiche e collisioni particolarmente preoccupanti sul piano dei diritti individuali e collettivi, ma “teoricamente” utili all’individuazioni di paradigmi costituzionali inediti e capaci di affrontare, nelle differenze, le nuove sfide costituzionali e politiche contemporanee.

³⁹ Si veda S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004, trad. it. a cura di S. De Petris, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006 e S. MEZZADRA, *Confini, migrazioni, cittadinanza*, in *Scienza & Politica* n. 30, 2004, 103-113, S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all’età globale*, Milano, 2008.

⁴⁰ Non è possibile in queste pagine approfondire il tema – assolutamente cruciale – dei residenti permanenti “non cittadini” di Gerusalemme Est o la complessa situazione giuridica dei palestinesi della *West Bank*.

⁴¹ Si veda E. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, 2012.

⁴² T. GINSBURG, A.Z. HUO, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018; M. TUSHNET, *The Degradation of Constitutional Discourse*, in *Georgetown Legal Journal*, 81, 2, 1992, 251-312; G. PELLER, *The discourse of constitutional degradation*, *ibid.*, 313-342; M. LOUGHLIN, *The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 2, 2019, 435-454; M. TUSHNET, *The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, 2021.

⁴³ Cfr M. TUSHNET, M. GRABER e S. LEVINSON, *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford, 2018.

Eleonora Iannario*

La cittadinanza tra inclusione e discriminazione. Riflessioni a margine di attuali politiche di naturalizzazione**

ABSTRACT: *Nel corso degli ultimi decenni, i requisiti di accesso alla cittadinanza dell'Unione europea sono cambiati significativamente. Infatti, mentre la naturalizzazione per investimento sta diventando più frequente in alcuni Stati membri dell'Unione europea, la maggior parte degli Stati sembra preferire la concessione della cittadinanza dopo il superamento di test linguistici in grado di dimostrare il livello di integrazione dell'individuo nello Stato ospitante. Considerata dunque la flessibilità del concetto di cittadinanza, in costante tensione tra esclusione e inclusione, è possibile notare come il suo ottenimento stia paradossalmente diventando sia più agevole sia connesso a criteri più stringenti. Se da un lato, infatti, i programmi di cittadinanza per investimento permettono la "svendita" della cittadinanza europea ad un vasto pubblico di ricchi possidenti, dall'altro lato, alcuni Paesi sembrerebbero avviare politiche di difesa culturale. Si può rilevare quindi una discrepanza tra l'idea di cittadinanza intesa come strumento di identificazione degli individui con gli Stati in cui risiedono e lo status civitatis che trascende le appartenenze etniche e culturali. Pertanto, l'obiettivo di questo contributo è quello di cogliere le problematiche istituzionali e giuridiche delle politiche di naturalizzazione nello Stato del XXI secolo e prospettare possibili soluzioni per la costruzione di una cittadinanza inclusiva.*

Over the last decades, the requirements to become a citizen of the European Union have changed significantly. While naturalization by investment is becoming more common in a few EU Member States, most of the states seem to prefer the naturalization through language tests, which could demonstrate the applicant's level of integration in the host state. Considering the flexibility of the concept of citizenship, in constant tension between exclusion and inclusion, it is possible to observe how its acquisition is paradoxically becoming both easier and linked to criteria that are more stringent. If, on the one hand, Golden Passports schemes succeed in "selling off" European citizenship to a large public of wealthy investors, on the other hand, some countries seem to be launching cultural defense policies. Therefore, a discrepancy could be detected between the concept of citizenship as a tool for identifying individuals with the states in which they live, and citizenship that transcends ethnic and cultural affiliations. In conclusion, the aim of this paper is to grasp the institutional and legal issues of naturalization policies in the XXI Century State and to suggest possible solutions for an inclusive citizenship.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. Cittadinanza senza identità? – 2.1. *lus pecuniae*. – 3. Cittadinanza come strumento di misurazione dell'integrazione. – 3.1. *lus linguae*. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa metodologica

In questa sede verranno esplorati alcuni aspetti innovativi in tema di cittadinanza introdotti da diversi interventi legislativi susseguitisi negli ultimi anni all'interno dei Paesi dell'Unione, per comprendere come si è evoluto il quadro normativo e, soprattutto, per evidenziare gli effetti di tali politiche sul concetto di cittadinanza in Europa. L'intento del presente studio è dunque quello di affrontare un'analisi comparata delle normative vigenti nel panorama europeo in materia di naturalizzazione al fine di tracciare una duplice linea di tendenza che possa sottolineare come l'influenza dell'integrazione sull'acquisizione della cittadinanza sia un fattore ancora molto importante, nonostante emerga contemporaneamente il fenomeno contrapposto della (s)vendita della cittadinanza nel contesto degli investimenti finanziari. In entrambe le fattispecie, l'elevato

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Sapienza-Università di Roma.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

marginale di discrezionalità che rimane in capo agli Stati indica che la cittadinanza resta uno degli ultimi baluardi della sovranità nazionale nel sistema multilivello dell'Unione europea.

La scelta di questa impostazione metodologica deriva dalla constatazione che le politiche di naturalizzazione adottate sono sempre più peculiari e, per la loro attualità, risultano non ampiamente approfondite a livello teorico-scientifico nella loro contraddittorietà, per lo meno apparente. Sembra rilevante dunque dedicare uno spazio ai diversi e contrapposti requisiti valutati nelle istanze di cittadinanza partendo dalla distinzione preliminare tra chi decide di "acquistare" un ulteriore passaporto con lo scopo di beneficiare dei diritti di cittadinanza di uno Stato europeo, la cui permanenza è legata a fattori temporali, e chi, al contrario, si sposta dal proprio Paese d'origine per svariate esigenze e desidera "acquisire" un'altra cittadinanza diventando a tutti gli effetti membro della società che lo ospita.

Ad incentivare i processi di revisione delle politiche di naturalizzazione è stata l'esponentiale intensificazione, nel corso degli ultimi decenni, del flusso migratorio in Europa e il conseguente incremento delle naturalizzazioni trainato dal superamento delle non più profonde differenze culturali, sociali e giuridiche. Per queste ragioni, molti Stati sembrano erigere barriere difficili da valicare all'interno dei meccanismi di naturalizzazione. Parallelamente, negli ultimi trent'anni, a seguito della globalizzazione, la migrazione per investimento ha ottenuto un posto consolidato accanto ad altre modalità di residenza e di acquisizione della cittadinanza. Infatti, nell'Unione europea si è assistito ad un rapido aumento di legislazioni che hanno permesso l'ottenimento dei diritti di cittadinanza o di residenza in cambio di una donazione o di un investimento. Pertanto, si vuole porre adeguata attenzione al "mercato" della cittadinanza legato agli investimenti finanziari, in cui gli Stati sembrano competere ferventemente per attrarre i migliori e i più brillanti individui, che si tratti di lavoratori migranti altamente qualificati, studenti con elevato potenziale, atleti o persone che vantano un talento eccezionale¹. L'offerta di una cittadinanza a pagamento, mercificata e scambiata sul mercato, solleva dubbi in merito alla sua coerenza con i valori fondanti dell'Unione europea dal momento che offre l'accesso più rapido ad un nuovo Paese per coloro che non sono disposti ad aspettare né a trasferirsi, e che piuttosto sono interessati alla cittadinanza di uno degli Stati membri e, quindi, alla cittadinanza europea e alla garanzia di libera circolazione e soggiorno in tutta l'Unione.

Benché l'argomento meriterebbe un ulteriore approfondimento e nonostante permangano alcuni nodi che non possono essere sciolti nel breve spazio della presente esposizione, in queste pagine ci si soffermerà esclusivamente sull'acquisto della cittadinanza *iure pecuniae* e *iure linguae*², valorizzando la loro contrapposizione e tralasciando conseguentemente le altre condizioni di naturalizzazione previste nelle legislazioni dei Paesi europei, seppur affrontate per cenni all'interno del terzo paragrafo.

Da ultimo, verrà tratteggiato un *fil rouge* che potrebbe legare le attuali politiche di naturalizzazione trovando un punto di contatto nel fattore economico che rende la scelta di privilegiare gli investimenti poco diversa da altre procedure di selezione basate su un'integrazione linguistica e culturale alquanto dispendiosa.

¹ Sul punto si rimanda ad una trattazione approfondita, *ex multis*, O. AMMANN, *Passports for Sale: How (Un)Meritocratic Are Citizenship by Investment Programmes?* in [European Journal of Migration and Law](#), 2020, 309-337; Y. HARPAZ, P. MATEOS, *Strategic Citizenship: Negotiating Membership in the Age of Dual Nationality*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, 843-857; C. JOPPKE, *The Instrumental Turn of Citizenship*, *ibid.*, 858-878; D. KOCHENOV, *Genuine Purity of Blood: The 2019 Report on Investor Citizenship and Residence in the European Union and Its Litigious Progeny*, in *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper*, 2020, 1-33; K. SURAK, *Millionaire Mobility and the Sale of Citizenship*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2020, 166-189.

² Si fa riferimento alle modalità di acquisizione della cittadinanza a seguito, rispettivamente, di un investimento o del superamento di un test di lingua.

2. Cittadinanza senza identità?

Negli ultimi decenni – come anticipato – i criteri di naturalizzazione all'interno dell'Unione europea hanno subito una trasformazione significativa. La crescente tolleranza della doppia cittadinanza³ cambia le regole di base che ne governano l'attribuzione e definisce nuove relazioni tra gli Stati e gli individui, incluse le appartenenze sovrapposte e l'appartenenza a distanza. Infatti, la legittimazione della cittadinanza multipla porta all'adozione di politiche strategiche da parte degli Stati che possono in questo modo estendere i loro confini per includere determinate categorie di soggetti percepite come un valore potenziale, che può essere simbolico, elettorale, demografico o economico. Viceversa, dal punto di vista degli individui, la possibilità di acquisire un'ulteriore cittadinanza, che è classificata più in alto nella gerarchia globale del valore della cittadinanza⁴, offre l'opportunità di espandere considerevolmente il loro ambito di diritti e libertà. I benefici attesi possono includere la libertà di viaggio globale e vantaggi economici.

Questi recenti sviluppi, che hanno un impatto sia sulle politiche dei governi sia sulla vita dei singoli, indeboliscono la tradizionale associazione tra cittadinanza e identità nazionale. Infatti, si alimenta un approccio strategico all'appartenenza nazionale – in quanto non esclusiva – che è inseparabile dall'avvicinamento della cittadinanza a un ambito *extra-territoriale*⁵, poiché molti Stati “offrono” diritti a persone che vivono al di fuori delle loro frontiere⁶. Pertanto, i Paesi escogitano nuove modalità di scelta dei futuri cittadini con caratteristiche desiderabili⁷ secondo tipi di preferenza economica⁸, etnica o culturale⁹ ed offrono loro un accesso facilitato o automatico alla cittadinanza, senza richiedere né l'immigrazione né la rinuncia alla nazionalità originaria. Una conseguenza imprevista della doppia cittadinanza è quindi la politica sempre più comune di permettere agli stranieri non residenti di acquisire la cittadinanza a distanza.

Se questo meccanismo consente ai governi di modellare politiche di naturalizzazione flessibili da cui si aspettano di trarre qualche valore aggiunto, quali fattori spingono invece le persone a voler diventare cittadini di un Paese in cui non vivono e con cui spesso non si identificano? Rispondere a questo quesito richiede una visione più ampia e complessiva della cittadinanza. Quest'ultima generalmente viene analizzata come il rapporto giuridico tra il *civis* e lo Stato di appartenenza. Essa opera quindi come un confine giuridico che viene tracciato intorno alla popolazione di un Paese a cui vengono attribuiti dei diritti *ex lege*, in quanto residenti in quella porzione di territorio. Poiché ogni essere umano è – idealmente – cittadino di qualche Stato, la

³ R. Bauböck, M. Haller (curr.), *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives*, Wien, 2021.

⁴ D. KOCHENOV, *Cittadinanza*, Bologna, 2020, 19. L'Autore opera una ripartizione tra *status* “buoni” e “cattivi” e distingue tra diritti scaturiti dagli *status* “buoni” che garantirebbero benessere e quelli che, al contrario, sono collegati agli *status* “cattivi” e che rappresenterebbero un “*fordello* per i titolari”. Se per i “fortunati” la parola cittadinanza significa prosperità, diritti e uguaglianza, per tutti gli altri, questa indica la preclusione delle pari opportunità. Quindi, secondo l'Autore, la cittadinanza è uno status assegnato in maniera casuale, sposando la teoria della “lotteria dei diritti in base alla nascita” illustrata in A. SHACHAR, *The Birthright Lottery*, Cambridge, 2009.

⁵ A. GAMLEN, *Human Geopolitics: States, Emigrants, and the Rise of Diaspora Institutions*, Oxford, 2019.

⁶ La cittadinanza non solo si è parzialmente deterritorializzata, ma si è anche spostata a livelli sovranazionali, come appunto l'Unione europea.

⁷ Y. HARPAZ, *Strategic Dual Citizenship: Global Dynamics of Supply and Demand*, in R. Bauböck, M. Haller (curr.), *Dual Citizenship and Naturalisation*, cit., 102.

⁸ Si veda il paragrafo 2.1. del presente contributo che esamina il fenomeno delle naturalizzazioni a fronte di investimenti.

⁹ Alcuni Stati dell'Unione mantengono rapporti privilegiati con Paesi terzi, ai quali facilitano la naturalizzazione. È il caso della Lettonia (dopo la legge di riforma della legge sulla cittadinanza, 2013); del Portogallo (la legge di modifica n. 34/2003) o della Spagna (che riconosce la *doble nacionalidad* con Paesi ibero-americani, Andorra, Filippine, Guinea equatoriale e Portogallo sulla base del principio di reciprocità costituzionalmente sancito all'art. 11 c.3).

cittadinanza è anche un processo di selezione globale che assegna gli individui agli Stati¹⁰. Tuttavia, l'adesione all'Unione europea rompe con la logica segmentaria del classico Stato-nazione, non adattandosi ad un territorio chiuso con una cittadinanza definita, e porta contestualmente ad una "svalutazione" della cittadinanza intesa come l'anello di congiunzione tra il singolo e il Paese di origine o di residenza. Le persone, arricchite di nuovi diritti al di fuori dallo Stato di appartenenza¹¹, si spostano liberamente tra Stati dove hanno forti legami familiari, proprietà e un interesse politico nel futuro della società. Pertanto, gli individui sono sempre più interessati esclusivamente a trarre i benefici dell'acquisto di un'ulteriore cittadinanza, senza prestare attenzione al legame che possono instaurare con lo Stato di cittadinanza.

Peter J. Spiro evidenzia¹² come la crescente tolleranza della cittadinanza multipla stia ad indicare in che modo la globalizzazione abbia irrimediabilmente "svilito" il concetto stesso di cittadinanza. Questo è riscontrabile nel momento in cui gli Stati utilizzano la cittadinanza in maniera strumentale al fine di attirare facoltosi investitori¹³ e promettenti olimpionici¹⁴ in uno scambio *do ut des* che coinvolge, dall'altra parte, coloro i quali cercano queste offerte o usano la loro ascendenza per ottenere un attraente passaporto UE da Stati membri che distribuiscono la cittadinanza ai lontani discendenti emigrati¹⁵.

2.1. *Ius pecuniae*

All'inizio del XXI secolo si è affermata una nuova tendenza consistente nella concessione di una seconda cittadinanza in cambio di investimenti. Questo sistema permette a un individuo di acquisire la cittadinanza di uno Stato con cui non aveva precedentemente legami. Oggigiorno, Austria¹⁶ Bulgaria¹⁷, Croazia¹⁸ e Malta¹⁹ sono gli Stati europei²⁰ che prevedono la possibilità di

¹⁰ Questa è la sua funzione westfaliana a cui fa riferimento R. BAUBÖCK, *Genuine links and useful passports: evaluating strategic uses of citizenship*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, 45(6), 1015–1026.

¹¹ A riguardo, si veda il punto 23 delle conclusioni dell'avvocato generale della CGUE Poireres Maduro, presentate il 30 settembre 2009, causa C-135/08 *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*: «È questo il miracolo della cittadinanza dell'Unione: essa rafforza i legami che ci uniscono ai nostri Stati (dato che siamo cittadini europei proprio in quanto siamo cittadini dei nostri Stati) e, al contempo, ci emancipa (dato che ora siamo cittadini al di là dei nostri Stati)».

¹² P.J. SPIRO, *At Home in Two Countries. The Past and Future of Dual Citizenship*, New York, 2016.

¹³ J. DŽANKIĆ, *The Global Market for Investor Citizenship*, London, 2019.

¹⁴ A. SHACHAR, *Picking winners: Olympic citizenship and the global race for talent*, in *Yale Law Journal*, 2011, 120(8), 2088–2139. Viene descritto il fenomeno della "cittadinanza olimpica" che riflette l'aspirazione degli Stati ad aumentare il proprio prestigio mondiale e, allo stesso tempo, l'interesse degli individui ad assicurarsi le migliori condizioni possibili per partecipare alle competizioni sportive.

¹⁵ Y. HARPAS, *Citizenship 2.0. Dual Nationality as a Global Asset*, Princeton, 2019.

¹⁶ *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 1997. Si veda anche il *Fremdenpolizeigesetz*, 2005, Gazzetta ufficiale federale (FLG) I n. 100/2005 modificata dalla FLG I n. 157/2005. Al fine di ottenere la cittadinanza austriaca l'investimento è in genere di almeno 10 milioni di euro se effettuato direttamente in un'azienda o di 3 milioni di euro come contributo al fondo di sviluppo governativo.

¹⁷ *Закон за българското гражданство* (Legge sulla cittadinanza bulgara), 1998, come emendata a marzo 2021 (amend. SG. 21/13 Mar 2021), art. 14a. Il processo per ottenere la residenza permanente in Bulgaria richiede circa sei mesi e un investimento di 1.000.000 BGN. Poco dopo l'approvazione della residenza, i richiedenti possono passare rapidamente alla fase della cittadinanza versando nel capitale di una società commerciale bulgara un importo aggiuntivo non inferiore a 1.000.000 BGN per un progetto di investimento prioritario. Il tempo totale è di circa 18 mesi.

¹⁸ *Закон о странцима* (Legge sull'immigrazione), 2020, n. 133/20, artt. 110 e 115. I cittadini stranieri, dopo aver vissuto cinque anni in Croazia, e avendo quindi ottenuto il permesso di soggiorno permanente, possono accedere al programma di immigrazione per investimento in Croazia e ottenere la cittadinanza croata, se svolgono compiti chiave in una società ai sensi dell'art. 112 della presente legge; se detengono una quota di partecipazione di almeno il 51% in tale società e la società è titolare di misure di incentivazione ai sensi del regolamento sulla promozione degli investimenti o porta avanti progetti di investimenti strategici nella Repubblica di Croazia; se svolgono attività o realizzano progetti sulla base di accordi internazionali in materia di assistenza professionale e tecnica, che la Repubblica di Croazia ha

naturalizzare cittadini di Paesi terzi in cambio di una contropartita essenzialmente finanziaria a seguito dell'investimento in proprietà immobiliari sul proprio territorio o – in alternativa – sotto forma di donazioni a sostegno di centri di ricerca, fondi nazionali o associazioni culturali e scientifiche. Tali programmi generalmente contemplan requisiti di presenza fisica minimi o nulli e offrono una “corsia preferenziale” per l’ottenimento dello status di cittadino di uno Stato membro rispetto alle modalità convenzionali. È evidente come gli incentivi strumentali ricoprano un ruolo cruciale rispetto alle richieste di cittadinanza. Da un lato, infatti, i succitati Stati vendono la propria cittadinanza, e quindi la cittadinanza dell’Unione²¹, per attrarre investitori stranieri. Dall’altro, individui benestanti ottengono un’ulteriore cittadinanza per scopi puramente strategici²². In effetti, i cittadini investitori cercano soprattutto i privilegi di mobilità che derivano dalla cittadinanza aggiuntiva di un Paese europeo, poiché essa offre ai titolari diritti di insediamento nel resto dell’Unione²³ e diritti “supplementari” come corollario della cittadinanza europea²⁴.

Di conseguenza, i programmi di *Golden Passports* possono rappresentare un adattamento dello *ius pecuniae*, ossia il diritto di denaro, all’era della cittadinanza non territoriale. Infatti, gli investitori forniscono una somma di denaro e ricevono un passaporto, senza dover soddisfare alcun requisito di residenza significativo o rinunciare al dovere di fedeltà alla patria²⁵. Questo è il motivo per cui lo *ius pecuniae* sembra identificare, con una connotazione puramente negativa, lo status di individui che sono diventati cittadini attraverso il pagamento di una tassa fissata dallo Stato di cittadinanza. Pertanto, i programmi che concedono la cittadinanza a fronte di investimenti consentono ai cittadini di Paesi terzi di ottenere una nuova cittadinanza e di vivere in uno Stato europeo senza alcuna forma di restrizione.

L’opzione della cittadinanza plurima non traccia più dunque legami autentici che collegano gli individui agli Stati e non pone limiti al numero di passaporti che una persona potrebbe acquisire; conseguentemente, il valore esterno della cittadinanza è effettivamente degradato²⁶. Inoltre, se

concluso con un’organizzazione internazionale. Il possesso della cittadinanza può essere esteso ai familiari, a seguito della presentazione di documenti specifici.

¹⁹ *Malta Individual Investor Programme* (MIIP), 2013, che ha modificato la legge sulla cittadinanza maltese del 1965, capitolo 188 delle leggi di Malta. Queste modifiche hanno fornito il quadro per l’emanazione della LN 47 del 2014. Il 20 novembre 2020 Malta ha introdotto *The Maltese Exceptional Investor Naturalization* (MEIN), regolata dalla legge sulla cittadinanza maltese S.L. 188.05, pubblicata nella LN 437 del 2020. Il programma si rivolge a investitori che possano versare un contributo minimo di 600.000 euro al Fondo di sviluppo nazionale e dimostrare 36 mesi di residenza. Altrimenti, esiste una naturalizzazione più rapida, istituita per coloro che contribuiscono allo sviluppo economico dell’isola, che richiede un contributo di 750.000 euro e la prova di 12 mesi di residenza. Inoltre, gli investitori devono versare un contributo di 50.000 euro per ogni ulteriore persona a carico. I richiedenti devono anche investire altri 700.000 euro in immobili residenziali e, in aggiunta, è richiesta una donazione di almeno 10.000 euro ad un’associazione culturale, sportiva, scientifica o artistica. L’interessato può includere nella domanda di cittadinanza anche il coniuge, i figli, i genitori o i nonni, a determinate condizioni, per poter beneficiare del programma di cittadinanza per investimento. Il MIIP modifica la legge maltese sulla cittadinanza del 1965 offrendo la possibilità a persone facoltose e di reputazione irreprensibile di essere naturalizzate grazie a un investimento a Malta, al fine di attrarre qualsiasi persona interessata a impegnarsi economicamente nel sistema finanziario della Repubblica di Malta.

²⁰ Tra questi Paesi dell’UE era incluso anche Cipro; tuttavia il 1° novembre 2020 ha sospeso il suo programma di cittadinanza per investimento del 19 marzo 2014 a causa della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea.

²¹ Art. 9 TUE, seconda e terza frase, e art. 20 TFUE, par. 1: «È cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell’Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce».

²² P.J. SPIRO, *The Past and (Post-COVID) Future of Dual Citizenship*, in R. Bauböck, M. Haller (curr.), *Dual Citizenship and Naturalisation*, cit., 81-95.

²³ K. SURAK, *Millionaire mobility and the sale of citizenship*, cit., 47.

²⁴ Si vedano gli articoli 21 TFUE (libertà di circolazione), 22 TFUE (diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni europee e locali), 23 TFUE (tutela da parte delle autorità diplomatiche o consolari di qualsiasi Stato membro) e 24 TFUE (Iniziativa dei Cittadini Europei). La libertà di circolazione è la pietra angolare della cittadinanza dell’Unione europea, come sancito dall’articolo 21 del TFUE.

²⁵ Y. HARPAZ, *Strategic Dual Citizenship*, cit., 100.

²⁶ R. BAUBÖCK, *Genuine links and useful passports*, cit., 1015–1026.

ricchi possidenti possono “comprare” il diritto di voto, la cittadinanza è anche svalutata al suo interno come uno status di uguale appartenenza ad un assetto democratico, dal momento che questi soggetti, senza un rapporto reale con lo Stato, all’interno dello stesso sono autorizzati non solo a prendere la residenza, ma anche a votare alle elezioni. Partendo da queste considerazioni, si evince come il mercato dei passaporti sollevi notevoli preoccupazioni in merito ad un potenziale contraccolpo sulla diffusione di politiche di doppia cittadinanza.

Per queste ragioni, l’Unione europea si è sempre schierata contro la “svendita” dei valori europei, come sanciti all’articolo 2 del Trattato sull’Unione europea, sottolineando come ad essi non si possa attribuire un prezzo²⁷. Più precisamente, il Parlamento europeo ha denunciato a più riprese questa politica di naturalizzazione che si sta diffondendo a macchia d’olio nel continente europeo auspicando un atteggiamento responsabile da parte degli Stati membri, volto a preservare i principi comuni dell’Unione dal valore inestimabile, deplorando poi la mancanza di controlli di sicurezza approfonditi e chiedendo una graduale eliminazione dei programmi *Citizenship by Investment* entro il 2025²⁸.

Ciononostante, la vendita di “passaporti d’oro” all’interno dell’Unione europea è ancora possibile, visto che ogni Stato membro rimane titolare del potere esclusivo di stabilire i requisiti per l’accesso allo *status civitatis*. Di fatto, all’Unione europea è precluso l’utilizzo del potere necessario per correggere decisioni fortemente discrezionali in base alle quali uno Stato può preferire la concessione della cittadinanza a fronte di investimenti sul proprio territorio piuttosto che a conclusione di un percorso di integrazione. Tuttavia, ad ottobre 2020 la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione contro Cipro e Malta²⁹ ritenendo che la concessione della cittadinanza europea in cambio di investimenti abbia violato lo stesso status di cittadinanza dell’Unione sancito dai Trattati e abbia suscitato preoccupazioni per alcuni rischi insiti in essi, nello specifico in materia di sicurezza, evasione fiscale, riciclaggio di denaro e corruzione³⁰.

3. Cittadinanza come strumento di misurazione dell’integrazione

Diametralmente opposta a quella finora descritta, è la tendenza di molti Paesi membri dell’Unione a rilasciare il loro passaporto al verificarsi di determinate condizioni, quindi a seguito dell’adempimento di “compiti” di integrazione. Infatti, a partire dall’inizio del XXI secolo, in diversi Stati UE sono state approvate riforme che hanno introdotto requisiti aggiuntivi per la naturalizzazione di cittadini non appartenenti all’Unione europea. Questo atteggiamento si è spesso tradotto nell’adozione di politiche restrittive da parte della maggior parte degli Stati membri che subordina l’ottenimento della cittadinanza al superamento di test di lingua. Tali test possono essere accompagnati da esami che valutino il livello di conoscenza delle istituzioni politiche, della storia, dei principi costituzionali, della cultura e della geografia del Paese³¹, come

²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014 sulla cittadinanza dell’UE in vendita [2013/2995(RSP)] (consultata in data 15 maggio 2022).

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 marzo 2022 recante proposte all’indirizzo della Commissione concernenti i programmi per la concessione della cittadinanza e del soggiorno in cambio di investimenti [2021/2026(INL)] (consultata in data 17 maggio 2022).

²⁹ Procedura di infrazione contro Cipro e Malta per “vendita” della cittadinanza UE del 20 ottobre 2020 [INFR(2020)2301] (consultata in data 18 settembre 2022).

³⁰ Sul punto si veda la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 23 gennaio 2019, una lettura critica della quale si trova in D. KOCHENOV, *Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission’s Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union*, in [Studia Europejskie-Studies in European Affairs](#), 2021, 25(1), 33-62.

³¹ G. MILANI, *Cittadini jure linguae. Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Milano, 2017, 151.

se il riconoscimento dello status di cittadino fosse un premio da guadagnare, riservato agli individui che possano dimostrare l'adeguata attitudine all'integrazione. In genere, la prova di lingua è inglobata in un esame di cittadinanza come parte di un unico test di integrazione; oppure, alcune normative prevedono che la conoscenza della lingua venga verificata tramite il test di cittadinanza, il cui superamento comunque dipende dalla familiarità con la lingua nella quale il test è scritto. Talvolta, è sufficiente la presentazione di diplomi rilasciati da scuole, università o centri specializzati ufficialmente riconosciuti³² che possono rilasciare certificati di conoscenza linguistica. Differenti sono invece le disposizioni che fanno dipendere l'acquisizione della cittadinanza dalla frequentazione di percorsi di insegnamento e/o formazione professionale *in loco* per un determinato numero di anni. È il caso del cosiddetto *ius culturae*³³ propriamente legato all'istruzione del richiedente quale parametro indicativo di un adeguato inserimento nel tessuto sociale del Paese. A questi criteri può aggiungersi la difficile valutazione del requisito del buon carattere, testato attraverso una procedura composta da una serie di interviste nel corso delle quali deve essere valutato se l'individuo che richiede la cittadinanza sia "adatto" a tale status³⁴. Tuttavia, per economia di esposizione, nel presente contributo il criterio logico-sistematico utilizzato per procedere ai fini comparativi è rappresentato esclusivamente dallo *ius linguae* presente nei dispositivi che regolano la naturalizzazione.

3.1. *Ius linguae*

In questo contesto, la lingua è certamente in grado di giocare un ruolo fondamentale in quanto è considerata come un elemento di identità culturale e il suo apprendimento favorisce l'inserimento dal punto di vista politico, economico e sociale all'interno dello Stato ospitante³⁵. Infatti, la conoscenza della lingua nazionale o ufficiale da parte dei candidati può essere considerato il criterio più diffuso³⁶ ed essenziale per definire l'appartenenza e la partecipazione degli abitanti di altri Stati alle società che li accolgono. Le competenze linguistiche sono attestate al momento del superamento di test di lingua declinati come prove scritte e orali o come partecipazione a corsi di lingua offerti da istituti ufficiali che hanno il compito di rilasciare un documento che confermi le abilità linguistiche. I test linguistici sono spesso combinati con un requisito di residenza, per cui il richiedente deve dimostrare di aver risieduto nel Paese di cui chiede la cittadinanza per un numero predeterminato di anni. L'idea sottesa a questo tipo di previsioni sembrerebbe essere che l'individuo dimostri, attraverso l'apprendimento della lingua, sia l'acquisizione di competenze e abilità, sia il suo desiderio di partecipare attivamente alla comunità che si appresta ad ospitarlo³⁷.

Inoltre, nonostante le caratteristiche di questi test cambino da Stato a Stato, all'interno dell'Unione europea è possibile notare una tendenza comune relativa al grado di conoscenza linguistica ritenuto indispensabile per la concessione della cittadinanza corrispondente ad un livello "intermedio" e quindi ad una buona padronanza della lingua. In particolare, il richiedente

³² Ad esempio, in Italia l'accertamento del requisito linguistico va effettuato attraverso l'acquisizione di un titolo di studio rilasciato da un istituto di istruzione pubblico o paritario ovvero di una certificazione rilasciata da un ente certificatore. Al momento, gli enti riconosciuti appartenenti al sistema di certificazione unificato CLIQ (Certificazione Lingua Italiana di Qualità) sono cinque: Università degli studi di Roma Tre, Università per stranieri di Perugia, Università per stranieri di Siena, Società Dante Alighieri, Università per stranieri Dante Alighieri di Reggio Calabria.

³³ Si fa riferimento alla concessione della cittadinanza dopo il completamento di un percorso di formazione.

³⁴ *Ibid.*, *passim*.

³⁵ *Ibid.*, 369.

³⁶ Dei ventisette Stati dell'UE sono esclusi solamente cinque: Croazia (che ha eliminato dalle sue disposizioni sulla naturalizzazione i test di lingua e di cultura dal 2020); Cipro; Irlanda; Malta e Svezia.

³⁷ G. MILANI, *Cittadini jure linguae*, cit., 370.

deve dimostrare di possedere competenze linguistiche tali da consentire un uso indipendente della lingua pari al livello B1 in Austria³⁸, Danimarca³⁹, Estonia⁴⁰, Finlandia⁴¹, Francia⁴², Germania⁴³, Italia⁴⁴, Lussemburgo⁴⁵, Polonia⁴⁶ e Repubblica Ceca⁴⁷.

³⁸ L'Austria ha gradualmente inasprito la procedura di naturalizzazione e con la legge di modifica della legge sugli stranieri del 2011, l'esame di abilità linguistica è stato reso più severo fino all'attuale livello B1 (QCER).

³⁹ Il Ministero dell'Immigrazione e degli Affari di integrazione ha emanato una Circolare esecutiva sulla naturalizzazione (*Cirkulæreskrivelse om naturalisatio* - CIS nr 9298 af 06/05/2021), entrata in vigore il 10 maggio 2021, che delinea le condizioni per ricevere la cittadinanza danese attraverso la naturalizzazione. La conoscenza della lingua danese deve essere attestata mediante il rilascio di un certificato dell'esame di danese 3 (B2 del QCER) o di un esame simile. Tuttavia, per i candidati che si sono dimostrati autosufficienti negli ultimi nove anni, è sufficiente il superamento dell'esame di danese 2 (B1 del QCER).

⁴⁰ *Kodakondsuse seadus* (Legge sulla nazionalità), 1995, RT I 1995, 12, 122, capitolo 2, pt. 8.

⁴¹ *Kansalaisuuslaki* (Legge sulla cittadinanza), 2003, 359/2003, s. 13, 17 e 18. È richiesta una soddisfacente competenza orale e scritta nella lingua finlandese o svedese o, al posto della competenza orale, una competenza analoga nella lingua dei segni finlandese. Secondo l'art. 17, per acquisire la cittadinanza finlandese è necessario conoscere il finlandese o svedese con competenze orali e scritte soddisfacenti, che corrisponde al livello B1 (QCER). In alternativa, è possibile dimostrare che il completamento dell'istruzione di base con il finlandese o lo svedese come lingua madre soddisfa il requisito delle competenze linguistiche (YKI).

⁴² *Code civil (Livre Ier, Titre Ier bis: De la nationalité française)*, artt. 21-2 e 21-24. Questi articoli sono stati modificati dalla legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 (artt. 2 e 3) che introduce diversi requisiti all'interno della prova linguistica, le cui modalità di valutazione sono fissate dal decreto del Consiglio di Stato n. 2011-1265 dell'11 ottobre 2011, e prevede il livello B1 (QCER) per il superamento della stessa.

⁴³ *BVerwGE* [2005]124, 268, 273. Sentenza del Tribunale amministrativo federale del 20 ottobre 2005, il quale ha deciso per soddisfare i requisiti di naturalizzazione non era necessario che il richiedente sapesse scrivere in tedesco, purché fosse in grado di comprendere un semplice testo di vita quotidiana e di dettare lettere in tedesco. L'emendamento richiede ora una conoscenza sufficiente della lingua tedesca attraverso la presentazione di un certificato in tedesco di livello B1 (QCER).

⁴⁴ Legge del 1° dicembre 2018, n. 13, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*. Questa legge ha introdotto l'articolo 9.1 nella legge sulla cittadinanza italiana del 1992, prevedendo che il processo di naturalizzazione, ai sensi degli articoli 5 e 9, sia subordinato al possesso di un livello adeguato della lingua italiana, non inferiore al livello B1 (QCER).

⁴⁵ *Loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise* che abroga la *loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise* e la *loi du 7 juin 1989 relative à la transposition des noms et prénoms des personnes qui acquièrent ou recouvrent la nationalité luxembourgeoise*, artt. 14-18. Questa legge stabilisce che i richiedenti la cittadinanza lussemburghese devono sostenere l'esame *Sproochentest* presso l'*Institut national des langues* (INL). I corsi di lingua lussemburghese dell'INL e i corsi di lingua lussemburghese forniscono una preparazione all'esame, che copre il livello A2 nella comunicazione orale e il livello B1 nella comprensione, come stabilito dall'art.15. È necessario partecipare a un corso di lingua lussemburghese, che ha lo scopo di fornire un'introduzione alla lingua nell'espressione e nella comprensione orale. L'art. 28 stabilisce che questi corsi sono organizzati dall'*Institut national des langues* o da un fornitore il cui programma è approvato dal Ministro dell'Educazione Nazionale. In aggiunta, la legge stabilisce che il candidato deve avere una conoscenza sufficiente, attiva e passiva, di una delle tre lingue ufficiali: francese, lussemburghese e tedesco.

⁴⁶ *Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009* (Atto del 2 aprile 2009), artt. 30(2) e 33.1(4). Per essere naturalizzato, lo straniero deve dimostrare la competenza linguistica mediante il certificato ufficiale di cui all'art. 11a della legge del 7 ottobre 1999 sulla lingua polacca (GU n. 90, voce 999, e successive modifiche).

⁴⁷ *Zákon 186/2013 Sb. o státním občanství České republiky a o změně některých zákonů (zákon o státním občanství České republiky)* (Legge 186/2013 Coll. sulla cittadinanza della Repubblica ceca e sulle modifiche a determinate leggi), 2013, art. 14, par. 4, art. 19, par. g, e art. 70. La legge sulla cittadinanza ceca sostituisce tutta la precedente legislazione sulla cittadinanza (legge n. 40/1993 relativa all'acquisizione e alla perdita della cittadinanza della Repubblica ceca e successive modifiche e legge n. 193/1999 relativa alla cittadinanza di alcuni ex cittadini cecoslovacchi e successive modifiche), ha introdotto test di lingua ceca più severi e il requisito della conoscenza di base del sistema costituzionale della Repubblica ceca.

Pertanto, i Paesi dell'Unione europea sembrano condividere l'idea che il conferimento della cittadinanza simboleggi il punto di arrivo di un'integrazione conclusa con successo, per la quale le competenze linguistiche sono un importante punto di riferimento. Tuttavia, questo fattore della conoscenza delle lingue nazionali implica il sorgere di dubbi circa l'adeguatezza e lo scopo non discriminatorio delle misure adottate e potenzialmente volte a favorire l'integrazione degli stranieri, soprattutto perché nel frattempo in molti Stati europei è diventato possibile acquisire la cittadinanza attraverso investimenti finanziari locali⁴⁸.

4. Osservazioni conclusive

Il presente contributo mira a prospettare quindi due scenari contrapposti, ma allo stesso modo attuali, riferiti alle recenti politiche di naturalizzazione adottate dagli Stati europei. Il primo scenario implica un approccio strumentale-utilitaristico alla cittadinanza ed evidenzia come la facilità di accesso ai passaporti possa causare ripercussioni negative tra Paesi che cercano di preservare l'integrità della loro cittadinanza, specialmente se essa viene considerata come un mero bene in vendita. Queste conseguenze, seppur coerenti con il sistema capitalistico contemporaneo in cui la commercializzazione è favorita dal ritmo diseguale della crescita della ricchezza globale rispetto all'andamento della qualità di particolari status di cittadinanza, sono preoccupanti in quanto minano l'assetto politico e democratico dell'Unione europea⁴⁹. Al contrario, il secondo scenario, legato all'aspetto simbolico-identitario della cittadinanza, mette in luce come la concessione della cittadinanza a seguito del superamento di una prova di conoscenza della lingua possa rappresentare un fattore di inclusione dell'individuo nello Stato di cui chiede la cittadinanza, permettendo la protezione della diversità culturale e, quindi, dell'identità nazionale di ciascun Paese.

La ricerca sull'integrazione dei cittadini di Stati terzi nell'Unione ha dimostrato⁵⁰ come essi siano meglio integrati in quei Paesi in cui l'accesso alla cittadinanza è più difficile e dipende da prerequisiti specifici, come per l'appunto la conoscenza della lingua. Tuttavia, requisiti severi possono anche indurre questi soggetti ad investire maggiori sforzi nel loro inserimento nel tessuto sociale, ad esempio pagando corsi di preparazione o di integrazione. Da questa prospettiva, restrizioni più forti alla naturalizzazione possono avere un effetto "perverso", escludendo dalla concessione della cittadinanza proprio quelle persone che ne avrebbero più bisogno e finendo in questo modo per diventare un fattore di discriminazione sulla base del benessere economico.

Si può affermare che le richieste di naturalizzazione sono indirizzate a seconda del valore della cittadinanza che muta significativamente tra i diversi Paesi, in base alla loro situazione socio-economica e politica. Di conseguenza, l'interesse ad acquisire la cittadinanza di uno Stato varierà a

⁴⁸ Si veda B. CARAVITA, *Knowledge of national language and citizenship: Is there still space to build a multicultural citizenship in Europe?* in federalismi.it, n. 6 del 2019, 1-4.

⁴⁹ Per una prospettiva opposta in grado di spiegare come l'investimento possa rovesciare le sorti dell'infausta "arbitrarietà" della cittadinanza si veda D. KOCHENOV, *Policing the Genuine Purity of Blood*, cit., 38. L'Autore si concentra sul "panico morale" che provoca la cittadinanza per investimento e sottolinea come questo sia lo specchio dell'assurdità della cittadinanza. Secondo lui, a coloro che sono emersi come perdenti nella "lotteria globale dei diritti di nascita" – membri della maggioranza assoluta della popolazione mondiale – viene consentito di acquistare ciò che altri hanno ottenuto gratuitamente per sangue, ma allo stesso tempo di essere individuati come unici ad aver acquisito immeritatamente questo status.

⁵⁰ R. KOOPMANS, *Social Cohesion and Immigration in Europe and North America: Mechanisms, Conditions, and Causality*, London-New York, 2015, 51.

seconda delle caratteristiche dei Paesi di origine e di destinazione⁵¹. Tuttavia, bisogna sottolineare come persone facoltose abbiano più facilità a naturalizzarsi investendo denaro, comprando la cittadinanza di uno Stato membro e quindi beneficiando del fatto di avere un piede nell'Unione.

In entrambi gli scenari, l'ottenimento della cittadinanza può essere letto come il risultato di un processo di selezione e si può collegare, infatti, ad un problema di discriminazione fondato sulla disponibilità economica del richiedente.

La naturalizzazione è certamente connessa a numerosi benefici tangibili, come il diritto alla residenza illimitata e al ritorno incondizionato o il pieno accesso al mercato del lavoro e all'assistenza sociale. Considerando l'Unione europea come oggetto di studio, la possibilità di concedere la cittadinanza rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri⁵², tuttavia è auspicabile che tale prerogativa venga esercitata in buona fede, in modo trasparente e in uno spirito di rispetto reciproco, conformemente al principio di leale cooperazione nonché nel pieno rispetto del diritto dell'Unione⁵³.

Sono presenti ancora troppe contraddizioni all'interno dei vari dispositivi che governano l'acquisizione della cittadinanza dei Paesi membri. Pertanto, sarebbe opportuno individuare un percorso europeo di adeguamento legislativo non solo per evitare le distorsioni che la mancanza di un quadro comune di riferimento comporta sulla vita istituzionale, economica e sociale dell'Unione europea, ma anche per bloccare l'espansione di differenze insanabili in termini di godimento dei diritti connessi allo status di cittadino europeo. Una soluzione potrebbe essere la definizione, a livello europeo, di un modello uniforme per l'acquisizione e la perdita della cittadinanza che possa cristallizzare regole comuni, seppur minime, al fine di ottenere l'armonizzazione delle legislazioni statali.

⁵¹ Per questa ragione è stato elaborato un indice riferito alla qualità delle cittadinanze in D. KOCHENOV, J. LINDEBOOM, *Part I: Laying down the Base*, in D. Kochenov, J. Lindeboom (curr.), *Kälin and Kochenov's Quality of Nationality Index. An Objective Ranking of the Nationalities of the World*, Oxford, 2020, 9-35.

⁵² Art. 9 TUE e art. 20 TFUE.

⁵³ Si veda pt. 5 della Risoluzione del Parlamento europeo del 9 marzo 2022, cit.

Luana Leo*

“Ricostruire la cittadinanza”: lo scenario comparato come punto di partenza**

ABSTRACT: Il presente contributo intende porre in risalto la necessità di mettere a punto una nozione di “cittadinanza” intesa non solo come concessione di diritti e doveri, ma anche in termini di condivisione, responsabilità, rispetto e senso di appartenenza. Il problema reale consiste nella mancata accettazione delle diversità e delle differenze di opinioni, accettazione avvenuta ormai da tempo nel panorama europeo. Il percorso che si intende tracciare in chiave comparata risulta utile per trarre le modalità più consone de jure condendo per una cittadinanza inclusiva e interculturale anche in Italia.

This contribution intends to highlight the need to develop a notion of “citizenship” understood not only as the granting of rights and duties, but also in terms of sharing, responsibility, respect and a sense of belonging. The Italian problem lies in the non-acceptance of diversity and differences of opinion, an acceptance that has been taking place for some time now at European level. The path that we intend to trace in a comparative key is useful for drawing the most appropriate de jure condendo modalities for an inclusive and intercultural citizenship also in Italy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale: una relazione complicata. – 3. Profili comparativi. Verso un modello comune? – 4. L’impianto normativo italiano: la legge n. 91/1992 e le sue criticità. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Da sempre, il concetto di cittadinanza è oggetto di animato dibattito filosofico, sociologico, politico e giuridico, sebbene sia ormai consolidata la convinzione che esso consista in un concetto giuridico, pienamente sintetizzato dalle disposizioni di legge che ne disciplinano l’attribuzione. Il carattere “altamente” politico dello stesso è stato rilevato da illustri giuristi: nell’ottica del tedesco Georg Jellinek, uno *status* non può essere definito a seconda del suo contenuto, poiché esso «è un rapporto stabile, del tutto indipendente dai singoli diritti e doveri che ne derivano»⁵⁴ L’intento non è quello di avviare un’indagine sulla natura di tale concetto, ma sottolineare come questo si sia ampliato rispetto alla radicata nozione: nel corso del tempo, esso si è arricchito di nuovi contenuti così come si sono moltiplicate le posizioni giuridiche che implicano tutela⁵⁵.

In particolare, è Thomas Marshall a prospettare una ricostruzione in chiave evolutiva della cittadinanza: si tratta di «uno status che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità. Tutti quelli che posseggono questo status sono uguali rispetto ai diritti e ai doveri conferiti da tale status. Non c’è nessun principio universale che determini il contenuto di questi diritti e doveri, ma le società nelle quali la cittadinanza è un’istituzione in via di sviluppo presentano l’immagine di una cittadinanza ideale rispetto a cui si possono misurare le conquiste ottenute e verso cui le aspirazioni possono indirizzarsi»⁵⁶.

La cittadinanza moderna nasce dalla sovrapposizione e dall’intersezione tra due dimensioni: la dimensione verticale, fondata sulla sottoposizione ad un ordinamento precostituito e la partecipazione alla vita politica dello stesso; la dimensione orizzontale, incentrata sull’appartenenza ad una collettività e sulla condivisione dei valori posti a fondamento della

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università LUM Giuseppe Degennaro

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

⁵⁴ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, 131.

⁵⁵ G. STEGHER, *L’articolato percorso normativo della cittadinanza e dell’immigrazione: spunti ricostruttivi*, in [Nomos](#), 3, 2021, 1.

⁵⁶ T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (a cura di S. Mezzadra), Roma-Bari, 2022, 31.

medesima. È proprio quest'ultima – a parere di chi scrive – che necessita maggiormente di essere rivista e rianimata in un'ottica prospettica.

Nel contesto nazionale, a livello regionale e locale, sono stati compiuti differenti tentativi di coinvolgimento degli stranieri nella sfera pubblica, non ottenendo gli esiti auspicati. Al contrario, il quadro europeo si è contraddistinto per l'eccezionale ventaglio di politiche di integrazione di cittadinanza e di riconoscimento delle prerogative per le minoranze.

Partendo da una generale analisi comparata è possibile giungere ad una ridefinizione delle regole nazionali in materia di cittadinanza.

2. Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale: una relazione complicata

Prima di entrare nel merito dell'oggetto del predetto lavoro, appare necessario soffermarsi sul rapporto intercorrente tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. La cittadinanza europea, istituita ad opera del Trattato di Maastricht (1992), trova le sue basi normative nel Trattato dell'Unione Europea (TUE), nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Entrando nel dettaglio, assumono importanza gli artt. 9-11 del TUE, gli artt. 20-25 del TFUE e il Titolo V della Carta dei diritti fondamentali (artt. 39-46). L'art. 9 TUE – nella versione precedente – stabiliva che «è cittadino europeo chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima». Il vigente art. 9 del nuovo TUE e l'art. 20 TFUE, invece, prevedono che «è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce»⁵⁷. In considerazione di ciò, ne deriva che la cittadinanza europea non è più considerata come complemento della cittadinanza nazionale, ma quale cittadinanza che si accosta a quest'ultima. Il fine perseguito è quello di instaurare una seconda cittadinanza, avente un proprio autonomo *status* giuridico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono determinati dal diritto dell'Unione e non dipendono dagli Stati Membri. Prima di intervenire su tale punto, occorre compiere brevi considerazioni generali. La dottrina sembra essersi distinta in due parti: la prima non attribuisce spessore alla novità⁵⁸; la seconda, invece, coglie la possibilità di uno sviluppo autonomo dell'istituto della cittadinanza europea⁵⁹. Seguendo tale ultima corrente, appare necessario porsi la seguente questione sotto un duplice lato: se gli Stati membri godano ancora di una totale libertà di scelta dei criteri per concedere e revocare la propria cittadinanza; se la cittadinanza europea sia strumentale, vale a dire costituisca il presupposto per il godimento dei diritti riportati dal Trattato, o sia un diritto intrinsecamente disciplinato dal Trattato medesimo e impiegabile in quanto tale: in un caso la cittadinanza rileva quando è connessa ad una delle

⁵⁷ Sul tema della cittadinanza europea, tra i diversi, si veda V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; M. CARTABIA, *La cittadinanza europea*, in *Enc. giur. Trecc.*, VI, 1995, 2 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, 1001 ss.; F. MENEGAZZI MUNARI, *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*, Torino, 1996; F. ALCARO, G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: verso un diritto privato comunitario?* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 445 ss.; L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. Tizzano (cur.), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 97 ss.; P. LOGROSCINO, *La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, 407 ss.; S. SCALIA, *Note in tema di cittadinanza europea*, in *Studi urbanati, A - Scienze Politiche, giuridiche e economiche*, 2009, 351 ss.

⁵⁸ In particolare, si veda P. PONZANO, *Identità europea e cittadinanza dell'Unione*, in M.C. Baruffi (cur.), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, 15 ss.

⁵⁹ In linea con tale tesi, E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, 31 ss.

posizioni definite dal Trattato, nell'altro presenta un valore autonomo, potendo essere invocata anche in una situazione interna⁶⁰.

La cittadinanza europea presenta una natura "duale", riassunta dalla formula «si aggiunge alla cittadinanza nazionale» del Trattato di Lisbona che, se da un lato getta le fondamenta per l'acquisizione di uno *status* autonomo rispetto alla cittadinanza nazionale, dall'altro non giustifica il suo distacco dalla stessa. È doveroso specificare che la dipendenza dalla cittadinanza nazionale non impedisce alla cittadinanza europea di assumere una portata sovranazionale, dal momento che i diritti garantiti dalla seconda agiscono nel momento in cui il cittadino si trova al di fuori dei confini del suo Stato di origine.

È innegabile che la cittadinanza europea presenti elementi cruciali rispetto alle cittadinanze nazionali. In primo luogo, si esclude che essa possa connotare uno *status* di appartenenza ad un'entità statale: la costruzione europea si pone al centro tra la Confederazione e la Federazione; del resto, la stessa Unione assume le sembianze di una "Confederazione moderna", intesa non solo come lega di Stati, considerato che concerne direttamente l'individuo, tutelandone i diritti fondamentali e generando una cittadinanza comune accanto a quella dello Stato nazionale⁶¹. In secondo luogo, si rileva la mancata indicazione nei Trattati di presupposti autonomi per l'acquisto della cittadinanza europea: l'accesso alla cittadinanza dell'Unione, dunque, è individuato dalle leggi nazionali in materia di cittadinanza, recependo così i principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia del 7 luglio 1992⁶² (c.d. caso Micheletti), secondo cui la determinazione delle modalità di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ogni Stato membro. Tale circostanza implica due rilevanti conseguenze giuridiche: la prima risiede nel fatto che uno Stato membro non possa restringere gli effetti della cittadinanza di un altro Stato membro, dal momento che la legislazione del primo lo considera come cittadino di uno Stato terzo; la seconda è quella per cui gli Stati membri devono, nell'esercizio della loro competenza in materia di cittadinanza, osservare il diritto dell'Unione. Emblematica è la vicenda *Rottmann*⁶³: la Corte di Lussemburgo ribadisce che non possono avere effetti sulla cittadinanza europea disposizioni o provvedimenti degli Stati membri che producano l'effetto di abolire la cittadinanza nazionale per limitare l'esercizio di diritti riconosciuti dal diritto comunitario ovvero che privino della cittadinanza per contrasto con i principi fondamentali dell'Unione Europea. La Corte di Giustizia non coglie l'occasione per compiere il passo più coraggioso, ossia quello di riconoscere una specifica autonomia alla cittadinanza europea rispetto alla cittadinanza nazionale. Al

⁶⁰ C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, 23.

⁶¹ Così, F. RESCIGNO, *Eguaglianza vs. cittadinanza: il trattamento dello straniero*, in Ead. (cur.), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, 2016, 417.

⁶² CGUE, 7 luglio 1992, C-369/90. Per un commento al caso, si veda L. CARTOU, *La cour et une matière quelque peu sulfureuse : liberté de circulation et d'établissement et double nationalité*, in *Les Petites Affiches*, 1993, 18 ss.; D. RUZIE, *Nationalité, effectivité et droit communautaire*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, 107 ss.; C. DEREATTI, *Il "caso Micheletti" e la cittadinanza dell'Unione europea. Prospettive europee per le seconde generazioni di emigranti*, Udine, 2011.

⁶³ CGUE, 2 marzo 2010, causa C- 135/08. Sulla sentenza, la dottrina è ricca. Tra i vari, si veda M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *Chronique de jurisprudence communautaire. Citoyenneté de l'Union*, in *L'actualité juridique; droit administratif*, 2010, 937-938; G.N. TOGGENBURG, *Zur Unionsbürgerschaft: Inwieweit entzieht sich ihr Entzug der Unionskontrolle?* in *European Law Reporter*, 2010, 165 ss.; H. TEWOCHT, R. BORRÁS, C. PELLISÉ, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, 289 ss.; F. FABBRINI, *Cosa vuole dire essere un cittadino europeo?* in *Diritti Comparati*, 2010; M.E. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione Europea: il caso Rottmann*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2010, 423 ss.; L. MONTANARI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2010, 948 ss.

contrario, essa compie un passo indietro rispetto alla prospettiva di una cittadinanza europea che costituisca una nozione giuridica e politica autonoma da quella nazionale⁶⁴.

È fondamentale tenere presente che la configurazione vigente della cittadinanza europea non è solo l'esito di una decisione politica, ma anche il prodotto della complessa struttura istituzionale europea, divisa tra la permanenza del potere degli Stati nazionali ed un impianto federale imperfetto; di conseguenza, lo stesso superamento della cittadinanza nazionale sarebbe contestato dal potere permanente degli Stati all'interno dell'apparato istituzionale europeo⁶⁵.

Con l'introduzione della cittadinanza europea si compie senz'altro un primo passo in avanti sul piano dell'integrazione. Tuttavia, essa palesa evidenti limiti che inducono a riflettere sulla possibilità di formulare una nuova nozione: il principale consiste – a parere di chi scrive – nella sua estraneità: la mancata “visibilità” della cittadinanza europea non trova giustificazione, in ragione della comparsa della stessa verso la fine degli anni Novanta (1992). Alla luce di ciò, è inevitabile interrogarsi sull'effettivo valore di una cittadinanza, che proprio nei confronti dei suoi cittadini, risulta essere ancora sconosciuta, o meglio «una terra ignota agli occhi dei suoi stessi abitanti»⁶⁶.

3. Profili comparativi. Verso un modello comune?

Le norme sulla cittadinanza dei principali Stati europei sembrano gradualmente convergere verso un modello comune. Gli ordinamenti europei condividono regole di acquisizione della cittadinanza dominate dal criterio dello *ius sanguinis* a cui è stato accostato, in tempi più recenti, il criterio dello *ius soli*. Per quanto concerne l'esperienza francese⁶⁷, è necessario segnalare come il *Code civil* napoleonico introduceva quale criterio base per l'acquisizione della cittadinanza lo *ius sanguinis*. Quello francese, però, è stato uno dei primi ordinamenti a dotarsi di una disciplina sull'acquisto della cittadinanza francese per *ius soli*, a fronte della repentina crescita dei flussi migratori. Nel sistema francese sussiste il principio del “doppio *ius soli*”, in base al quale la cittadinanza viene riconosciuta automaticamente nei confronti di chi nasce sul territorio francese, da genitori stranieri di cui uno almeno nato in Francia. È ammesso, altresì, il beneficio dello “*ius soli semplice*”, in virtù del quale la cittadinanza viene concessa al compimento della maggiore età a chi è nato in Francia da genitori stranieri, purché risieda o abbia la residenza abituale nel Paese per un periodo, costante o meno, di almeno cinque anni dal compimento dell'undicesimo anno di età.

Sull'evoluzione della normativa francese relativa all'acquisizione della cittadinanza hanno influito il decremento demografico post-bellico ed il processo di decolonizzazione. Difatti, in tale periodo storico, si è avvertita la necessità di introdurre norme più flessibili in materia, tali da favorire l'acquisizione della cittadinanza da parte dei migranti delle ex colonie e dei territori d'Oltremare. Si è assistiti, dunque, ad un radicale mutamento di approccio: nei primi decenni del Novecento, il legislatore francese, a causa dell'inasprimento delle ideologie *xenofobe*, aveva approvato norme più rigide in materia di naturalizzazione⁶⁸.

⁶⁴ C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Bari, 2014, 10.

⁶⁵ M.C. MARCHETTI, *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Luci e ombre di un rapporto difficile*, in *SocietàMutamentoPolitica*, 2016, 142.

⁶⁶ Così, C. GAMBINO, *Cittadinanza europea: un lungo iter giuridico non sostenuto da un'adeguata partecipazione democratica*, in *KorEuropa*, 4, 2014, 10.

⁶⁷ Sullo spazio riservato dalla Costituzione francese alla cittadinanza, si veda S.F. REGASTO, *Brevi note sulla cittadinanza nell'ordinamento francese*, in *AmbienteDiritto*, 1, 2021, 4-7.

⁶⁸ G. ARAVANTINO LEONIDI, *Evoluzione storica e aspetti giuridici problematici del diritto di cittadinanza in Francia*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2, 2019, 99-100.

La cittadinanza, poi, può essere ottenuta in caso di unione matrimoniale con un cittadino francese, a condizione che siano decorsi almeno quattro anni dalla celebrazione; prerequisito per il conseguimento della cittadinanza è la conoscenza della lingua francese. Di specifico spessore è la disposizione che riconosce al Governo, attraverso decreto del Consiglio di Stato, di poter negare l'acquisizione della cittadinanza per una carenza di assimilazione, non imputabile però ad un'insufficiente conoscenza della lingua francese⁶⁹. A tale proposito, è doveroso ricordare che la legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 ha inasprito i requisiti richiesti per la naturalizzazione, concentrando l'attenzione sulla necessaria assimilazione linguistica e culturale degli stranieri.

La "pecca" del modello francese – a giudizio di chi scrive – risiede nel forte attaccamento alla matrice ideologica. Come ben osservato in dottrina, il modello francese «sopravvive, e non sempre, nella retorica politica, ma è stato sgretolato dalla ricerca storica e in primo luogo dalle stesse scelte politiche del governo»⁷⁰.

Dal modello francese "assimilazionista" e "culturalista", si passa a quello tedesco di tipo "etnico-identitario", fondato originariamente sullo *ius sanguinis*: l'acquisizione della cittadinanza avveniva secondo la regola della discendenza da un genitore nato in Germania⁷¹.

A causa dei massicci flussi migratori, il legislatore si è visto costretto ad introdurre il principio del luogo di nascita (*ius soli*), in aggiunta al tradizionale principio di filiazione. Pertanto, oggi ottengono automaticamente la cittadinanza non solo i figli di cittadini tedeschi, ma anche i figli di stranieri che nascono in Germania, a patto che uno dei genitori risieda abitualmente e legalmente in tale Paese da almeno otto anni e goda di soggiorno a tempo indeterminato. Un elemento significativo è rappresentato dal temperamento dei requisiti di naturalizzazione (da 15 a 8 anni di residenza), al quale però si affianca il rispetto di altri requisiti (dichiarazione di fedeltà all'ordinamento democratico e liberale del *Grundgesetz*, mancato supporto alle azioni avverso l'ordinamento medesimo, conoscenza della lingua tedesca). È fondamentale marcare come tale mutamento abbia posto in discussione la sussistenza stessa in Germania di un modello originale di cittadinanza etnica.

In Inghilterra, la legislazione coloniale e post-coloniale ha condotto alla predisposizione di un modello "multiculturalista", dal quale è scaturita una cittadinanza "differenziata". Al fine di frenare le ondate migratorie, il *British Nationality Act* del 1948 è stato sostituito da una disciplina più rigida: si è preferito adottare un sistema misto, introducendo taluni elementi tipici dello *ius sanguinis*, in grado di alterare l'idea stessa di "cittadinanza britannica"⁷². Con l'*Immigration, Nationality and Asylum Act* è stata rivista la procedura di naturalizzazione, che permette l'acquisto della cittadinanza sulla base di taluni requisiti (periodo di residenza di almeno 5 anni, conoscenza della lingua inglese, studio di nozioni basilari sulle istituzioni e sulla democrazia parlamentare, sulla storia inglese e sulla conoscenza della legge).

In seguito, si è sviluppata l'idea di una "cittadinanza meritata", fondata sulla convinzione che la cittadinanza britannica costituisca un "privilegio". Tale idea è poi confluita nel *Borders, Citizenship*

⁶⁹ «Le Gouvernement peut s'opposer, par décret en Conseil d'Etat, pour.. défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger» (art. 21-4 code Civil).

⁷⁰ Così, S. PEGNA, *Immigrazione e integrazione in Francia tra diritti, sicurezza e non discriminazione*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (curr.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 345.

⁷¹ La Germania ha rappresentato «la patria dello *ius sanguinis* per eccellenza, sulla scia di una nazione come comunità legata da affinità di sangue e di cultura» (E. COLOMBO, L. DOMANESCHI, C. MARCHETTI, *Una nuova generazione di italiani. L'idea di cittadinanza tra i giovani figli di immigrati*, Milano, 2009, 37). Sulla storia della cittadinanza tedesca, si veda G. GOZZI, *Modello di cittadinanza e democrazia costituzionale in Germania*, in M. Martini (cur.), *Modelli di cittadinanza in Europa*, Bologna, 2003, 51 ff.

⁷² C. Sawyer, H. Wray (curr.), *EUDO Citizenship Observatory – Country Report: United Kingdom*, EUDO Citizenship Observatory, Fiesole, 2012, 31-33.

and Immigration Act, che ammetteva un periodo di cittadinanza “di prova” (ridotto solo dinnanzi a forme di impegno di “cittadinanza attiva”). Il sistema di “cittadinanza meritata” avrebbe dovuto entrare in vigore nel 2011; tuttavia, esso non è stato accolto, in quanto accusato dall’allora Governo in carica di essere «complicato, burocratico e, alla fine dei conti, inefficace». Quest’ultimo, infatti, avrebbe costretto i migranti ad intraprendere un processo travagliato, incerto e dispendioso, nel corso del quale avrebbero dovuto anche compiere opera di volontariato in forma regolamentata per dimostrare la loro adesione ai valori britannici⁷³.

In Spagna, la normativa in materia ha risentito notevolmente del passato coloniale, legato all’immagine della stessa come Paese di emigrazione. La prima normativa civilistica sull’acquisto e la perdita della cittadinanza (1889) si fondava sostanzialmente sullo *ius sanguinis*; il principio dello *ius soli* assumeva una rilevanza secondaria, in quanto la persona che nasceva sul territorio spagnolo da genitori stranieri poteva conseguire la cittadinanza se rinunciava a quella di origine una volta raggiunta la maggiore età. Con l’approvazione della Costituzione del 1978, si è tentato di promuovere l’applicazione dello *ius soli*, al fine di allineare il sistema alle tendenze evolutive più recenti.

La normativa specifica sul diritto di cittadinanza è racchiusa nel codice civile (artt. 17-28, modificati con la legge n. 36/2002). In particolare, sono considerati spagnoli di origine: i nati da genitori spagnoli; i nati in Spagna da genitori di cui almeno uno di essi nato nel territorio spagnolo (fatta eccezione per i figli di funzionari diplomatici o consolari accreditati in Spagna); i nati in Spagna da genitori stranieri, se entrambi non possiedono alcuna cittadinanza o la legislazione dei loro Paesi di origine non assegna al figlio la cittadinanza; i nati in Spagna la cui filiazione non risulti accertata (si considerano nati nel territorio nazionale i minori di età il cui primo luogo conosciuto di soggiorno sia la Spagna). Accanto ai predetti casi, è previsto anche l’acquisto della cittadinanza per opzione, delimitato alle seguenti ipotesi: soggetto sottoposto alla patria potestà di un cittadino spagnolo; riconoscimento tardivo del figlio di cittadini spagnoli (a seguito dei diciotto anni); adozione del richiedente in un momento successivo al conseguimento della maggiore età. In via generale, assume spessore la posizione di chi sostiene che la preoccupazione dei legislatori europei sia quella di assicurare che all’attribuzione della cittadinanza corrisponda realmente, da parte della persona che vi aspira, la scelta di una “patria d’elezione”, sia al momento dell’acquisto che nel corso del tempo⁷⁴.

4. L’impianto normativo italiano: la legge n. 91/1992 e le sue criticità

A distanza di ottant’anni dall’entrata in vigore della precedente disciplina (l. n. 555/1992)⁷⁵, la legge n. 91/1992 ha introdotto una serie di norme che solo apparentemente rinnovano il quadro normativo della materia. Di specifico rilievo è l’opera di conformazione dei contenuti ai principi costituzionali dell’eguaglianza senza distinzioni di sesso e dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. In passato, tali principi avevano portato il Giudice delle Leggi a dichiarare l’illegittimità costituzionale di talune disposizioni della legge del 1912⁷⁶, inducendo il legislatore italiano a

⁷³ Sul punto, si veda N. MONTAGNA, *Da Blair a Brexit. Vent’anni di immigrazione e politiche migratorie nel Regno Unito*, Milano, 2020.

⁷⁴ Così, E. GROSSO, *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2015, 22.

⁷⁵ Legge 13 giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza italiana. G. ARENA, *Immigrazione e cittadinanze*, in *Labsus*, 5, 2008, 4, precisa che «le regole sulla cittadinanza del 1912 sono state pensate in chiave nazionalistica, avendo come obiettivo principale il mantenimento dei rapporti con i nostri emigranti, non certo l’integrazione degli immigrati nella nostra società».

⁷⁶ Corte cost., sentt. [16 aprile 1975, n. 8](#), e [9 febbraio 1983, n. 30](#).

rivedere la disciplina relativa all'acquisto della cittadinanza a seguito di matrimonio (art. 219, l. n. 151/1975) e nei rapporti di filiazione (l. n. 123/1983). Dalla relazione introduttiva al disegno di legge originario affiora l'urgenza di soddisfare le necessità delle comunità italiane (o di origine italiana) residenti all'estero⁷⁷. In concreto, la nuova legge mostra un'indiscussa continuità con la normativa del 1912: entrambe, infatti, sono state approvate dal Parlamento tenendo conto del fenomeno dell'emigrazione degli italiani all'estero. Le leggi in esame risultano in sintonia anche per via di un secondo elemento: lo *ius sanguinis* rimane il criterio principale di trasmissione della cittadinanza italiana; di conseguenza, lo *ius soli* permane una tecnica meramente residuale. Con riguardo all'acquisto della cittadinanza italiana per naturalizzazione dello straniero, le normative però non sembrano combaciare del tutto. Ambedue si incentrano sul principio secondo cui, per conseguire la cittadinanza italiana, lo straniero deve dimostrare il suo desiderio di instaurare un rapporto più solido e permanente con lo Stato italiano e di volerne beneficiare nel modo più ampio possibile. Tuttavia, il legislatore del 1992 ha introdotto una disciplina più rigorosa per l'acquisto della cittadinanza italiana, prescrivendo un periodo minimo di dieci anni di regolare residenza sul territorio nazionale: il legislatore sembra aver valutato tale termine come un tempo sufficiente per consentire allo straniero di acquisire gli elementi essenziali dell'identità nazionale italiana. Come evidenziato in dottrina⁷⁸, la legge n. 555/1912 riconosceva incidenza alla volontà del singolo esclusivamente al momento della richiesta della cittadinanza, dato che l'acquisto, la perdita ed il riacquisto della stessa dipendevano non soltanto da una discrezionalità politico-amministrativa piuttosto ampia, ma anche da disposizioni di legge che prevedevano degli automatismi per l'acquisto della cittadinanza, talvolta contrari alla volontà dei soggetti investiti. La vigente normativa ammette – o meglio non esclude – la doppia cittadinanza e mira a favorire la conservazione ed il riacquisto della cittadinanza, ma trascura il fenomeno della crescente immigrazione verso il territorio italiano di cittadini stranieri che qui si stabiliscono e dei loro discendenti che nascono in Italia o arrivano in giovane età⁷⁹.

Nel corso del tempo, si sono susseguite varie proposte volte ad emendare l'attuale disciplina per agevolare l'acquisto della cittadinanza italiana da parte degli stranieri residenti sul territorio, valorizzando anche la nascita dello straniero e il suo ingresso nel corso della minore età nel territorio italiano. È emblematico che nessuno dei progetti di legge presentati alle Camere sia giunto all'approvazione in via definitiva. Tale circostanza pone in luce l'assenza di un consenso politico, imprescindibile per aggiornare il quadro normativo: le resistenze, che impediscono di avviare un dialogo pacifico, sono imputabili ad un piano più generale, giacché la questione della cittadinanza influisce sulla sovranità e sulla forma di Stato⁸⁰.

Le scelte restrittive compiute dal legislatore hanno inciso negativamente sull'andamento delle naturalizzazioni: l'Italia, infatti, risulta oggi uno di quei Paesi con il più basso tasso di acquisizione di cittadinanza su base annua. La legge n. 91/1992, essendo ispirata da un marcato favore nei

⁷⁷ In particolare, nella relazione introduttiva del d.l. n. 1460 ("Nuove norme sulla cittadinanza") si legge che «appare nell'interesse della comunità nazionale – oltre a rispondere ad una viva aspettativa delle comunità italiane all'estero – rendere possibile, per chi lo desidera, il mantenimento del legame giuridico, ma anche culturale e sentimentale, costituito dalla cittadinanza. Ciò varrebbe a far scomparire una fonte di disagio o di distinzioni in seno alle comunità italiane, accrescendo ed irrobustendo – in un mondo in cui ormai le comunicazioni sono divenute estremamente agevoli – i loro legami ed i loro rapporti con la madrepatria».

⁷⁸ A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018, 44.

⁷⁹ Come marcato anche da C. FIORAVANTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana: tra regime vigente e prospettive di riforma*, in L. Zagato (cur.), *Introduzione ai diritti della cittadinanza*, cit., 42-43.

⁸⁰ A tale proposito, G. STEGHER, *L'articolato percorso normativo della cittadinanza e dell'immigrazione: spunti ricostruttivi*, cit., 22, sottolinea come «Parlamento e Governo sono più esposti al consenso popolare, che invece non coinvolge gli organi di garanzia, più liberi di ragionare in termini di diritti costituzionali. Ed è per questo che emerge un difficile equilibrio tra Costituzione e consenso».

riguardi dall'emigrazione italiana, è espressione di «una tendenza contraria ad una rapida assimilazione degli stranieri»⁸¹. In tale ottica, i Consigli e le Consulte degli stranieri rappresentano ottimi "atelier" di integrazione del "non cittadino" nei processi decisionali. Sebbene la differenza tra le due tipologie di organo non sia ancora chiara, essa potrebbe essere individuata nelle modalità di determinazione della loro composizione: gli organi direttamente eletti dagli stranieri sono generalmente denominati "Consigli", mentre gli organi di cui fanno parte rappresentanti nominati da enti o associazioni esponenti delle istanze degli stranieri residenti nel territorio sono abitualmente denominati "Consulte"⁸². L'istituzione di queste ultime è avvenuta anche a livello regionale, sollevando talune criticità. In primo luogo, le Consulte regionali si contraddistinguono per la presenza non solo dei rappresentanti stranieri, ma anche dei membri italiani. Come esposto in dottrina, il punto debole delle passate esperienze consultive regionali è dato dalla carenza di rappresentatività, e dunque dall'indiscreta ingerenza della componente italiana, talvolta anche maggioritaria, che avrebbe sottratto agli stranieri un'autonoma quota politica⁸³. In tale senso, l'unica eccezione è rappresentata dalla Regione Emilia-Romagna che ha previsto, all'interno della Consulta Regionale, una maggioranza di seggi per stranieri. In secondo luogo, tali organi assolvono meramente compiti di natura propositiva, consultiva e di sostegno a livello regionale. Tale limite accentua la loro insufficiente incidenza sulle politiche regionali in tema di immigrazione; a ciò, si aggiunge la circostanza che essi possono esercitare le loro funzioni esclusivamente in relazione a settori inerenti il fenomeno migratorio⁸⁴. In realtà, la mancata operosità delle Regioni in materia non trova giustificazione a fronte di quanto statuito dalla giurisprudenza costituzionale: con la sentenza n. 300/2005,⁸⁵ la Consulta ha precisato che la sfera di intervento pubblico in materia di immigrazione non può ritenersi limitata alla mera regolazione dell'ingresso e del soggiorno sul territorio da parte dello Stato, ma include ulteriori ambiti riconducibili a «materie che intersecano ex Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente». La predetta sentenza è stata preceduta da un'altra rilevante pronuncia, con la quale il giudice costituzionale ha chiarito che quello dei diritti di partecipazione costituisce «un ambito di sicura competenza regionale»⁸⁶. Analogamente, non ha ottenuto riscontro l'istituzione della "Costituente Islamica di Italia", finalizzata a rappresentare gli interessi e i diritti degli appartenenti alla comunità islamica italiana nel campo istituzionale, con il proposito di costituire gruppi di studio su determinati temi (es. il diritto di culto e i suoi luoghi, l'insegnamento religioso degli adulti e dei minori, ecc.); tale organo si propone di addivenire alla stipula di un'intesa con lo Stato (art. 8 Cost.)⁸⁷. Si tratta di una sperimentazione già avviata nel contesto occidentale con scarsi risultati: in Spagna, dopo l'accordo con lo Stato, la Federazione

⁸¹ Così, R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1993, 328.

⁸² G. CAVAGGION, *La democrazia rappresentativa e le sfide della società multiculturale*, in P. Bilancia (cur.), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia*, Torino, 2018, 120-121.

⁸³ Così, C. MANTOVAN, *Immigrazione e cittadinanza*, Milano, 2007, 70 ss.

⁸⁴ V. FERRAIUOLO, *Le nuove politiche regionali in materia di partecipazione degli stranieri*, in Dirittifondamentali.it, 1, 2012, 12.

⁸⁵ Corte cost., sent. [22 luglio 2005 n. 300](#). Su tale pronuncia, si veda S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2005; T.F. GIUPPONI, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c'è partecipazione e partecipazione*, in *Le Regioni*, 1, 2006.

⁸⁶ Corte cost., sent. [6 dicembre 2004, n. 379](#). Su tale decisione, la dottrina è fiorente. In particolare, si veda A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2004; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 1, 2005.

⁸⁷ Sui difficili rapporti tra le comunità islamiche e le istituzioni nazionali in Italia, si veda C. CARDIA, *Evoluzione dell'Islam italiano e dei suoi rapporti con le istituzioni (2003-2008) (Documentazione e cronologia)*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (curr.), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 575 ss.

islamica è “collassata” per le rivalità interne tra i membri⁸⁸; in Francia, il Ministero degli Interni ha dato vita ad una “Consulta elettiva islamica”, sulla base di un modello ben distante dai nostri valori costituzionali⁸⁹.

Tornando allo scenario nazionale, appare necessario chiedersi se l’istituzione di tale organo abbia promosso la nascita del primo partito politico islamico in Italia. Come precisato in dottrina, la Costituzione Repubblicana non vieta la costituzione di partiti che intendono la religione, l’etnia e la cultura come il proprio fattore identificante principale o esclusivo⁹⁰. Totalmente diversa è la situazione in cui un partito politico persegua scopi estranei ai valori religiosi, tali da intaccare seriamente l’esistenza della democrazia.

5. Conclusioni

Giunti a tale punto, appare fondamentale chiedersi se e in quale misura la cittadinanza europea eserciti influenza sull’emersione di un modello comune di acquisto della cittadinanza in Europa. Il principale intralcio alla formazione di una coscienza europea comune è rappresentato dal modo in cui operano oggi le Istituzioni dell’Unione, che inducono a contrapporre l’interesse nazionale all’interesse comune, privilegiando il primo sul secondo⁹¹. È anche vero che la definizione di linee comuni nell’acquisizione della cittadinanza europea incide sensibilmente sul buon funzionamento e sulla stessa stabilità dell’Unione, a fronte della ritrosia degli Stati membri nel cedere sovranità su un aspetto che rientra tra le prerogative classiche dello Stato moderno. Tuttavia, vi è chi ricorda che la cittadinanza europea comporta l’acquisizione di una serie di diritti di cui il cittadino diventa titolare per effetto di norme europee, il cui reale godimento però dipende dagli Stati: «si tratta di un paradosso che può creare un’impasse difficilmente superabile, e che legittima la ritrosia degli Stati nell’acconsentire a passi indietro sulla disciplina della materia»⁹². In tale contesto, l’Italia assume una posizione neutrale, ancora lontana dall’idea di una cittadinanza “composita”, ossia una cittadinanza che non disconosce le radici dello *ius sanguinis*, essendo comunque in grado di aprirsi a nuovi individui ed accoglierli nella società italiana tramite uno *ius soli* temperato e lo *ius culturae*⁹³. Le scelte compiute dal legislatore appaiono incentrate su una prospettiva dello scenario nazionale non corrispondente alla realtà: si considera l’Italia essenzialmente come un Paese di emigrazione, chiamato a preoccuparsi dei propri cittadini trasferitesì all’estero, piuttosto che come un Paese di immigrazione, tenuto a risolvere la cruciale *querelle* dell’integrazione degli stranieri che stabilmente vivono nel suo territorio. Alla luce del quadro attuale, appare ormai sminuita la portata e l’incidenza della c.d. Carta dei valori del 2007, orientata a delineare un concetto unitario di cittadinanza e di convivenza tra le diverse comunità nazionali, etniche, e religiose radicate nel territorio, assumendo la veste di “patto” tra cittadini e immigrati incentrato

⁸⁸ A. MOTILLA, *L’accordo di cooperazione tra la Spagna e la Commissione islamica. Bilancio e prospettive*, in S. Ferrari (cur.), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, 245 ss.

⁸⁹ N. SARKOZY, *La République, les religions, l’Espérance. Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin*, Paris, 2004.

⁹⁰ P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, XXXII, Milano, 1982, 66 ss.

⁹¹ Come sostenuto anche da A. CAVALLI, *La cittadinanza europea*, in *Europa, un’utopia in costruzione*, vol. 1, Roma, 240.

⁹² Così, F. SAVASTANO, *L’opportunità di un modello comune per l’acquisizione della cittadinanza europea*, in *Diritto e Società*, 4, 2018, 681.

⁹³ A. BARAGGIA, *La cittadinanza “composita” in alcune esperienze europee. Spunti di riflessione per il caso italiano*, in federalismi.it, 18, 2017, 24.

sull'inclusione sociale che intende conciliare il rispetto di talune differenze di cultura e di comportamento con il rispetto dei valori comuni⁹⁴.

È irragionevole che oggi il vincolo matrimoniale costituisca un comodo *escamotage* per accedere alla cittadinanza. Sotto tale profilo, l'irrigidimento della disciplina ad opera del legislatore del 2009 riduce il rischio di contrarre nozze con il solo obiettivo di conseguire la cittadinanza italiana (ed europea), ma non tiene conto di talune criticità. Sebbene l'innalzamento del requisito temporale relativo alla convivenza coniugale e alla residenza legale in Italia risulti in linea con l'orientamento seguito dalla maggior parte dei Paesi europei⁹⁵, si trascura la grave anomalia procedimentale che impone il mantenimento dei requisiti e la mancanza dei motivi di preclusione all'acquisto della cittadinanza sino al momento dell'emanazione del decreto di conferimento⁹⁶.

Oltre alla preminenza concessa allo *ius sanguinis* per l'acquisto della cittadinanza, colpisce la scelta di non mutare la durata del periodo di residenza richiesto per l'acquisto della cittadinanza. Come osservato in dottrina⁹⁷, tale circostanza non solo inquadra l'Italia tra i Paesi dell'Unione Europea che prevedono il limite più ampio circa il requisito della residenza, ma complica il conseguimento della stessa cittadinanza, in quanto accresce la discrezionalità dell'autorità, che tiene conto di determinati fattori (eventuali condanne, la situazione economica ed il grado di interazione).

In via generale, la normativa non garantisce, mediante le norme sull'acquisto e la perdita della cittadinanza, la tutela della libertà e dei diritti individuali. Nell'ottica di una corrente di pensiero, il legislatore ha perso una valida occasione per accertare se «la determinazione delle condizioni alle quali sussiste, si instaura e si estingue il rapporto fondamentale tra uno Stato e le persone, oggetto di una legge sulla cittadinanza, comporta invero una scelta di valori rispondente alle concezioni che sono alla base della stessa comunità nazionale e del suo diritto»⁹⁸. In concreto, si tratta di delineare i presupposti giuridici per la stessa individuazione di tale comunità, dai quali dipende la regolamentazione di una serie di situazioni: l'ordinamento vigente può riferirle esclusivamente ai cittadini ovvero disciplinarle in maniera differente verso i cittadini e gli stranieri. È innegabile che l'esclusione di quest'ultimi dall'attiva partecipazione alla vita pubblica si ponga in contrasto con i valori consacrati nell'ordinamento costituzionale italiano.

In definitiva, è ancora sentita – a giudizio di chi scrive – la percezione che gli immigrati siano ontologicamente “fuori posto”. Pertanto, si avverte l'esigenza di concentrare l'attenzione sulla pianificazione di un'educazione alla cittadinanza. Educare alla cittadinanza significa «progettare un'educazione etico-sociale in grado di formare gli individui all'intera gamma delle dimensioni del sociale: da quelle che richiedono un'elevata capacità di autonomia a quelle che domandano partecipazione consapevole all'esperienza sociale, a quelle, infine, che postulano l'esigenza della condivisione con altri singoli e gruppi»⁹⁹.

⁹⁴ P. LILLO, *La “Carta dei valori” della Repubblica italiana*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 41, 2017, 8.

⁹⁵ Sul punto, si veda S. WALLACE GOODMAN, *Naturalisation Policies in Europe: Exploring Patterns of Inclusion and Exclusion*, in [EUDO Citizenship Observatory](#), 2010, 28.

⁹⁶ Così, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Alcune criticità e possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa italiana sulla cittadinanza*, in G. Santoro (cur.), *I profili di illegittimità costituzionale della legge sulla cittadinanza*, Roma, 2021, 26.

⁹⁷ L. MONTANARI, *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, in [Rivista AIC](#), 2, 2012, 26.

⁹⁸ Così, G. KOJANEC, *Su di un nuovo ordinamento della cittadinanza italiana*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Milano, 1982, 3.

⁹⁹ Così, R.M. Ávila, B. Borghi, I. Mattozzi (curr.) *L'educazione alla cittadinanza europea e la formazione degli insegnanti. Un progetto educativo per la “strategia di Lisbona”*, Bologna, 2009, 13.

Ilaria Rivera*

Il ruolo della scuola nel contrasto all'*hate speech* nella società interculturale. *Educare al rispetto ed alla diversità***

ABSTRACT: il presente articolo mira ad approfondire il ruolo ricoperto dalla scuola nel contrasto alla diffusione di discorsi di odio (c.d. *hate speech*). Tale fenomeno, infatti, sta conoscendo nuove declinazioni e, proprio nell'esigenza di adottare misure efficaci per la diffusione di una cultura del rispetto della diversità, spetta alla scuola coltivare fin dalle prime fasi di sviluppo un senso di comunità e di democrazia.

This article aims to analyse the role played by schools in combating the spread of hate speech. This phenomenon, in fact, is taking new forms and it is precisely in the need to take effective measures to create a culture of respect for diversity that it is incumbent on schools to promote a sense of community and democracy.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il ruolo della scuola nel contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio – 3. La scuola come luogo di democrazia e di incontro

1. Premessa

Il presente contributo mira ad approfondire la tematica dei discorsi d'odio (c.d. *hate speech*) con particolare riguardo alle pericolose declinazioni che sempre più di frequente questo fenomeno assume nell'ambiente scolastico.

Ad oggi non esiste una definizione univoca¹ di *hate speech* o discorso d'odio² né si configura una disciplina uniforme nel quadro comparato³. Cionondimeno, ancorché non sia ravvisabile allo

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale, Università degli Studi di Pavia.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Si tenga comunque conto che nel 2018 l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha adottato il Piano d'azione contro l'*hate speech* al fine di indagare le cause della proliferazione del fenomeno e sviluppare azioni e strategie a sostegno delle vittime (es. assistenza legale e consulenza psicologica).

² Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 17 ss., osserva che la formula "discorsi d'odio" indica «"un contenitore definitorio" che include forme espressive anche piuttosto diverse tra di loro» e che, nonostante sia pressoché raggiunta una convergenza della dottrina e della giurisprudenza sulla definizione di tale nozione, «... rimane da chiarire che cosa è l' "odio" trasmesso attraverso l'uso della parola o di altra strategia comunicativa», chiarendo che per poter indentificare le fattispecie concrete sussumibili nella categoria dei discorsi d'odio soccorrono due differenti approcci: l'approccio di tipo contenutistico (*content-based approach*) e l'approccio di tipo contestuale (*contextual-based approach*).

³ Nell'ordinamento spagnolo, il 18 marzo 2021 è stato presentato il Protocollo per combattere l'*hate speech* on line (Protocolo para Combatir el Discurso de Odio Ilegal en Línea) elaborato nella cornice dell' "Accordo di cooperazione istituzionale nella lotta contro il razzismo, la xenofobia, la LGTBIfobia e altre forme di intolleranza" (Acuerdo para cooperar institucionalmente en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la LGTBIfobia y otras formas de intolerancia), per la cooperazione e la collaborazione tra gli attori istituzionali e non e le imprese fornitrici di servizi di hosting, al fine di prevenire, eliminare e contrastare l'incitamento all'odio illegale on line. In Francia, facendo seguito all'assassinio del professore Samuel Paty, decapitato all'uscita di scuola a Conflans da un estremista musulmano per aver tenuto una lezione sulle caricature di Maometto, è stata approvata la legge n. 1109 del 24 agosto 2021 (Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République), che reca una serie di disposizioni relative alla lotta contro i discorsi d'odio e i contenuti illeciti *on line*, introducendo, altresì una nuova fattispecie criminosa della 'messa in pericolo della vita altrui tramite la diffusione di informazioni relative alla vita privata, familiare o professionale', punita con cinque anni di reclusione e 75.000 euro di ammenda se la vittima è un pubblico ufficiale, un funzionario eletto o un giornalista o se è minorenni. In Germania, con Legge del 3 giugno 2021 il Parlamento tedesco ha modificato la Legge per il miglioramento dell'applicazione delle norme sulle reti sociali (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken - Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG), del 1° ottobre 2017, al fine di

stato una definizione condivisa per qualificare i fenomeni di hate speech⁴, diversi sono stati i contributi nel dibattito scientifico e nella giurisprudenza per l'identificazione della sua portata⁵.

Un ruolo particolarmente significativo è assunto, al riguardo, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, attraverso un nutrito orientamento giurisprudenziale, ha contribuito alla definizione del fenomeno e dei suoi limiti. In particolare, sulla base dell'articolo 10 CEDU, che tutela la libertà di espressione, la Corte EDU ha avuto modo di chiarire le caratteristiche di tale diritto, escludendo la violazione nelle ipotesi in cui sia necessario «sanzionare e prevenire la diffusione di espressioni che incitano, promuovono, giustificano l'odio fondato sull'intolleranza»⁶, purché tali restrizioni siano «proporzionate allo scopo perseguito»⁷. Il giudice convenzionale, nel valutare la necessità e la proporzionalità delle misure adottate dagli Stati membri suscettibili di ledere la libertà di espressione, ha chiarito che l'hate speech violi i diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella misura in cui la manifestazione della parola travalichi gli ordinari canoni di espressione.⁸ Il parametro rispetto al quale, infatti, il giudice di Strasburgo ha valutato l'adeguatezza delle misure sanzionatorie per le condotte di incitamento all'odio è proprio la libera manifestazione del pensiero, i cui tratti caratteristici, a giudizio della

rafforzare i diritti degli utenti sui social network, nonché di implementare gli obblighi informativi per gli operatori di piattaforma, le cui relazioni dovranno contenere anche le informazioni sulle modalità attraverso cui le piattaforme medesime gestiscono le procedure di 'contropresentazione' e le misure per l'individuazione dei contenuti illegali.

⁴ L'«*Hate speech*», linguaggio d'odio, così come definito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Raccomandazione 97/20 del Comitato dei Ministri del 1997), è «espressione di tutte le forme miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio fondate sull'intolleranza, tra cui l'intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti, e delle persone di origine immigrata». Sul punto, M. BRAMBILLA, V. CRESTANI, «*Der kriminelle ...*», «*I soliti ...*»: parole dell'odio in tedesco e in italiano, in M. D'AMICO, M. BRAMBILLA, V. CRESTANI, N. FIANO, *Il linguaggio dell'odio. Fra memoria e attualità*, Milano, 2021, 91, osservano che l'hate speech sia in grado di declinarsi in diverse forme «che possono essere complementari a forme non verbali di tipo acustico o visivo, ad esempio una particolare intonazione, una certa mimica facciale, una gestualità precisa, un uso di specifici simboli. Spesso mezzi verbali e non verbali sono combinati insieme nella formulazione del messaggio d'odio. In apparenza, questa combinazione potrebbe far pensare che l'hate speech sia sempre facilmente individuabile. In realtà, esso può essere strutturato in modo tale per cui non tutti i partecipanti alla comunicazione riescono a percepirlo come tale: esso è mascherato tramite strategie di mimetizzazione e occultamento». *Similiter*, M. D'AMICO, N. FIANO, *La Costituzione non odia: sui limiti costituzionali ai discorsi di odio*, ibidem, 126, chiariscono che «Perché ci sia hate speech è necessario che concorrano tre elementi: la manifesta volontà di incitare odio, un incitamento che sia idoneo a causare atti di odio e violenza e il rischio che tali atti si verifichino».

⁵ Ancorché faccia riferimento ai discorsi di stampo razzista, si ritiene pienamente condivisibile e passibile di essere estesa ai discorsi di odio complessivamente intesi l'analisi di I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 40-41, che osserva come questi siano in grado di ledere l'autodeterminazione e la dignità della persona, provocando «danni emotivi e sfiducia, intimidazione e paura». Si tratta, a giudizio dell'A., di «parole che feriscono», poiché conducono ad «una vera e propria sofferenza psichica, una perdita di autostima e una diminuzione della capacità di riscattarsi dalla propria situazione di inferiorità sociale».

⁶ Sul punto, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 45, si interroga sulla portata concreta del concetto di tolleranza, precisando come, in realtà, «nessuna società, nemmeno quelle considerate maggiormente democratiche, concepisce la tolleranza come fosse un principio assoluto». Non può non richiamarsi, sul punto, K.R. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, Londra, 1945, che già parlava di «paradosso della tolleranza».

⁷ Corte EDU, sentenza *Erbakan v. Turkey* (59405/00), 6 luglio 2006 e *Gündüz v. Turkey* (35071/97), 14 giugno 2006.

⁸ Ad esempio, la Corte EDU ha ribadito che l'irrogazione di una pena detentiva per un reato di stampa non viola la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'articolo 10 CEDU solo in circostanze eccezionali, in particolare nel caso in cui vengano lesi altri diritti fondamentali, come nel caso dei discorsi d'odio o di incitamento alla violenza (tra le altre, cfr. Corte EDU, sentenze *Cumpănă e Mazăre c. Romania* [GC] del 17 dicembre 2004, *Ruokanen e altri c. Finlandia* del 4 ottobre 2010, *Balaskas c. Grecia* del 5 gennaio 2021). In senso analogo, più di recente, nella sentenza *Associazione ACCEPT e altri c. Romania* del 1° giugno 2021, la Corte di Strasburgo ha ribadito che le aggressioni verbali commesse insultando, mettendo in ridicolo o calunniando determinati gruppi minoritari della popolazione – nel caso di specie la comunità LGBTQ – non possono essere ricompresi all'interno della libertà di espressione, configurando una violazione della dignità e della vita privati dei soggetti che hanno proposto ricorso.

Corte europea, non possono in alcun modo giustificare contenuti denigratori ed offensivi tali da offendere la dignità e la reputazione altrui.

Nell'ordinamento italiano⁹, sono previste e disciplinate diverse fattispecie penali in virtù delle quali è possibile sanzionare le condotte di incitamento alla violenza, fisica e verbale, e all'odio, ossia gli artt. 604-*bis* c.p. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa) e 604-*ter* c.p., relativamente alle circostanze aggravanti. Nel contesto normativo tratteggiato, il legislatore italiano intende prevenire e contrastare condotte di discriminazione e di violenza «per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità». Tale cornice normativa costituisce il sostrato giuridico sul quale si è chiamati a valutare di volta in volta l'idoneità della condotta a ledere il bene giuridico tutelato e a configurare, quindi, discorso d'odio.

La peculiarità della valutazione, che mira a verificare il contenuto e i limiti del pensiero che viene espresso, risente nella società contemporanea della presenza di un ulteriore fattore di complicazione, ossia l'utilizzo di internet e la connessione alle piattaforme digitali, i cui evidenti benefici non possono non soppesarsi con le criticità che scaturiscono dall'accesso incontrollato alla moltitudine di informazioni e di dati sulla rete.

Se da un lato, infatti, l'ampia diffusione delle nuove tecnologie digitali ha reso più immediata ed agevole la comunicazione¹⁰, dall'altro, ha contribuito a configurare nuove modalità mediante le quali vengono perpetrati comportamenti violenti e di incitamento all'odio¹¹. Internet, infatti, ha permesso a chiunque, che sia in possesso di una connessione e di un dispositivo digitale, di manifestare la propria opinione su qualunque accadimento, potendo trincerarsi dietro l'assoluto anonimato o facendo ricorso a identità inesistenti¹². Tramite lo strumento digitale, ogni

⁹ In Italia non esiste una definizione giuridica di crimini di odio, ma viene utilizzata quella dell'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR) dell'OSCE, in base alla quale «Il reato ispirato dall'odio consiste in un qualunque atto che sia autonomamente tipizzato da una norma penale e motivato dal pregiudizio basato su una specifica caratteristica della vittima, che consiste nella discriminazione verso la vittima operata dall'autore dell'illecito, e centrata su una caratteristica che rappresenta un aspetto fondante ed essenziale di una comune identità di gruppo, come la razza, la lingua, la religione, l'etnia, la nazionalità, il genere o altra caratteristica».

¹⁰ Cfr., tra gli altri, senza alcuna pretesa di esaustività, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 2012; S. SASSI, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della costituzione. il (recente) caso dell'associazione xenofoba on-line*, in *Rivista AIC*, 2/2013, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 43 ss.; M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in federalismi.it, 2017; G. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?* in *Rivista AIC*, 4/2018; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *mediaLAWS*, 1/2018; T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, *Diritto costituzionale in trasformazione, -I - Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, 2020, 3, il quale invita a ripensare alle categorie del costituzionalismo contemporanea, per mettere "vino nuovo in otri nuovi", e «declinare il costituzionalismo alla luce dei cambiamenti prodotti dall'erompere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita "la nuova civiltà digitale"».

¹¹ Così, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 26-27, evidenzia come nuove forme di xenofobia siano state determinate anche dai nuovi strumenti di comunicazione, che hanno reso, peraltro, oggi internet «la sede privilegiata di diffusione di discorsi razzisti e offensivi, dando vita ad un fenomeno per alcuni aspetti nuovo e piuttosto difficile da gestire: il cyber-odio». al riguardo, si vedano anche E. CASTORINA, *Manifestazione del pensiero e messaggi di "odio sociale" nel cyberspazio. Una regolamentazione multilivello ancora incompiuta*, in M. Villone, A. Ciancio, G. De Minico, G. Demuro, F. Donati (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?* Roma, 2012, 109 ss.

¹² Si interroga sulla necessità – e sulla conseguente fattibilità – di una regolamentazione giuridica della responsabilità dei gestori delle piattaforme digitali P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *mediaLAWS*, 1/2020; C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto*, in Costituzionalismo.it, 3/2018, 33 ss.; R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in Osservatorio sulle fonti, 3/2021, 1384 ss.

manifestazione di odio e di sdegno verso il prossimo viene amplificata e assume una portata molto più estesa¹³, in ragione della maggiore visibilità e della presenza di una platea di spettatori virtuali di gran lunga superiore a quella che potrebbe radunarsi in uno specifico luogo fisico. Internet dà pertanto voce alla frustrazione e alla preoccupazione di chi prova fastidio per ogni situazione o condizione che sente non solo lontana da sé ma anche pericolosa¹⁴.

Data la diffusività capillare raggiunta dalla Rete, quello dell'hate speech *online* rappresenta un fenomeno ormai ampio e trasversale che interessa larghe fasce della popolazione ma che rischia di colpire maggiormente coloro i quali fanno dei social media ormai la propaggine più usuale della propria quotidianità, ossia i giovani, maggiormente esposti ai pericoli della Rete e alle trappole a cui un uso acritico ed irresponsabile rischia di produrre.

Come si cercherà di approfondire nel prosieguo, i fenomeni di odio paiono assumere inedite declinazioni di espressione, complice l'emersione di "contenitori" virtuali del tutto nuovi nel panorama globale, che, data l'elevata diffusività, rendono più evidenti le insidie di un mondo sempre interconnesso. La polarizzazione delle opinioni che sul web raggiunge la più alta rappresentazione porta gli individui ad esasperazione ed escandescenza, rifuggendo ogni forma di mediazione, che viene percepita, piuttosto, come il fallimento di un'agone verbale ben costruito.

La sensibilità alla tematica ha portato ad una progressiva presa di coscienza sull'importanza di adottare azioni concrete per la repressione di comportamenti illeciti di tal genere, a riprova della esigenza di approdare ad un'efficace attività di coordinamento e di vigilanza. Ne costituisce l'esempio più lampante nel panorama recente l'istituzione da parte del Senato della Repubblica della *Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo, istigazione all'odio e alla violenza*, promossa e presieduta dalla Senatrice a vita Liliana Segre, con compiti di osservazione, di studio e di iniziativa¹⁵ per l'indirizzo e controllo sui

¹³ Cfr. S. BENTIVEGNA, R. REGA, *I discorsi d'odio online in una prospettiva comunicativa: un'agenda per la ricerca*, in [Mediascapes journal](#), 16/2020, 157, riconoscendo ai social media la capacità di assumere una diffusione ed una visibilità certamente più pervasive, osservano che tali proprietà (diffusioni e visibilità) «nel caso dei discorsi d'odio che sono per definizione emotivamente connotati, possono contribuire ad accrescerne la capacità e velocità di propagazione con il rischio di trasformarli in messaggi virali».

¹⁴ Così, anche I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 495, la quale evidenzia correttamente come il "cittadino preoccupato" si senta autorizzato ad odiare «per proteggersi e per garantirsi la sopravvivenza, considerando tale comportamento come giusto e legittimo». Ciò peraltro è sempre più evidente nell'agone politico, nel quale la stessa propaganda politica si tinge di toni sprezzanti ed arroganti a danno dell'avversario politico di turno, che deve essere percepito nel dibattito pubblico come nemico del popolo e dei suoi bisogni.

¹⁵ Nella mozione istitutiva della Commissione Segre nell'ambito della XVII legislatura (Mozione n. 1-00136), si prevede la possibilità che la stessa possa prendere contatto con istituzioni di altri Paesi, nonché con organismi sovranazionali e internazionali ed effettuare missioni in Italia o all'estero, in particolare presso Parlamenti stranieri, anche, ove necessario, allo scopo di stabilire intese per il contrasto all'intolleranza, al razzismo e all'antisemitismo, sia nella forma dei crimini d'odio, sia dei fenomeni di *hate speech*. Si dà conto che, al momento in cui si scrive, è stata discussa e approvata il 19 gennaio 2023 dal Senato la mozione n. 1-00001, presentata dalla senatrice Liliana Segre e da altri senatori, sull'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, al fine di riprendere e proseguire i lavori della Commissione straordinaria istituita nella precedente legislatura, la cui attività, come specificato nella stessa mozione, «1) rimedierebbe alla scarsità dei dati che riguardano i discorsi d'odio, sollecitando una raccolta dati più mirata, da conseguire con l'emersione delle denunce penali e delle azioni civili e con un loro censimento più continuo e periodico da parte dell'Istituto nazionale di statistica; 2) contribuirebbe alla ricerca del miglior "intervento normativo per una definizione di discorsi d'odio, che permetta di contrastare efficacemente un fenomeno che può erodere le basi della nostra democrazia" (Documento XVII, n. 6, 62), ponendo i risultati del suo approfondimento a disposizione di tutti i Gruppi e del potere di iniziativa legislativa dei singoli senatori». La Senatrice a vita ha precisato, nel corso del dibattito parlamentare sulla mozione, che i temi che la Commissione intende indagare ed approfondire ma sui quali più in generale il Paese è chiamato a riflettere riguardano «questioni cruciali, come la libertà di espressione e la tutela della dignità della persona: due esigenze che (...) non sono alternative, ma complementari, perché è certo che non ci può

fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza¹⁶ per individuare azioni utili per contrastare la diffusione sempre più capillare di fenomeni di incitamento all'odio, amplificati dall'utilizzo di Internet e dei *social network*, che ha approvato, al termine dei propri lavori, il Documento conclusivo sull'Indagine conoscitiva condotta sulla natura e sugli sviluppi dei discorsi d'odio¹⁷, evidenziando che il modo migliore per contrastare fattivamente questi fenomeni di intolleranza e di odio è proprio la promozione «di cultura, conoscenza, riconoscimento reciproco, dialogo, scambio di idee e di esperienze». Ad ogni buon conto, al di là della necessità di una regolamentazione giuridica della fattispecie, è importante tornare a riflettere sull'importanza del linguaggio e del suo uso in modo consapevole. È importante, in altre parole, educare alla comunicazione ed alla corretta informazione in modo da limitare la manipolazione delle parole e il condizionamento dei sentimenti.

2. Il ruolo della scuola nel contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio

La proliferazione di fenomeni di incitamento all'odio, anche mediante i *social network*, impone una riflessione più profonda se si guarda ai soggetti che ne sono sempre più interessati, sia dal punto di vista attivo che passivo. Se, da una parte, si può ragionevolmente osservare che si tratta di un fenomeno trasversale, che attraversa le diverse fasce della società, dall'altra, non è possibile ignorare un dato particolarmente preoccupante, ossia la sua diffusione soprattutto tra i giovani in età preadolescenziale e adolescenziale. Sono proprio questi ultimi che, anche a causa dell'isolamento forzato nel corso della pandemia, hanno subito una maggiore pressione psicologica per l'uso incontrollato dei social media, sviluppando atteggiamenti rancorosi ed aggressivi e tendenze depressive.

Il dilagare di comportamenti violenti ed aggressivi (fisicamente e verbalmente), molto spesso gratuiti, che scatena nella società un senso di aggressività diffusa, ha rintracciato nelle generazioni più giovani – quelle, per intenderci, dei nativi digitali – un terreno particolarmente fertile di sviluppo e di degenerazione, trovando nella realtà virtuale la propria – e a volte esclusiva – dimensione esistenziale.

Lungi dal voler ripercorrere qui le molteplici questioni (sociologiche, economiche, pedagogiche, affettive) che paiono costituirne il presupposto, giova ad ogni modo evidenziare come possa assumere un ruolo cruciale nel contrasto e nella rottura di catene di odio proprio la scuola.

La scuola costituisce, in piena aderenza con il dettato costituzionale, e, segnatamente, in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 2 della Costituzione, una delle più importanti formazioni sociali entro cui l'individuo, fin dalle prime fasi della propria esistenza, sviluppa la propria personalità nella relazione con l'altro¹⁸.

essere libertà di espressione senza il rispetto dell'altro, della libertà altrui di essere e di esprimere la propria personalità in un ambiente virtuale e reale, libero da aggressioni e discriminazioni: libertà e dignità insieme».

¹⁶ Nell'ambito dell'Indagine conoscitiva condotta dalla Commissione c.d. "Segre", si è svolto un proficuo ciclo di audizioni che ha visto la partecipazione trasversale di esponenti dell'associazionismo, di professionisti, di professori universitari e di soggetti istituzionali, dalla cui sintesi è originato il Documento finale dell'Indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alla evoluzione della normativa europea in materia.

¹⁷ Cfr. Indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alla evoluzione della normativa europea in materia (Doc. XVII, n. 6).

¹⁸ Questa intensa vocazione sociale è tratteggiata, peraltro, nelle molteplici carte di diritti internazionali (cfr. articolo 26 della Dichiarazione dei diritti ONU: «Ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare deve essere obbligatoria. L'istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito. L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della

Da sempre luogo di incontro, la scuola possiede una straordinaria capacità di rinnovamento, grazie al vivace confronto sia tra gli studenti sia tra gli studenti e il corpo docente, e alla costruzione di un percorso di crescita personale e relazionale gravido di progettualità e di speranza. Cionondimeno, la crisi pandemica che ha imperversato nel panorama mondiale negli ultimi due anni ha imposto un'ulteriore frattura nel già fragile compito della scuola di promozione e di valorizzazione della *buona* socialità. Come peraltro è stato evidenziato dai molteplici studi che hanno interessato gli effetti della pandemia da COVID-19 sulla scuola sotto il profilo socio-pedagogico, la trasformazione – resasi necessaria al fine di limitare quanto più possibile la divagante diffusione dei contagi negli ambienti scolastici – delle ordinarie modalità frontali di svolgimento delle attività didattiche in modalità digitale e da remoto, ha contribuito ad acuire un comune sentimento di smarrimento e di isolamento. Questo senso di svuotamento che ha generato una diffusa impotenza, ancor più laddove ha portato ampie fasce della popolazione giovanile a recidere bruscamente ogni relazione con il mondo esterno, ha rappresentato un pericoloso sfogo nella realtà digitale e in uno scorretto utilizzo dei *social network*.

Non si tratta, a ben vedere, di un meccanismo fisiologico di modificazione della grammatica comunicativa nei mesi della pandemia, bensì di un fenomeno di natura preoccupante nel quale paiono essersi ulteriormente rafforzati sentimenti negativi di odio e di insofferenza canalizzate, mediante le piattaforme digitali, in messaggi di odio (c.d. hate speech) e di violenza.

Nella prospettiva così tratteggiata, la scuola, complice l'impossibilità di garantire con certezza il ritorno in presenza nelle aule e la ripresa di un fruttuoso percorso di dialogo con gli studenti, ha mostrato tutta la propria fragilità e l'incapacità di attendere pienamente al ruolo costituzionalmente tribuito di formazione e di educazione in assenza di strumenti alternativi di confronto e di mediazione.

Giova però chiarire come, già prima dell'esplosione della crisi pandemica da COVID-19 fosse profondamente avvertita la necessità di adottare opportuni protocolli per impedire e contrastare la diffusione di fenomeni di odio e di intolleranza culturale all'interno delle istituzioni scolastiche, spesso protagoniste di episodi raccapriccianti di repulsione e di marginalizzazione di ogni forma di diversità.

La faticosa costruzione di una società multiculturale, squisitamente propensa all'accoglienza della pluralità e dell'alterità, si rivela nella indiscutibile crudezza proprio all'interno dell'ambiente scolastico, che ci consegna una fotografia desolante di manifestazioni sempre più frequenti di violenza, fisica e verbale, di bullismo, di cyberbullismo, di intolleranza religiosa e di genere e di antisemitismo¹⁹.

personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli» e articolo 20 secondo comma, del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, che vieta «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza»).

¹⁹ È proprio la recrudescenza di fenomeni di razzismo e di intolleranza ad aver portato alla recente adozione delle Linee guida per il contrasto all'antisemitismo (14 gennaio 2022), che forniscono elementi per l'individuazione precoce di possibili criticità in ambito scolastico e suggeriscono percorsi formativi ed educativi per la prevenzione e il contrasto delle diverse forme di antisemitismo contemporaneo. Si suggerisce, in particolare, la predisposizione di una didattica per progetti, per consentire di predisporre percorsi formativi specifici, orientati alla realizzazione di un prodotto culturale e sociale quale risposta al problema di partenza, nell'ambito dei quali possono articolarsi diversi "modelli interpretativi" del ruolo docente, ossia «l'insegnante regista che crea lo sfondo e organizza il setting; il docente animatore di una comunità di ricerca: stimola l'interrogarsi a vicenda e invita alla collaborazione nello sviluppo di modalità dialogiche e di ricerca di soluzioni ai problemi evidenziati; l'insegnante coinvolto e coinvolgente: esprime i propri sentimenti; guida gli studenti ad esplicitare i propri vissuti; promuove la ricerca di alternative rispetto alle posizioni stereotipate del pensiero dominante in una comunità».

La scuola, pertanto, lungi dal costituire il primo passo per la realizzazione di una solida società democratica, è un luogo pieno di insidie e di pericoli per i giovani che sono chiamati ad approcciarsi con coscienza e con consapevolezza alle problematiche della vita.

Ad ogni buon conto, il malessere sociale che da tempo innerva i gangli della comunità e che contribuisce alla formazione di una collettività ostile e rancorosa può trovare opportuno e tempestivo sollievo proprio nella scuola attraverso la previsione e il rafforzamento di tutta una serie di strumenti atti a contribuire alla formazione di una giovane cittadinanza consapevole, tra i quali rientra certamente la (re)introduzione, per il tramite della legge n. 92 del 2019, dell'insegnamento trasversale dell'educazione civica in tutte le scuole di ogni ordine e grado, al fine di contribuire a rafforzare «la conoscenza e la comprensione delle strutture e dei profili sociali, economici, giuridici, civici e ambientali della società» (articolo 2, comma 1).

Proprio tale normativa sviluppa l'aggiornamento dei curricula scolastici da parte delle istituzioni scolastiche lungo tre direttrici di sviluppo, cui fa parte il modulo relativo all'educazione alla cittadinanza digitale. Si intende in questo modo accompagnare lo studente lungo un percorso di comprensione concreta della dimensione sociale e della fitta trama di diritti e di doveri che si intrecciano nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico, favorendo l'acquisizione di informazioni utili per imparare a gestire criticamente i mezzi di comunicazione digitale e a vivere serenamente l'ambiente digitale. A ben vedere, l'approvazione della legge sull'introduzione dell'insegnamento dell'educazione civica rappresenta il precipitato di un processo certamente più lungo nel quale si sono stratificati diversi interventi e al quale hanno partecipato, con accenti e ruoli differenti ma parimenti arricchenti, gli attori istituzionali nazionali ed internazionali. Risale, infatti, al 2017 il Piano nazionale per l'educazione al rispetto, adottato dall'allora Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per promuovere nelle scuole di ogni ordine e grado «l'educazione al rispetto, per contrastare ogni forma di violenza e discriminazione e favorire il superamento di pregiudizi e disuguaglianze, secondo i principi espressi dall'articolo 3 della Costituzione italiana». In particolare, con tale documento si intendeva promuovere l'adozione di azioni specifiche per un uso consapevole del linguaggio e per la diffusione della cultura del rispetto, con l'obiettivo di arrivare a un reale superamento delle disuguaglianze e dei pregiudizi, coinvolgendo gli studenti, il personale docente e le famiglie. E, in attuazione del predetto Piano, sono state adottate successivamente le Linee guida nazionali per l'attuazione del comma 16 della legge 107 del 2015 per la promozione dell'educazione alla parità tra i sessi e la prevenzione della violenza di genere e di tutte le forme di discriminazione, nonché le Linee di orientamento per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo²⁰, sempre al fine di rispondere efficacemente alle sfide educative e formative legate allo sviluppo e all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali²¹.

²⁰ Si rammenta che la legge n. 71 del 2017, recante «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo», definisce all'articolo 1, comma 2, il cyberbullismo come «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

Con le suddette linee guida viene promossa l'iniziativa "Generazioni Connesse", sostenuta dalla Commissione Europea, con lo scopo di fornire alle istituzioni scolastiche una serie di strumenti didattici, di immediato utilizzo, tra cui: attività di formazione (online e in presenza) rivolte in maniera specifica alle comunità scolastiche (insegnanti, bambini/e, ragazzi/e, genitori, educatori) che intraprenderanno un percorso dedicato; attività di informazione e sensibilizzazione realizzate in collaborazione con la Polizia di Stato per approfondire i temi della navigazione sicura in Rete.

Si prevedeva, in particolare, che le scuole interessate potessero collegarsi all'indirizzo www.generazioniconnesse.it e attraverso un iter guidato e materiali specifici di lavoro, intraprendere un percorso per far emergere i punti di forza e di debolezza dell'istituto stesso, sulle tematiche connesse al Progetto, mediante la compilazione di un questionario di

L'educazione ad un utilizzo consapevole dei media e dei *social network* deve portare alla promozione della Rete come bene comune digitale per assicurare uno strumentario in grado di prevenire e contrastare situazioni di disagio e di bullismo, forme di incitamento all'odio e di intolleranza culturale. Per questo motivo è necessario che i docenti e gli educatori realizzino una proposta educativa in grado di sollecitare una riflessione più profonda sull'importanza del linguaggio e sul rapporto tra libertà di espressione ed hate speech, al fine di offrire ai relativi discenti gli strumenti più idonei per discernere il giusto dall'ingiusto, per affrontare con senso critico gli stimoli che la Rete offre, per essere consapevoli cittadini del mondo digitale²².

D'altra parte, solo una scuola realmente inclusiva è in grado di stimolare la costruzione di un'identità sociale critica, accompagnando e sostenendo gli studenti nelle diverse fasi della propria crescita, non solo nell'interazione virtuosa e certamente auspicabile con le famiglie, ma spesso in ruolo di supplenza di fronte alle carenze strutturali laddove il contesto familiare e/o sociale risulti più fragile.

Nel solco di tale approccio, teso alla costruzione di una coscienza sociale responsabile ed attenta al rispetto delle diversità, in tutte le sue articolazioni, si pongono, altresì, le azioni del Piano Nazionale Scuola Digitale e la Dichiarazione dei diritti in Internet elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet costituita dalla Presidenza della Camera dei deputati, e che corroborano ulteriormente tale impostazione assiologica.

Più di recente, l'*Osservatorio nazionale per l'integrazione degli alunni stranieri*, ossia un organismo con compiti propositivi e di consultazione, del Ministero dell'istruzione, ha elaborato il documento "*Orientamenti interculturali. Idee e proposte per l'integrazione di alunni e alunne provenienti da contesti migratori*", nel quale vengono fornite utili indicazioni operative per una ottimale organizzazione delle istituzioni scolastiche così da poter rispondere efficacemente ai cambiamenti avvenuti nel paesaggio multiculturale²³ della scuola italiana nell'ultimo decennio, favorendo l'inclusione di ogni studentessa e di ogni studente e una dimensione interculturale in ogni istituto²⁴.

autovalutazione per consentire all'istituto di identificare i propri bisogni, le aree di miglioramento e le azioni da intraprendere per giungere all'elaborazione di un progetto personalizzato denominato "Piano d'azione".

²¹ Come efficacemente osservato da F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e Diritto*, XLIII, Vol. XXVI, 2017, 1-2, 43, «Internet non ha tuttavia "creato" questi fenomeni che sono connessi all'esperienza umana, li ha semplicemente amplificati anche grazie alla possibilità che il web offre di rimanere anonimi e di costruire agevolmente false identità».

²² Nel documento "Manuale operativo per attività educative sui discorsi d'odio e sulla costruzione di una contro narrativa", elaborato nell'ambito del progetto REACT, progetto co-finanziato dall'Unione europea nel quadro del programma "Rights, Equality and Citizenship" cui hanno aderito 12 associazioni in cinque diversi stati europei (Italia, Spagna, Germania, Francia, Regno Unito) vengono analizzate una serie di azioni di sensibilizzazione e di *media education* nelle scuole o in altri contesti giovanili, tra quali una delle più significative è rappresentata dalla creazione di Underadio da parte di Save the Children Italia, ossia una web radio per dar voce ai ragazzi con lo scopo di coinvolgere i giovani in azioni di sensibilizzazione, informazione e comunicazione utilizzando podcast e panel radio. Il progetto ha coinvolto oltre 1500 studenti di scuole secondarie di primo e di secondo grado facendo sperimentare agli studenti il lavoro di redazione giornalistica radiofonica dall'ideazione del palinsesto alla registrazione di podcast dedicati.

²³ Si propone, ad esempio, al fine di favorire la circolazione di buone pratiche per lo sviluppo di codici comunicativi condivisi l'adozione «di libri bilingui e nelle lingue madri, di materiali multilingui, anche visivi e promuovere attività di lettura e narrazioni nelle biblioteche scolastiche, o in collaborazione con le biblioteche pubbliche, anche con il coinvolgimento delle famiglie e delle associazioni del territorio».

²⁴ Si ribadisce, infatti, che la presenza nella comunità scolastica di studenti portatori di valori culturali, religiosi, linguistici diversi «è certamente un elemento di complessità, ma può rivelarsi, come testimoniato da diverse positive progettualità scolastiche, anche una grande occasione per ripensare alla scuola e al suo mandato di fronte alle sfide del pluralismo socio-culturale» e questo non solo «per la predisposizione di spazi, metodi e strategie di apprendimento adatti a prendersi cura dello sviluppo di abilità e competenze di tutti e di ciascuno, ma anche per ripensare e rinnovare il curriculum, valorizzare il plurilinguismo e l'assunzione di responsabilità sociale da parte degli

Si tratta di una serie di interventi atti a valorizzare la diversità culturale all'interno delle istituzioni scolastiche e a promuovere percorsi formativi inclusivi – superando pertanto una logica di mera integrazione – per costruire una società scolastica democratica, pluralista e genuinamente inclusiva²⁵. Tutte queste iniziative, d'altra parte, paiono muoversi coerentemente con le direttive della Conferenza Globale dei Ministri dell'Istruzione²⁶, organizzata su iniziativa del Segretario Generale delle Nazioni Unite e della Direttrice-Generale dell'UNESCO, allo scopo di contrastare ogni fenomeno di incitamento all'odio fuori e dentro i *social media*, rilevando l'opportunità di adottare interventi trasversali e incoraggiando pedagogie e approcci che promuovono la diversità e le molteplici prospettive, nonché lo sviluppo di attività extracurricolari.

Per fare ciò, i Ministeri dell'Istruzione sono stati invitati ad assumere un ruolo guida a livello nazionale e regionale, sviluppando tabelle di marcia per una loro attuazione efficace, attraverso un processo consultivo concretamente partecipativo con gli *stakeholder* governativi e no.

All'interno di tale quadro, fatto di osservatori, progetti, iniziative di sensibilizzazione rimane però un punto di debolezza difficilmente superabile, ossia l'incapacità del corpo docente di adottare ma soprattutto di fare propri specifici strumenti educativi e formativi volti sia a costruire percorsi didattici o all'interno della didattica sia ad intervenire in maniera efficace nelle criticità.

Mancano, quindi, percorsi di formazione iniziale e continua rivolti agli insegnanti al fine di renderli capaci a comprendere le opportunità e i rischi di mezzi di comunicazione che subiscono costanti e veloci trasformazioni.

Ma forse manca ancor di più la consapevolezza dell'importanza di un cambiamento.

studenti, promuovendo le alleanze capaci di dare vita a quella 'città educativa' che è il contesto più adeguato per l'inclusione sociale e l'esercizio per tutti della cittadinanza attiva».

²⁵ Molte sono le iniziative che sono state poste in essere al fine di sensibilizzare gli istituti scolastici a promuovere una genuina cultura della tolleranza e rafforzare le misure per contrastare la diffusione di fenomeni e di parole d'odio. Tra le tante, si segnala il progetto *Silence Hate*, promosso da Amnesty International Italia nel 2019 nelle scuole secondarie di secondo grado mira a combattere la diffusione su internet dei discorsi d'odio nei confronti di migranti e minoranze, attraverso l'educazione ai media dei giovani, che ha portato alla redazione di un quaderno di lavoro per fornire alcuni appunti e idee operative per educatori e insegnanti che intendono affrontare e contrastare il fenomeno dell'*hate speech* attraverso l'illustrazione di giochi di ruolo, giochi cooperativi, esercizi da svolgere con il gruppo delle ragazze e dei ragazzi, con l'ausilio di pc, video tematici, testi musicali e la visione di cartoni animati (es. *Inside out*); così come si fa riferimento al Progetto *REASON – REAct in the Struggle against Online hate speech*, promosso e finanziato dalla Commissione europea, coordinato dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in partenariato con Centro di Ricerca sulle Relazioni Interculturali dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, IRS - Istituto per la ricerca sociale SCARL e Associazione Carta di Roma, che ha l'obiettivo di stimolare il confronto e la condivisione sulla sfida del contrasto all'*hate speech online* sia sotto un profilo tecnologico sia da un punto di vista contestuale (gli "ambienti" in cui il discorso prolifera). In continuità con il progetto CO.N.T.R.O "*Counter Narratives Against Racism Online*", sviluppato per prevenire e contrastare il razzismo, la xenofobia e altre forme di intolleranza diffuse attraverso l'*hate speech*, il progetto REASON prevede la creazione di un Osservatorio nazionale per l'identificazione e l'analisi dei discorsi d'odio online. Anche a livello istituzionali, sono state adottate importanti iniziative che si inseriscono nel tracciato delle attività di sensibilizzazione e contrasto dei fenomeni d'odio: ad esempio, l'Autorità garante per le comunicazioni (AGCOM), dopo aver registrato nelle trasmissioni televisive di approfondimento informativo e di infotainment delle principali emittenti nazionali, del ricorso ad espressioni di discriminazione nei confronti di categorie o gruppi di persone (target), ha adottato il Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione di contrasto all'*hate speech* con delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019, nel quale si invitano i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, anche privati, ad osservare una serie di cautele e di indirizzi, «ponendo particolare attenzione alla identificazione del contesto specifico di riferimento rispetto a possibili rappresentazioni stereotipate e generalizzazioni che, attraverso il ricorso a espressioni di odio, possano generare pregiudizio nei confronti di persone che vengano associate ad una determinata categoria o gruppo oggetto di discriminazione, offendendo così la dignità umana e generando una lesione dei diritti della persona» (articolo 4, comma 1) e a promuovere iniziative aventi ad oggetto i temi dell'inclusione e della coesione sociale, della promozione delle diversità e dei diritti fondamentali della persona (articolo 5, comma 2).

²⁶ Cfr. [Addressing hate speech through education: Global Education Ministers Conference](#), 21 aprile 2022

3. La scuola come luogo di democrazia e di incontro

Ancorché diverse siano le iniziative che tendono a cogliere queste suggestioni per farne il perno attorno al quale comporre una dimensione scolastica scevra da ogni forma di discriminazione²⁷, si è costretti sempre più di frequente a fare i conti con una realtà di gran lunga diversa, piena di contraddizioni ed attraversata da diverse tensioni sociali. Ne deriva una situazione scomposta di fronte alla quale anche l'esigenza di offrire risposte certe rischia di polverizzarsi in mancanza di una visione sistemica delle complesse trame lungo le quali si snoda la tematica in discorso.

Per comprendere il perimetro espressivo dei fenomeni d'odio e predisporre efficacemente uno strumentario utile per contrastarne gli effetti ed impedirne l'ulteriore propagazione, è necessario partire dall'assunto secondo il quale ciascun individuo può essere oggetto di discorsi d'odio ed è per questa ragione che risulta imprescindibile porre in essere un'azione sinergica e condivisa per sensibilizzare la comunità intera ad un uso ponderato delle parole, soprattutto *online*²⁸.

Come osservava lucidamente Calamandrei, la scuola, organo centrale della democrazia, deve attendere alla formazione della futura classe dirigente, e quindi, riprendendo la nota similitudine della fioritura della pianticella nel corso della primavera, solo la scuola può, attraverso una meticolosa e costante opera di irrogazione, permettere a ciascun uomo degno di avere la sua parte di sole e dignità e di innalzarsi lungo il proprio stelo a prescindere dal ceto sociale di appartenenza. La scuola è la sede privilegiata per diffondere la cultura del rispetto e della tolleranza. Tuttavia, questo compito, reso ancora più gravoso in un contesto fortemente complicato dalle fratture sociali ed economiche e dal divario territoriale, impone un duplice onere: quello di educare e quello di essere educati; quello di informare e quello di essere informati. Per plasmare una comunità sociale solidale, fin dalle prime fasi dello sviluppo, è necessario responsabilizzare il corpo docente e gli operatori scolastici nel loro indefettibile ruolo di educatori allo scopo di accompagnare con consapevolezza gli studenti nel difficile percorso di crescita e di maturazione psicologica ed emotiva.

La scuola, pertanto, diviene la lente attraverso la quale gli studenti imparano a leggere la realtà e a decodificarne le tensioni e gli snodi. In questo processo che tocca il contenuto essenziale della socialità, la forma si fa sostanza; il linguaggio veicola la moderazione e la comprensione. L'esercizio di democrazia passa anche per questo, l'elaborazione di un pensiero critico che si articola in un costruito argomentativo ludico e, al contempo, fluido.

L'esercizio di democrazia si forgia nel governo delle pulsioni e delle intemperanze. Una scuola che voglia essere genuinamente coerente con lo spirito costituzionale fa di questa ambizione la propria missione.

La continua tensione della scuola verso una dimensione egualitaria della società attraversa anche la complessità della dimensione relazionale ed insegue una vocazione unitaria che consente

²⁷ Si ricorda, al riguardo, l'ambiziosa campagna promossa nell'ambito del Consiglio d'Europa *No Hate Speech Movement*, cui ha aderito anche l'Italia, al fine di coinvolgere i giovani in azioni che contrastino questi comportamenti di incitamento all'odio online. A tal fine è stato istituito presso il Dipartimento della gioventù e del servizio civile nazionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri il 10 aprile 2013 il Tavolo Tecnico di coordinamento delle iniziative tese alla sensibilizzazione dei giovani in materia di lotta all'odio, all'intolleranza e alla violenza on line per individuare obiettivi comuni in base ai quali programmare le azioni future, coinvolgendo attivamente i giovani nella ricerca e nella segnalazione dei siti, blog, pagine di *social network* che propagandano messaggi di intolleranza, di odio, di bullismo e, conseguentemente, che incitano alla violenza.

²⁸ Osserva efficacemente M. SANTERINI, *Il contrasto al discorso d'odio nella rete sociale*, in L. Fotia (a cura di), *Discorso d'odio e politiche dell'odio tra passato e presente*, Roma, 2022, 96, che «La lotta ad ogni forma di odio (...) non può però svolgersi solo sul piano giuridico-normativo, e anche gli interventi politici, per quanto indispensabili, non bastano. Contro il discorso aggressivo e violento è necessaria anche una profonda azione culturale che attraversi tutta la società, dalla scuola ai media, e coinvolga i nuovi cittadini della società connessa».

a ciascun individuo, con il proprio bagaglio culturale e valoriale, di costruire una progettualità coerente con la propria personalità ed espressiva della propria identità.

Come anticipato, spesso la velocità delle mutazioni della società e la diffusione capillare delle piattaforme digitali e dei *social network* rischiano di frustrare le migliori intenzioni che si celano dietro la funzione pedagogica della scuola. Cionondimeno, le sfide attuali che la scuola è chiamata ad affrontare possono essere un nuovo stimolo a fare della curiosità dei giovani un terreno fertilissimo sul quale seminare il più alto dei valori umani: il rispetto.

Giuliaserena Stegher*

A “cronometria variabile”: alcune recenti tendenze in tema di cittadinanza in Francia e Italia**

ABSTRACT: *In ragione di alcuni recenti accadimenti si ritiene possa essere utile tornare a riflettere sul tema della cittadinanza, tema divisivo che allontana le forze politiche da un consenso teso ad assicurare una maggiore inclusività degli stranieri nella comunità dei cittadini. L’obiettivo del presente lavoro è partire da alcune riforme attuate e/o tentate in Francia e in Italia, alla luce dell’impatto del conflitto russo-ucraino e di alcune novità condivise in sede europea.*

Considering some recent events, it may be useful to discuss citizenship, a divisive issue that pushes political forces away from a consensus aimed at ensuring greater inclusion of foreigners in the community of citizens. The aim of this article is to start with some reforms implemented and/or attempted in France and Italy, considering the impact of the Russian-Ukrainian conflict and some innovations shared at a European level.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le recenti riforme nell’ordinamento francese. – 3. Il caso italiano: tra anniversari e tentativi mai riusciti di riforma. – 4. Brevi riflessioni di sintesi.

1. Premessa

Il recente conflitto-russo ucraino, che sta ingenerando effetti sullo scacchiere europeo e su quello internazionale, induce a una nuova riflessione sulle questioni dell’immigrazione e della cittadinanza, in ragione della fuga milioni di persone (si parla di circa un terzo della popolazione ucraina) che abbandonano la propria terra di origine per trovare rifugio altrove¹.

Pur assodato che le migrazioni abbiano da sempre caratterizzato l’umanità, negli ultimi anni sono accresciute in maniera esponenziale, trasformandosi in vera e propria “crisi migratoria” tanto a livello numerico, quanto per l’incapacità delle istituzioni di gestire in maniera appropriata il fenomeno, che è andato ad acuirsi in maniera progressiva.

Ciò, dunque, impone una riflessione seria e critica della situazione e del connesso quadro normativo, che consenta l’individuazione di strategie e soluzioni non esclusivamente orientate nel tamponare situazioni emergenziali di breve periodo, ma che consentano un approdo giuridico soddisfacente e condiviso a livello europeo verso una piena integrazione.

È indubbio che la governance delle migrazioni metta a dura prova le democrazie contemporanee rispetto a due esigenze contrapposte: da un lato quella di difendere i propri confini nazionali (e le comunità) da ingerenze esterne, dall’altra quella di rispettare i diritti fondamentali di chi abbandona la propria terra di origine per diverse motivazioni (economiche, lavorative, climatiche, etc.). E ciò si riflette naturalmente tanto sui singoli Stati membri, quanto sull’Unione europea, che spesso si trova a vacillare nella sua originaria aspirazione di abolizione delle frontiere.

Purtuttavia, negli ultimi anni, si è manifestato un fenomeno comune, laddove le tematiche della cittadinanza e dell’immigrazione sono state entrambe esposte a fenomeni di discontinuità, nonostante le differenze che contraddistinguono tanto i temi, quanto la connessa legislazione in materia. Da un lato, la cittadinanza non è altro che uno status giuridico che racchiude «diritti e doveri spettanti alla persona che fa parte di una determinata consociazione politica, sanciti dalla

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

** Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ Secondo l’UNHCR il conflitto ha generato «one of the largest displacement crises in the world today».

legge di questa» e che costituisce «il vincolo che lega l'individuo alla consociazione»². Dall'altro, con il generico termine 'immigrazione' si fa riferimento alla «condizione di coloro che, privi della cittadinanza, si trovano (o desiderano trovarsi) in relazione con l'ordinamento giuridico»³.

In considerazione di tale differenza, si può quindi ben desumere come il quadro normativo regolatorio sia differente, nella misura in cui lo Stato identifica i propri cittadini (*status civitatis*) e ne stabilisce diritti, doveri, poteri e facoltà. Nei diversi ordinamenti, le norme sulla cittadinanza sono orientate a disciplinare le modalità di acquisto, perdita, riacquisto e possesso, comportando perciò una distinzione, forse alle volte eccessivamente semplificatrice, tra chi è cittadino e appartiene allo Stato – ed è destinatario di situazioni giuridiche soggettive –, e chi non lo è. Di contro, in materia di immigrazione, sebbene gli ordinamenti abbiano approvato una serie di leggi – che devono essere conformi alle norme e ai trattati internazionali –, si è andata affermando una differenziazione tra i non cittadini per cui si suole distinguere tra cittadini dell'Unione europea (che godono di una condizione giuridica specifica), cittadini provenienti da paesi terzi e apolidi⁴.

Ad ogni modo, pur assodata la differenza di finalità delle misure normative, il minimo comune denominatore che accomuna cittadinanza e immigrazione deriva dalla contingenza, giacché entrambe sono oggetto di interesse da parte della politica, perché particolarmente redditizie sul piano del consenso elettorale. È noto come vengano utilizzate da alcune forze politiche per sostenere una estensione o una limitazione in ragione di alcuni fenomeni, tra cui il terrorismo, la crisi economica, la crisi sanitaria, la crisi alimentare, l'emersione movimenti xenofobi, etc. In questa prospettiva, la risposta degli ordinamenti non è stata univoca: se alcuni Stati hanno deciso di integrare e ampliare i criteri formali per il riconoscimento del diritto di cittadinanza, altri invece hanno deciso di limitarli o hanno tentato di farlo.

² E. BARSANTI, *Cittadinanza*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1913, III, 603. Sebbene i diversi ordinamenti disciplinino molteplici situazioni giuridiche anche in maniera differente, vi è da osservare come in realtà il concetto di cittadinanza sia riassumibile in due archetipi principali: da un lato quello che riguarda il generico rapporto sussistente tra individuo e Stato (cittadinanza da intendersi come "nationalité"), dall'altro quello relativo alla partecipazione ad una comunità politica organizzata (cittadinanza da intendersi come "citoyenneté"). In questa prospettiva, la cittadinanza è da intendersi prima di tutto come appartenenza allo Stato, su cui è univoca la dottrina italiana. Peraltro, è opinione largamente diffusa che la Costituzione italiana in realtà non contempli una definizione di cittadinanza, ma affermi semplicemente che sussiste il divieto di privarne qualcuno per motivi politici (art. 22 Cost.). Sul tema della cittadinanza la dottrina è sconfinata. *Ex multis* v. R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 1989, III, 112 e ss., A. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana, vol. II, Legge 5 febbraio 1992 n. 91*, Milano, 1996; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997. V. anche E. GROSSO, *Una nuova disciplina della cittadinanza italiana*, in *Giur. It.*, 1992, IV, 320 e ss. e *Id.*, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997. Vi è però da osservare come il concetto di cittadinanza in realtà comporti una molteplicità di accezioni (sociologica, demografica, etc.) e che, alle volte, sia interpretato in maniera eccessivamente semplicistica, dal momento che è un «crocevia di suggestioni variegata e complesse che coinvolgono l'identità politico-giuridica del soggetto, le modalità della sua partecipazione politica, l'intero corredo dei suoi diritti e doveri». P. COSTA, *Civitas Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1990-2001.

³ Con tale dizione si fa riferimento a una congerie di situazioni e a diverse situazioni. A tal proposito, v. F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni*, Bologna, 2022.

⁴ Si deve ricordare che nell'ordinamento italiano, in virtù di quanto sancito dall'art. 10 comma 2, Cost. è stato approvato il Testo Unico in materia di immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), che, salvo sia diversamente disposto, si applica ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, indicati come stranieri (art. 1, comma 1). Vi è però da rammentare che le migrazioni possono dipendere da diversi fattori, ragion per cui oggi si suole operare una distinzione anche all'interno della generica dizione di 'stranieri': G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, 1993; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, 156 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001; M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento nazionale e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, 2021.

L'ondata migratoria ucraina di questi mesi presenta però una differenza di non poco conto: la stessa, essendo causata da un vero e proprio attacco militare da parte di un altro Paese, sembra quasi ingenerare un'ondata di *pathos* e di significativa apertura nei confronti degli esuli ucraini, a differenza dell'atteggiamento di chiusura riservato ad altre tipologie di migranti, il cui spostamento è comunque forzato e dipeso da situazioni emergenziali (quali conflitti interni, regimi politici, condizioni di vita e salute faticose). Vi è però da ricordare due questioni: *in primis* il conflitto russo-ucraino non è il solo a causare ingenti spostamenti di persone, ma solo uno dei tanti casi contingenti che caratterizzano aree geografiche e periodi storici; *in secundis* sembra quasi che i profughi ucraini ricevano dagli stati confinanti un atteggiamento di maggior favor rispetto ad altre tipologie di migranti, che invece non sembrerebbero egualmente meritevoli di accoglienza.

Essendo in questa sede impossibile trattare entrambe le tematiche, l'intenzione è quella di concentrarsi su quella della cittadinanza, ponendo in luce differenze e similitudini sussistenti tra ordinamento francese e italiano. Proprio questi casi, secondo l'opinione di chi scrive, testimoniano come le peculiarità del fenomeno migratorio impattino in maniera determinante sul precipitato normativo, che comunque, pur nell'ampio margine di discrezionalità, deve sempre tenere in considerazione la disciplina internazionalistica e quella euro-unitaria, oltre che naturalmente il principio solidarista.

2. Le recenti riforme nell'ordinamento francese

Il rapporto dialettico tra Francia e Italia nel caso delle frontiere non può dirsi del tutto pacifico. Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, l'episodio della chiusura dei valichi francesi per impedire l'ingresso dei rifugiati in Francia⁵.

Eppure, proprio questo ordinamento risulta essere storicamente uno tra i Paesi maggiormente inclusivisti⁶ e con un alto grado di accoglienza nei confronti degli stranieri, anche se provenienti da aree che non rientrano nel novero dei territori d'oltremare.

Le vicende storiche hanno indubbiamente influenzato la determinazione dell'impianto normativo, favorendo l'acquisizione della cittadinanza, finanche addivenire all'introduzione del meccanismo del cd. doppio *ius soli*. In questo modo, i cd. francesi di III generazione acquisiscono la cittadinanza al compimento della maggiore età.

Una legislazione così particolarmente inclusivista, che consentiva l'affiancamento dei cd. *français de papier* a coloro che avevano una cd. *nationalité d'origine*, era finalizzata a creare nuovi

⁵ Y. GASTAUT, *Intensités médiatiques à la frontière: le cas de Menton-Vintimille*, in S. Mourlane (cur.), *Migrations et circulations entre Italie et France du XIXe siècle à aujourd'hui / Migrazioni e circuiti di scambio tra Italia e Francia, dall'Ottocento a oggi. Studi emigrazione*, n. 217, 2020, 14-29. Si ricorda quanto accaduto a Ventimiglia nel giugno 2015. La libertà di movimento inaugurata con Schengen è stata limitata per far fronte al progressivo aumento di flussi migratori di cittadini di Paesi extraeuropei e ha interessato particolarmente la frontiera franco-italiana. Dal 2015 la Francia ha ristabilito i controlli alle frontiere per "ragioni di sicurezza" nel tentativo di arginare la diffusione del fenomeno. A tale misura vi hanno poi fatto ricorso altri Paesi in concomitanza con la diffusione della pandemia da Covid-19 nei primi mesi del 2020. Il Parlamento europeo ha dapprima criticato tale decisione, per poi approvare una risoluzione sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia approvata il 17 aprile 2020.

⁶ Sul punto è molto utile il contributo di E. GROSSO, *L'integrazione alla francese: tra assimilazione e differenza*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO, *Società multiculturali e percorsi di integrazione: Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze, 2017, 65. L'A. opera una distinzione semantica tra modello integrazionista e modello assimilazionista, cui deve contrapporsi quello multiculturalista tipico del caso britannico.

francesi in ragione di alcune vicende quali le forti emigrazioni e il decremento demografico a causa delle guerre⁷.

In concomitanza con taluni fattori, tra cui principalmente il processo di decolonizzazione e il cambiamento radicale del contesto politico, il tema della cittadinanza (e quello della immigrazione) è divenuto man mano oggetto non solo di forti contrapposizioni politiche, ma altresì utilizzato dagli opposti schieramenti per orientare l'agenda politica. Questo fenomeno tende naturalmente a una riacutizzazione in prossimità dei diversi appuntamenti elettorali che si susseguono.

Partendo dal dato costituzionale, si osserva come nel testo della Costituzione francese siano davvero poche le disposizioni che riguardano la nazionalità, mentre le decisioni del Consiglio costituzionale che trattano la questione sono assai più numerose, sebbene non tanto quanto quelle relative all'immigrazione⁸.

Ai sensi dell'art. 34 Cost., la materia è rinviata alla disciplina legislativa, su cui il legislatore è intervenuto di rado a modificare l'assetto e, quando lo ha fatto, l'intenzione è stata quella di rivedere le regole in occasione dell'adozione di leggi sull'immigrazione.

Oggi, al pari di altri ordinamenti, in Francia è possibile acquisire la cittadinanza *iure sanguinis*, *iure soli* ovvero per naturalizzazione. In realtà, sarebbe più corretto fa ricorso al termine *nationalité*, istituto che trova disciplina all'interno del Codice civile agli articoli da 17 a 33-2.

In questo ordinamento è perciò possibile ottenere per concessione o acquisire la cittadinanza per filiazione (*ius sanguinis*) per nascita (*ius soli*), ovvero a seguito di matrimonio con cittadino o cittadina francese (*iuris communicatio*), o ancora dopo la decisione delle autorità francesi (naturalizzazione). Tali modalità, stante le differenze, presentano un elemento in comune: deve sussistere un legame oggettivo ed effettivo, a prescindere dalla sua derivazione (parentela, nascita, residenza), tra la persona e lo Stato.

È possibile però notare che, stante la consolidata configurazione del diritto di cittadinanza, a intervalli più o meno regolari, si riaccende il dibattito sulla possibilità di estendere ovvero di limitare l'automaticità dell'acquisizione, soprattutto con riguardo i figli di genitori stranieri nati sul suolo francese. Parimenti, con la stessa frequenza, si riacutizza lo scontro politico tra le diverse posizioni ideologiche: tra chi sostiene che il *droit du sol* e il *droit du sang* abbiano lo stesso valore e chi, invece, afferma che il primo abbia una importanza minore rispetto al secondo.

Tuttavia, l'attuale contesto politico, segnato eventi quali la diffusione del terrorismo islamista, le difficoltà registrate in termini di politica d'integrazione, il risveglio dei nazionalismi, il ripristino delle frontiere, rende la *nationalité* un elemento determinante. Un elemento talmente forte che, da alcune parti, viene invocato per rafforzare le modalità di accesso a nazionalità che si basano esclusivamente sul *droit du sang*.

Paradossalmente, anche se la cittadinanza *iure soli* ha assunto progressivamente rilievo e importanza, in ragione del fatto che la Francia sin dall'800 è stata meta di importanti flussi migratori nonché impero coloniale, in realtà non rappresenta il criterio dominante. Come risulta dai dati diffusi dal Ministero dell'Interno⁹, solo nel 2021 i nuovi cittadini francesi sono stati 94.092 (rispetto agli 83.674 del 2017). Le acquisizioni per decreto hanno registrato un forte aumento nel 2021 perché sono state 75.249 (perciò +79,5%, rispetto alle 65.654 nel 2017), in relazione alla

⁷ Le guerre napoleoniche e poi i conflitti mondiali avevano causato la morte di centinaia di migliaia di francesi, costringendo la Francia a individuare dei meccanismi che consentissero di arginare questo fenomeno.

⁸ Ad es., v. la dec. n. 86-145 L del 19 marzo 1986 sulla natura giuridica delle disposizioni del Codice della nazionalità e la dec. 2011-631 DC del 9 giugno 2011 sulla legge in materia di immigrazione, integrazione e cittadinanza. Oltre ai diritti civili e alla nazionalità, che trovano dignità ed espressa menzione, il testo costituzionale francese riserva a una legge votata dal Parlamento le norme concernenti la cittadinanza.

⁹ Cfr. i dati pubblicati sul sito [web](#) del Ministero.

semplificazione delle procedure per gli stranieri cd. “in prima linea”, vale a dire per coloro che sono stati attivamente coinvolti nella lotta contro il Covid-19 e per la riduzione dei tempi di elaborazione delle procedure. Invece gli stranieri che hanno acquisito la cittadinanza per matrimonio sono stati 17.280 (il 5,2% in meno rispetto al 2020), mentre gli stranieri che hanno acquisito la cittadinanza per dichiarazione, vale a dire coloro che hanno ascendenti o fratelli/sorelle che sono cittadini francesi, sono di nuovo in aumento perché le concessioni sono state 1.563 (+28%).

Nonostante ciò, anche di recente, si è assistito a una riacutizzazione di manifestazioni di matrice xenofoba, cavalcate da alcuni esponenti politici che tendono a differenziare tra *nationalité d'origine* e *nationalité de papier*, quando però il *code de la nationalité française* del 1945 li pone sullo stesso piano: il codice dispone infatti una vera e propria equiparazione «à titre de nationalité d'origine»¹⁰. Un fenomeno che va controcorrente rispetto all'ispirazione assimilazionista e d'integrazione su cui storicamente l'ordinamento basa le proprie fondamenta¹¹.

Nell'ultimo trentennio sono state ben 5 le riforme che hanno apportato modifiche al codice della nazionalità, introducendo novità in tema di condizioni di accesso alla cittadinanza francese, le cui norme fondamentali erano stabilite dalle leggi del 1889, del 1927 e del 1973. Tali modifiche hanno trovato impulso sulla scia di un dibattito particolarmente aspro che ha preso avvio dagli anni Ottanta del secolo scorso, finalizzato a eliminare l'automatismo del doppio *ius soli*, giacché ritenuto generatore di cittadini inconsapevoli¹².

In questa prospettiva si comprende l'acceso contesto politico che ha accompagnato la *vis* riformista, che ha seguito un andamento ondivago, alternando politiche restrittive a quelle estensive a seconda dello schieramento politico dominante.

La prima risale al quinquennio 1993-1998: in un primo momento, i gollisti hanno optato per l'abolizione dell'automatismo quando si tratta di *ius soli* per i bambini nati dopo il primo gennaio 1994 da genitori nati in ex territorio francese, mentre i figli di coloro che sono nati in Algeria prima del 1962 possono acquistare la cittadinanza solo se il genitore risiede da almeno 5 anni in Francia. Inoltre, quando si tratta di semplice *ius soli*, per i nati in Francia da genitori stranieri si è deciso di subordinare a una dichiarazione di volontà la concessione della cittadinanza (per coloro che hanno tra i 16/21 anni)¹³. In caso di mancata dichiarazione, la richiesta di diventare francese non

¹⁰ S. SLAMA, *Jus soli, jus sanguinis, principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine*, in *Pouvoirs*, 160, 2017, 19-34.

¹¹ Tale modello ha rappresentato la risposta francese alla carenza di mano d'opera e alle crisi demografiche registratesi tra il IXX e XX secolo. Un vero e proprio “strumento diretto alla fabbricazione di cittadini”. E. GROSSO, *L'integrazione alla francese: tra assimilazione e differenza*, cit., 70. È necessario tenere però in debita considerazione come l'esperienza francese basi le proprie fondamenta sul concetto di assimilazione, che traduce il forte grado di inclusività del modello stesso. Tale configurazione, in considerazione anche di un principio di eguaglianza formale, comporta che negli spazi pubblici non siano ammissibili atteggiamenti, comportamenti e manifestazioni che siano in contraddizione con dai valori repubblicani, a prescindere dall'identità culturale, etnica o religiosa del soggetto e/o del gruppo chiamato in causa. Il problema della impossibilità di archiviare lo status sociale di immigrato, pur avendo acquisito la cittadinanza, è stato uno degli elementi che ha fatto vacillare il modello assimilazionista e che ha portato alla rivolta delle *banlieue* a metà degli anni Duemila.

¹² Nel 1973 era stato introdotto un vero e proprio automatismo per l'acquisizione della cittadinanza *iure soli* nei confronti dei bambini nati in territorio francese e dei figli di persone provenienti dalle ex colonie. La novità ha però presto inaugurato un dibattito che evidenziava l'esigenza di introdurre limitazioni maggiormente rigide per evitare la creazione di “français sans le savoir et sans le vouloir”. P. WEIL, *La France et les étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Paris, 1995, 164.

¹³ La disposizione è stata peraltro oggetto di sindacato del Consiglio costituzionale che ne ha riconosciuto la legittimità, benché secondo alcuni autori sia stato frainteso il fondamento giustificativo del diritto di cittadinanza. Questo perché si è ritenuto che né lo *ius soli* né il doppio *ius soli* potessero essere considerati principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, con il pretesto che le leggi repubblicane che li sancivano non avevano altro obiettivo che quello di soddisfare le “esigenze della coscrizione” (dec. n. 93-321 DC del 20 luglio 1993). L'articolo è

avrebbe più potuto essere presentata. Proprio quest'ultimo aspetto è stato poi abolito nel 1998, una volta tornata al potere la maggioranza socialista, che ha anche apportato ulteriori modifiche, reintroducendo il principio del doppio *ius soli* solo per i figli degli algerini. Perciò, a distanza di breve tempo, il Parlamento francese ha approvato legge n° 98-170 del 16 marzo 1998, ma che non ha reintrodotta lo *ius soli* come mezzo di acquisizione della cittadinanza alla nascita, fatta eccezione per il caso di genitori ignoti o apolidi. In questo modo, ancora oggi, qualsiasi bambino nato in Francia da genitori stranieri acquista in maniera automatica la nazionalità francese una volta raggiunta la maggiore età se, a tale data, è stata fissata la residenza in Francia per un periodo di almeno cinque anni a partire dall'età di 11 anni (Art. 21-7 del Cod. civ.). L'acquisizione può essere anticipata con una dichiarazione, che può essere fatta dai genitori del minore di 13 anni, ovvero dal minore stesso se ha raggiunto i 16 anni (art. 21-11). Tale modifica ha raggiunto considerevoli risultati, dal momento che ha consentito a decine di migliaia di bambini nati in Francia di acquisire in anticipo la cittadinanza francese. La normativa ha avuto il merito di mediare tra esigenze contrapposte introducendo un contemperamento tra *ius sanguinis* e *ius soli*, rendendoli di fatto i principi cardine del diritto della nazionalità francese originaria. Peraltro, proprio tramite questo intervento normativo è stata posta fine a una discriminazione che è rimasta in vigore per lungo tempo, perché è stata oggetto di riconoscimento la cittadinanza di derivazione materna¹⁴.

Dopo un marginale intervento restrittivo del 2002, la normativa è stata oggetto di modifiche nel decennio successivo. Se con la legge 16 giugno 2011 n. 672 sono stati introdotti criteri maggiormente rigorosi poter ottenere la cittadinanza francese per naturalizzazione¹⁵, in tema di minori, invece, la legge n° 2016-274 del 7 marzo 2016 ha introdotto l'art. 21-13-2. Tale articolo stabilisce che le persone che hanno risieduto abitualmente sul territorio francese dall'età di sei anni – e che però abbiano frequentato la scuola dell'obbligo in Francia in istituti scolastici sottoposti al controllo dello Stato, e che abbiano un fratello o una sorella che ha acquisito la cittadinanza francese (artt. 21-7 o 21-11) – possono rivendicare la cittadinanza francese al raggiungimento della maggiore età, presentando una dichiarazione all'autorità amministrativa (artt. 26-26-5).

Ad ogni modo, stante il complesso e contraddittorio quadro di revisione operato dal legislatore francese negli ultimi anni, si deve qui evidenziare come i numerosi interventi in tema di cittadinanza presentino un minimo comune denominatore: le riforme si sono tutte incentrate sul

stato nuovamente modificato in tempi recenti, in occasione della riforma della giustizia (v. l'ordinanza n. 2019-964 del 18 settembre 2019).

¹⁴ Sul punto è intervenuto il *Conseil constitutionnel* che ha dichiarato che l'articolo 87 del Codice della nazionalità non fosse conforme con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, rappresentando una violazione del principio di uguaglianza tra donne e uomini. Questo perché le disposizioni che prevedevano che la perdita della cittadinanza francese derivante dall'acquisizione volontaria della cittadinanza straniera operavano automaticamente nel caso delle donne, mentre per gli uomini era necessaria una richiesta di rinuncia. Cfr. la decisione 2013-360 QPC del 9 gennaio 2014. In merito alla cittadinanza *ius sanguinis* e al principio uguaglianza tra donne e uomini (che trova tutela nell'art. 6 della Dichiarazione del 1789 e nel paragrafo 3 del Preambolo della Costituzione del 1946), il Consiglio costituzionale è stato chiamato a intervenire nuovamente (Corte Cass, I sez. civ., dec. n. 703 del 30 settembre 2021) sulla conformità dell'art. 153 del Codice della nazionalità francese, come modificato dalla legge n. 60-752 del 28 luglio 1960. La norma legislativa consentiva che solo la dichiarazione di cittadinanza del padre producesse effetti giuridici nei confronti dei figli della coppia, determinando una lesione del principio di uguaglianza tra i sessi. Nella decisione n. 2021-954 QPC del 10 dicembre 2021, il Consiglio costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma. L'organo, pur osservando che le norme dichiarate incostituzionali fossero state abrogate dalla legge del 9 gennaio 1973, ha però ribadito che spetta al Consiglio definire con precisione gli effetti di questa censura, poiché la trasmissione della cittadinanza per discendenza ha la particolarità di essere perpetua.

¹⁵ La concessione della cittadinanza è stata così condizionata: i richiedenti devono dimostrare di avere non solo nozioni linguistiche, ma altresì avere cognizione della storia, della cultura e della società francese.

carattere automatico dell'acquisto della cittadinanza francese e non sull'abolizione ovvero sul ripristino dello *ius soli*.

Quando si tratta di naturalizzazione, un atteggiamento restrittivo è derivato anche dalla giurisprudenza ordinaria che in più occasioni ha negato la cittadinanza quando si palesa un evidente difetto di assimilazione, che si è manifestato con riguardo a legami con sette religiose sia cristiane sia islamiste.

Sebbene largo spazio sia dedicato alle modalità di acquisto della cittadinanza, non è possibile tralasciare che sono oggetto di disciplina anche le modalità di revoca. L'istituto della cd. "*déchéance de nationalité*" è particolarmente controverso e, di recente, è stato oggetto di rinnovato interesse da parte dell'agenda politica.

La decadenza, che trova disciplina nel Codice civile francese¹⁶, è un istituto di natura amministrativa che può intercorrere a seguito di un atto volontario ovvero da una decisione della pubblica autorità. Riguarda esclusivamente i cittadini francesi di origine straniera che hanno conservato la propria nazionalità di origine. La *déchéance* è definita come la forma più grave di perdita della nazionalità ed è decretata per ragioni di indegnità, ovvero in caso di condanna per reati di particolare gravità. Tale misura sanzionatoria, che può colpire solo gli stranieri che sono divenuti francesi, non si può applicare se i reati sono stati commessi prima dell'acquisto della cittadinanza, né parimenti se è decorso un certo tempo dal momento in cui si è ottenuta la cittadinanza.

Il decreto di denazionalizzazione, che deve ottenere un *avis conforme* del *Conseil d'Etat* e non può ingenerare casi di apolidia, è impugnabile dal diretto interessato dinanzi al giudice amministrativo¹⁷.

A seguito degli attentati terroristici di matrice jihadista che hanno colpito il cuore della Francia nel biennio 2015/2016 è stata paventata l'ipotesi di costituzionalizzare la *déchéance de la nationalité*, che avrebbe colpito coloro che si sono macchiati di reati riconducibili ad azioni terroristiche. La mancanza di un largo consenso ha portato l'allora presidente della Repubblica Francois Hollande a interrompere l'iter parlamentare. Le principali cause del fallimento del progetto, sostenuto solamente dall'ala governativa e non anche da quella parlamentare, sono attribuibili all'opposizione in aula proveniente sia da destra che da sinistra¹⁸.

Il *projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, presentato il 23 dicembre 2015, prevedeva una misura sanzionatoria che avrebbe colpito sia gli stranieri naturalizzati, sia coloro che sono nati all'interno del territorio francese, mentre non sarebbe stata applicata a coloro che hanno un solo passaporto, per evitare che da ciò potessero derivare casi di apolidia. La revoca era ritenuta dagli ideatori come necessaria al fine di impedire ai terroristi di beneficiare dei diritti connessi alla cittadinanza, in particolar modo per quanto attiene alla libertà di circolazione. Come evidenziato dal *Conseil d'État*, nell'*Avis sur le projet de loi constitutionnelle* dell'11 dicembre 2015, la misura era ritenuta costituzionalmente ammissibile poiché realizzatrice «un obiettivo legittimo [...] ossia che gli autori di reati gravi *venissero* puniti».

Il fondamento giustificativo della riforma trovava ragion d'essere nel principio per cui lo Stato, dinanzi a situazioni emergenziali, potesse reagire in maniera rapida ed efficace, attraverso il

¹⁶ Artt. 23-25-1

¹⁷ Il Consiglio di Stato, dubitando della costituzionalità della misura, ha sollevato una QPC perché riteneva la *déchéance de la nationalité* lesiva del principio di uguaglianza e della tutela della vita privata. Il *Conseil Constitutionnel*, si è pronunciato con una decisione di conformità costituzionale (dec. n. 2014-439 QPC).

¹⁸ Il progetto è stato duramente osteggiato dall'opposizione della destra ed ha causato una forte divisione nell'ala di sinistra. Se da un lato il Partito socialista si è spaccato dinanzi alla proposta, dall'altro i suoi alleati (Verdi e Fronte di sinistra) hanno contrastato la misura della revoca.

ricorso e l'adozione di determinate misure eccezionali e derogatorie tra cui anche l'allontanamento di condannati per gravi atti terroristici.

La riforma, che è stata definita dannosa rispetto alle libertà civili e parimenti inutile perché ben lontana dallo svolgere un'azione deterrente, è stata oggetto aspre critiche provenienti dal mondo della politica e dal mondo accademico. Alcuni autori, infatti, hanno sottolineato l'illegittimità dell'inserimento in Costituzione della decadenza della nazionalità, in ragione del fatto che la stessa è una misura già prevista dal diritto positivo¹⁹.

3. Il caso italiano: tra anniversari e tentativi mai riusciti di riforma

Proprio quest'anno ricorre il trentesimo anniversario dall'entrata in vigore della legge sulla cittadinanza, chiamata a regolarne le modalità di acquisto, perdita e riacquisto, il cui spirito inneggia – non poco velatamente – a un “familismo legale”²⁰. Rispetto all'anno della sua entrata in vigore, i contesti sociale e demografico italiano (ma anche quelli europei e quelli mondiali) sono profondamente cambiati. In questa prospettiva, anche se il fenomeno della globalizzazione comporta ancora considerevoli spostamenti di persone in termini numerici in uscita dall'Italia²¹, vi è però da evidenziare come non si tenga debitamente conto del massiccio aumento di flussi in entrata e della presenza degli “italiani di fatto”.

È da diversi anni che il legislatore ha tentato di apportare modifiche alla legge 91/1992²²: tra i tentativi più recenti si ricorda quello della XVII legislatura (AC. n. 2092) e quello della appena conclusa XVIII (A.C.105). Proprio quest'ultima proposta aveva come obiettivo quello di modificare, con un intervento organico, l'impianto generale della normativa vigente, basata prevalentemente sul principio del c.d. *ius sanguinis*, che relega tutte le altre ipotesi a una condizione di residualità.

Prima della fine anticipata della legislatura, la Commissione Affari costituzionali della Camera aveva accelerato i lavori sul testo base adottato il 9 marzo 2022. Il provvedimento, che si basava su una sorta di *ius scholae*, aveva l'obiettivo di cercare di garantire il più possibile il radicamento sociale con il nostro Paese, non sufficientemente alimentato dalla normativa vigente.

Il tempo verbale è d'obbligo, perché con lo scioglimento anticipato delle Camere si è interrotto l'*iter legis*. Ad ogni modo, il testo giunto all'esame del *plenum* si basava su due assi portanti: il

¹⁹ O. BEAUD, *Ce projet de réforme constitutionnelle est inutile et inepte*, in [Le Monde](#), 1° febbraio 2016. V., altresì, O. PFERSMANN, *L'état d'urgence: la petite exception en dehors de la grande Constitution*, in [Democrazia e Sicurezza](#), VI, 2016, 2, e ID. *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Cités*, 2016, 103-112. Sia altresì consentito il rinvio a G. STEGHER, *La revoca dello status civitatis in Costituzione: una riforma fallita*, in [Democrazia e Sicurezza](#), VI, 2016, 3.

²⁰ Sul concetto di familismo legale, da intendersi come volontà del legislatore italiano di circoscrivere la concessione della cittadinanza alle due principali ipotesi di cittadinanza per discendenza ovvero per matrimonio (per cui nella maggior parte dei casi la si acquista perché si è figli di un italiano, anche se non si hanno mai avuto contatti con il nostro Paese, e a coloro che sposano un italiano). v. G. Zincone (cur.), *Familismo legale. Come (non) diventare italiani*, Roma-Bari, 2006. Nelle conclusioni, l'A. definisce la legge del 1992 un intervento “ritardatario” e “schizofrenico”, che se da un lato non sembra tener conto della trasformazione dell'Italia da terra di emigrazione a terra di immigrazione, dall'altro potrebbe apparire come “una reazione di rigetto contro gli immigrati”, cit. 144. Vi è infatti da osservare che la legge del 1992 è oltremodo risalente. Il dato normativo risulta essere slegato dalla realtà attuale, dal momento che si basa prevalentemente su un modello familistico-ereditario, mentre il procedimento di naturalizzazione è ancora piuttosto rigido. Ciò ha una ripercussione di non poco conto, perché figli di cittadini italiani emigrati all'estero beneficiano in maniera pressoché automatica della cittadinanza, mentre gli immigrati di seconda e terza generazione, pur nati e/o cresciuti nel territorio italiano (e che non hanno familiarità con il paese di origine dei genitori) sono costretti a interfacciarsi con rilevanti impedimenti di tipo burocratico, oltre a subire attese estenuanti.

²¹ Dal rapporto Istat nel 2020 in Italia le emigrazioni sono state poco meno di 160mila (con una riduzione di circa il 10 rispetto 2019), mentre le immigrazioni circa 248mila (con una riduzione del 25,6% rispetto all'anno precedente). Negli ultimi dieci anni il numero di italiani trasferiti all'estero è stato pari a 980mila.

²² Per una ricostruzione sia consentito il rinvio a G. STEGHER, *Cittadinanza e immigrazione: tra crisi e sicurezza*, in M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo, M. Malvicini (curr.), *Dove va la Repubblica? Istituzioni e società ancora in transizione. 2017-2021*, Bologna, 2022, 283 e ss.

primo avrebbe consentito l'acquisto della cittadinanza al minore straniero nato in Italia o che vi avesse fatto ingresso entro il compimento dei 12 anni, purché avesse risieduto legalmente e senza interruzioni in Italia e avesse frequentato regolarmente, nel territorio nazionale, per almeno 5 anni, uno o più cicli scolastici/professionali. Inoltre, sarebbe stato possibile per l'interessato acquisire la cittadinanza entro il compimento della maggiore età, a seguito di una dichiarazione di volontà resa da entrambi i genitori legalmente residenti in Italia o da chi esercita la responsabilità genitoriale.

L'altro asse portante della riforma era da un lato di specificare che il requisito della minore età era da considerarsi riferito al momento della presentazione dell'istanza o della richiesta da parte dei genitori o di chi esercita la responsabilità genitoriale; dall'altro di attribuire agli ufficiali di anagrafe il compito di comunicare la facoltà di acquisto del diritto di cittadinanza.

Nel corso dell'esame, il testo era stato più volte rivisto fino addirittura all'eliminazione del criterio dello *ius soli* che inizialmente era stato previsto. Proprio l'importanza sottesa all'introduzione di tale criterio si lega naturalmente agli effetti: su un piano più specifico ciò avrebbe consentito l'acquisto della cittadinanza ai nati nel territorio italiano da genitori stranieri residenti in Italia da un anno; su un piano più generale ciò avrebbe comportato una revisione integrale delle modalità di acquisto della cittadinanza, consentendo all'Italia di assimilarsi alle normative adottate da altri Stati europei. Sarà perciò necessario attendere la prossima legislatura per capire se e in che modalità la riforma delle modalità di acquisto della cittadinanza sarà discussa dalla nuova maggioranza.

Ad ogni modo, si deve rilevare come il legislatore abbia perso l'ennesima occasione per adeguare l'oramai desueta legge sulla cittadinanza, mentre nel frattempo è intervenuto il Governo per aggiornare il quadro normativo relativo alla revoca che, al pari dell'ordinamento francese pur se con alcune differenze, è un istituto²³ che si attiva nei confronti del cittadino italiano in specifiche ipotesi. In tempi assai recenti, le ipotesi che possono giustificare un provvedimento di revoca sono state estese con un intervento governativo poi convertito dal Parlamento. Si tratta di un decreto legge chiamato a normare, tra le altre cose, questioni inerenti all'immigrazione e che ha inserito un nuovo articolo nella normativa sulla cittadinanza.

Non ci si può esimere dall'osservare che in materia si è intervenuti con un decreto-legge dal contenuto disomogeneo, principalmente dedicato alla tematica sull'immigrazione per modificare la legge sulla cittadinanza. Difatti, in considerazione della necessità e urgenza di adottare, tra le altre cose, norme in materia di revoca dello status di protezione internazionale [...] e di introdurre dispositivi a garanzia della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla minaccia del terrorismo e della criminalità, è stato approvato il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113.

Tale provvedimento ha sollevato molteplici critiche sia di metodo²⁴ sia di merito²⁵. Tra le disposizioni che hanno sollevato forti dubbi circa la sua compatibilità con il dettato costituzionale vi è quella che introduce la revoca dello *status civitatis*: la cittadinanza italiana acquisita dallo straniero per matrimonio, ovvero per naturalizzazione o, ancora, concessa allo straniero nato e

²³ V. l'art.12 della legge n. 91 del 1992.

²⁴ Il provvedimento sarebbe deficitario dei requisiti dell'eccezionalità ed urgenza, nonché dell'omogeneità rispetto ai contenuti, fondamenti costituzionalmente giustificativi per il ricorso a una siffatta tipologia di fonte. C. SBAILÒ, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranaista (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018 /c.d. "decreto sicurezza")*, in federalismi.it, 3, 2019 e S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n.113/2018 (c.d. decreto sicurezza)*, in federalismi.it, 2018, 22.

²⁵ Per un recente approfondimento sulla revoca nel caso italiano, si cfr. E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019 e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sulla revocabilità della cittadinanza a causa della commissione di alcuni reati*, in Cultura Giuridica e Diritto vivente, 10, 2022.

residente in Italia fino alla maggiore età può essere revocata nel caso in cui il soggetto commetta reati riconducibili a delitti con finalità di terrorismo, o di eversione dell'ordine costituzionale, per i quali la legge prevede la pena della reclusione non inferiore, nel minimo, a 5 anni o nel massimo a 10 anni²⁶.

La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno. Appare dunque evidente come il procedimento amministrativo, che sembrerebbe avere natura discrezionale, non dipenda direttamente dalla condanna, ma possa essere avviato entro tre anni. A tal proposito osservazioni possono essere offerte in considerazione della tempistica. La misura può infatti essere applicata a distanza di un lasso temporale sufficientemente lungo rispetto alla condanna e «costituisce espressione di una logica forse eccessivamente "attendista" che mal si sposa con la finalità di prevenzione posta a base della norma»²⁷. Pur ammettendo che la stessa sia stata configurata in questo modo per garantire la sicurezza, è doveroso chiedersi per quale motivo la stessa non possa essere immediatamente applicata dall'autorità giudiziaria in concomitanza con l'emanazione della sentenza. Pertanto, rimane in piedi un dubbio che è difficile da fugare: anche considerando la gravità delle conseguenze derivanti dall'applicazione di una misura di questo tipo, che si applicherebbe esclusivamente agli italiani che non hanno un legame di sangue o di adozione, si tratta di una sanzione ovvero di una punizione?

Più in generale, però, non solo si determina una palese disparità di trattamento tra il cittadino reo delle stesse fattispecie criminose e lo straniero che ha acquisito a cittadinanza, comportando perciò una lesione del principio di eguaglianza sotteso all'art. 2 Cost. ma, parimenti, si impedisce al soggetto di poter beneficiare dei diritti connessi alla cittadinanza, in particolar modo per quanto attiene alla libertà di circolazione. Senza contare che, in mancanza di una espressa smentita, con la revoca potrebbe ingenerare una situazione di apolidia, violando perciò l'art. 8.1 della Convenzione ONU²⁸.

4. Brevi riflessioni di sintesi.

Lo scorso giugno si è concluso il semestre di presidenza del Consiglio dell'Unione della Francia, che è tornata in carica dopo 13 anni dall'ultimo mandato e in una situazione geopolitica per certi aspetti simile. Si ricorda infatti che già nel 2008 è stata chiamata ad assumere tale veste, allorquando la Russia era impegnata in un conflitto lampo con la Georgia, risoltosi con la mediazione dell'allora Presidente Sarkozy.

Oggi come allora la politica migratoria continua a essere preponderante nell'agenda politica degli Stati membri. Difatti, come è emerso nel programma della [Presidenza francese dell'Unione europea](#), una delle tre grandi ambizioni evidenziate è stata quella di rafforzare lo spazio Schengen, proteggere le frontiere, controllare la migrazione e migliorare la politica di asilo.

Al termine del semestre è stato pubblicato un documento contenente i principali risultati i cui sono stati evidenziati gli obiettivi raggiunti, tra cui la riforma del funzionamento dell'area Schengen, attraverso la creazione di un apposito Consiglio, e una migliore gestione delle frontiere

²⁶ Si tratta nei casi di condanna definitiva per i reati previsti dagli articoli 407, comma 2, lettera a) n.4, cod. proc. pen. e 270-ter e 270-quinquies, cod. pen.

²⁷ L. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in [Diritto, immigrazione e cittadinanza](#), 1, 2021, 92.

²⁸ Benché l'istituto trovi legittimazione a livello internazionale nella Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia e nella Convenzione europea sulla nazionalità del 1997, è necessario ricordare non solo che le ipotesi che comportano la decadenza sono specifiche, ma altresì che è necessario scongiurare i casi di apolidia.

con la revisione del “Schengen Borders Code”. A ciò devono aggiungersi la predisposizione di un meccanismo di solidarietà che include le ricollocazioni, l’istituzione di un meccanismo di coordinamento per la dimensione esterna della migrazione, l’introduzione di uno screening obbligatorio per i richiedenti asilo e l’ampliamento della banca dati raccolta al loro arrivo per includere i dati biometrici e quindi consentire il monitoraggio.

Contestualmente, è ripreso anche il negoziato sul Nuovo Patto sulla Migrazione e l’Asilo con cui gli Stati membri hanno dato il via al meccanismo di solidarietà volontaria offrendo trasferimenti, contributi finanziari e altre misure di sostegno e ai negoziati con il Parlamento europeo basati su due strumenti chiave per la gestione della migrazione, quali quello della banca dati Eurodac e del regolamento sullo screening.

Come è facilmente desumibile, al pari di quanto avviene a livello nazionale per le politiche relative alla cittadinanza, anche a livello europeo continua a registrarsi la mancanza di un accordo condiviso nella gestione dell’immigrazione.

Peraltro, proprio in tema di cittadinanza, come emerso dalla disamina della disciplina nei due ordinamenti presi in riferimento, si palesa una vera e propria asimmetria, dovuta certamente al contesto storico, sociale e culturale. Se in Francia sono oramai consolidate le regole di acquisto della cittadinanza, tra l’altro più volte aggiornate, in Italia invece il legislatore non è riuscito ad adeguare l’ormai desueta disciplina di riferimento. Ciò, nonostante in entrambi gli ordinamenti presi in considerazione si sia manifestato negli ultimi anni una sorta di rigetto nei confronti di quegli immigrati che hanno acquisito la cittadinanza, testimoniato dal tentativo di inserire a livello legislativo (o addirittura costituzionale) clausole di revoca.

Sarebbe necessario considerare che da tempo il concetto classico di cittadinanza è cambiato a livello qualitativo e quantitativo. Se da un lato lo stesso si è arricchito di nuovi contenuti, dall’altro si sono moltiplicate le posizioni giuridiche che richiedono tutela perché, a causa delle massicce migrazioni, è aumentato il numero di soggetti che si spostano. Il classico concetto di cittadinanza fondato sull’appartenenza si è ampliato dinanzi alle molteplici ragioni sociali, giuridiche, economiche. Si è ampliato rispetto alla consolidata nozione, man mano che l’idea tradizionale di appartenenza in senso identitario ha perso la propria importanza²⁹.

Indubbiamente, non è solo il tema della cittadinanza in sé e per sé ad essere foriero di contrasti tra le forze politiche, ma lo sono anche i diritti che questo status comporta, come nel caso dei diritti politici e, soprattutto, di quelli sociali, data la loro incidenza sulla finanza pubblica. L’obiettivo dovrebbe essere invece quello di assicurare una maggiore inclusività degli stranieri nella comunità dei cittadini, nonché quello di aggiornare il dato normativo italiano, oramai del tutto sganciato dalla realtà attuale.

²⁹ A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015.

Elenco delle Autrici e degli Autori

[Marta Addis](#), Dottoranda di ricerca in Culture, Letterature, Turismo e Territorio, Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali dell'Università di Sassari

[Matteo Agostino](#), Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Siena

[Riccardo Arietti](#), Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Perugia

[Thiago Burckhart](#), Dottorando di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

[Enrico Campelli](#), Professore a contratto di Comparative Constitutional Law, Università LUMSA di Roma e Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali, Università di Sassari

[Valentina Carlino](#), Ricercatrice a t.p. - lett. b), in Diritto pubblico comparato, Università di Siena

[Paola Costantini](#), Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Teramo

[Leura Dalla Riva](#), Dottoranda di ricerca di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

[Luca Di Majo](#), Ricercatore t.d., lett. b), in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

[Adriano Dirri](#), Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Luiss Guido Carli

[Salvatore Mario Gaias](#), Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Sassari

[Flavio Guella](#), Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Trento

[Rosa Iannaccone](#), Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma e in Ciencias Jurídicas, Università di Granada

[Eleonora Iannario](#), Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Sapienza-Università di Roma

[Ilaria Rivera](#), Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale, Università degli Studi di Pavia

[María Guadalupe Imormino De Haro](#), Ricercatrice presso il Centro di Studi Costituzionali Comparati dell'Accademia Interamericana dei Diritti Umani dell'Università Autonoma di Coahuila

[Mariella Kraus](#), Dottoranda di ricerca di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

[Katia Laffusa](#), Dottoranda in Scienze dell'economia civile. Governance, istituzioni e storia, Università LUMSA di Roma

[Luana Leo](#), Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università LUM Giuseppe Degennaro

[Nicola Maffei](#), Dottorando di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[Giammaria Milani](#), Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Siena

[Floriana Plataroti](#), Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena

[Marco Rizzuti](#), Ricercatore t.d., lett. b), di Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze

[Mayra Angélica Rodríguez Avalos](#), Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

[Edin Skrebo](#), Dottorando di ricerca in Law and Pluralism, Università degli Studi di Milano-Bicocca e Union University Belgrade Faculty of Law

[Giuliaserena Stegher](#), Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Il libro raccoglie gli atti del *workshop* “*Culture, Territory and the Rule of Law*”, che si è tenuto presso la Certosa di Pontignano (Siena, Italia) il 17 e 18 giugno 2022. Sia il *workshop*, sia il libro sono stati realizzati con il contributo dei fondi PRIN 2017 “*Framing and Diagnosing Constitutional Degradation*” (Principal Investigator prof.ssa Tania Groppi) e “*The constitutional implications of European separatist claims*” (Principal Investigator prof. Alessandro Torre, coordinatrice dell’unità locale prof.ssa Valeria Piergigli).

CONSULTA ONLINE

ISBN: 979-12-81-326002