

I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali

TECLA MAZZARESE

Abstract: In questo lavoro, il tema del diritto dei migranti ad essere diversi nelle società multiculturali è affrontato prestando particolare attenzione al contesto più generale del costituzionalismo (inter)nazionale e della crisi che negli ultimi decenni ne investe non solo singoli principi ma l'intero progetto politico e giuridico nel suo complesso. Così, in particolare, prima di tentare qualche riflessione finale sulla necessità di liberarsi dai preconcetti che condizionano le istanze a (non) tutelare il diritto dei migranti ad essere diversi nelle società delle quali sono diventati parte integrante, per un verso, sono presi in esame gli argomenti che consentono di affermare che quello ad essere diversi, non è estraneo al costituzionalismo (inter)nazionale ma ne individua invece il principio ultimo e fondante e, per altro verso, si segnalano le principali reticenze che ostacolano la declinazione del diritto ad essere diversi nel caso dei migranti nelle società multiculturali.

Parole chiave: Migranti, Diritto ad essere diversi, Società multiculturali, Universalismo dei diritti, Costituzionalismo (inter)nazionale.

SOMMARIO: 1. Coordinate per un'analisi della (mancata) tutela del diritto dei migranti ad essere diversi; 2. Sul diritto ad essere diversi e il falso bersaglio del principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali; 2.1. Eguaglianza nei diritti fondamentali; 2.2. Eguaglianza nei diritti e tutela delle differenze *culturali*; 3. La (mancata) tutela del diritto dei migranti ad essere diversi fra ipocrisie politiche e pregiudizi ideologici; 3.1. Due incongruenze eclatanti; 3.2. Difficoltà giuridico istituzionali e pregiudizi ideologici; 4. *Ex iniuria oritur ius*.

«Le civiltà sono illusioni. Ma sono illusioni utili. Ci permettono di negare la nostra comune umanità, di spartire potere, risorse e diritti in modo orribilmente discriminatorio. Per essere efficaci, queste illusioni devono legarsi a qualcosa di innegabilmente reale. E questo qualcosa è la violenza. Non che le nostre civiltà ci portino a scontrarci. No, è il nostro scontrarci che ci consente di far finta di appartenere a una civiltà»¹.

¹ M. HAMID, *Le civiltà del disagio*, in M. HAMID, *Le civiltà del disagio. Dispacci da Lahore, New York e Londra*, Torino, 2015, 139.

1. *Coordinate per un'analisi della (mancata) tutela del diritto dei migranti ad essere diversi*

Che il costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra ignori se non addirittura neghi il diritto ad essere diversi, è una critica ricorrente in letteratura da parte di chi ne fraintende il principio ultimo e fondativo dell'eguaglianza nei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani, di chi lo stigmatizza cioè come espressione del neocolonialismo etico-culturale di un «occidente» che pretende ancora una volta di imporre la propria supremazia con l'affermazione degli standard della propria civiltà e dei valori che la informano.

Critica, questa, ricorrente ma duplicemente infondata per la lettura tanto caricaturale quanto destituita di fondamento non solo del costituzionalismo (inter)nazionale, della sua genesi e dei suoi settant'anni di (in)successi ma anche e forse soprattutto dell'«occidente», della sua «civiltà» e dei suoi «valori», presentati (e più spesso solo dogmaticamente presupposti²), per dirla con Simone Weil, come «astrazioni cristallizzate», di cui si parla con «parole adorne di maiuscole» ciascuna delle quali «sembra rappresentare una realtà assoluta, indipendentemente da ogni condizione, o uno scopo assoluto indipendentemente da ogni modo di agire

² Non diversamente da quanto E.W. SAID (si v. E.W. SAID, *Orientalism*, New York, 1978; trad. it. *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, 1999) ha scritto dell'oriente e dell'orientalismo, o dai termini nei quali M. NUSSBAUM (si v. M. NUSSBAUM, *The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future*, Harvard, 2007; trad. it. *Lo scontro dentro la civiltà*, Bologna, 2009) parla di «scontro interno» alla civiltà indiana o da quelli nei quali, prima di lei, lo ha fatto A. SEN (si v. A. SEN, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York, 2006; trad. it. *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006), analogamente, anche dell'«occidente», della sua «civiltà» e dei suoi «valori» si può affermare che sono realtà complesse, composite e contraddittorie. Lo testimonia non solo chi, come, ad esempio, J. HABERMAS (si v. J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Frankfurt am Main, 2004; trad. it. *L'Occidente diviso*, Roma-Bari, 2005) e G. PRETEROSI (si v. G. PRETEROSI, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, 2004), scrive di «occidente diviso» o di «occidente contro se stesso» ma, a fronte delle rivendicazioni del multiculturalismo, anche, e forse soprattutto, chi problematizza i mobili confini della nozione di «occidente» come, ad esempio, nei diversi contributi alla rivista *Parolechiave*, nel suo numero del 2004 dedicato agli «occidentalismi»; B. CELANO, *Diritti umani e diritto a sbagliare (La cultura occidentale è compatibile con i diritti umani?)*, in *Jura Gentium*, 2005, <http://www.juragentium.org/forum/ignatief/it/celano.htm>; A. SEN, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, cit.; F. IPPOLITO, *L'Occidente e gli altri*, in *Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37, 2007; G. MARRAMAO, *Universale e plurale. Le molte vie alla libertà e alla democrazia*, in *Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37, 2007; T. MAZZARESE *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione. Un'introduzione*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (cur.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, 2010, 2-3.

[mentre invece] con ognuna di queste parole [si indica] di volta in volta, o anche simultaneamente, qualunque cosa»³.

Ora, questa critica ricorrente oltre ad essere duplicemente infondata è anche e soprattutto radicalmente fuorviante perché sbaglia il bersaglio dei propri attacchi e delle proprie denunce. Anche senza menzionare infatti le nefandezze di cui è stato artefice nei secoli e nei decenni immediatamente precedenti, è proprio l'«occidente» (quale che sia la denotazione che di volta in volta si assume del termine) che, nel secondo dopoguerra, si è spesso mostrato riluttante e ambiguo nell'individuazione delle politiche da adottare per garantire i principi fondanti del costituzionalismo (inter)nazionale, e che, dalla fine della guerra fredda, è diventato sempre più disinvoltato (e sempre meno attento a dissimularne la valenza) nella promozione e attuazione di scelte (inter)nazionali improntate alla loro progressiva delegittimazione e reiterata violazione.

Queste considerazioni iniziali non sono dettate dall'intento di innescare (o forse solo reiterare) l'ennesima polemica akkademica fra interlocutori spesso più preoccupati di ribadire i preconcetti che informano il proprio punto di vista che non a vagliarne l'effettiva idoneità a comprendere e rendere conto dei fenomeni oggetto d'analisi. Al contrario, sollecitate dalla preoccupazione per gli effetti fuorvianti di letture condizionate da presupposti ideologici, queste prime considerazioni intendono piuttosto rendere esplicite le ragioni (di seguito argomentate nel testo) della scelta di affrontare il tema del diritto dei migranti ad essere diversi nelle società multiculturali non ignorando ma, al contrario, prestando particolare attenzione al contesto più generale del costituzionalismo (inter)nazionale e della crisi sempre più radicale che negli ultimi decenni ne investe non solo singoli principi ma l'intero progetto politico e giuridico nel suo complesso.

Così, in particolare, prima di tentare qualche riflessione finale sulla necessità di liberarsi dai preconcetti che, drammatizzandole o secondo i casi banalizzandole, condizionano le sollecitazioni a (non) tutelare il diritto dei migranti ad essere diversi nelle società delle quali sono diventati parte integrante e nelle quali vivono e lavorano (§ 4), è opportuno, per un verso, indicare gli argomenti che consentono di affermare che quello ad essere diversi, nella sua declinazione congiunta al principio di eguaglianza nei diritti fondamentali, non è estraneo al costituzionalismo (inte)rnazionale ma ne individua invece il principio ultimo e fondante (§ 2) e, per altro verso, segnalare le principali reticenze che ostacolano la

³ S. WEIL, *Non ricominciamo la guerra di Troia. (Il potere delle parole)*, in S. WEIL, *Sulla guerra. Scritti 1933-1943*, Milano, 1937, trad. it. 1998, 58.

declinazione del diritto ad essere diversi nel caso dei migranti nelle società multiculturali (§ 3).

2. *Sul diritto ad essere diversi e il falso bersaglio del principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali*

Il diritto ad essere diversi è tutt'altro che estraneo al progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale che si va configurando nel secondo novecento. Né avrebbe potuto essere diversamente se si tiene conto, come neppure i critici più ostili hanno mai osato mettere in discussione⁴, che, a conclusione del secondo conflitto mondiale, l'esigenza di un catalogo di diritti «uguali e inalienabili» per «tutti i membri della famiglia umana»⁵ è stata dettata non da un subdolo disegno dell'«occidente» di affermare una forma di neocolonialismo etico-culturale quanto piuttosto dall'orrore e dalla diffusa indignazione per i milioni di esseri umani che prima e durante il conflitto erano stati perseguitati e sterminati in ragione della loro «razza», religione, opinione politica o orientamento sessuale. In altri termini, è stata determinata non dalla pretesa di un'improbabile assimilazione di tutti ad uno stesso sistema valoriale (quello dell'«occidente») ma, al contrario, dalla ferma determinazione che mai più, in futuro, esseri umani dovessero essere vittima di discriminazione per le loro particolari differenze.

Da qui, sin dalle prime riflessioni sui termini in cui individuare e declinare il catalogo dei diritti di cui affermare la titolarità di ogni persona, l'attenzione per la tutela della diversità che doveva integrare, e connotare a un tempo, l'enunciazione del principio di eguaglianza. L'attenzione, in particolare, per la tutela delle diversità legate tanto al carattere plurale della società (§ 2.1) quanto al suo (eventuale) carattere multiculturale (§ 2.2). Caratteri della società, quello plurale e quello multiculturale, non coincidenti anche se fra loro intrecciati e spesso sovrapposti. Per un verso, infatti, ogni tradizione culturale (di genti diverse) è essa stessa plurale in relazione al sesso, agli orientamenti sessuali, all'età, alle (dis)abilità, al

⁴ Così, ad esempio, anche M. IGNATIEFF *Human Rights as Idolatry*, in A. GUTMANN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001; trad. it. *Diritti umani come idolatria*, in M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 67 e 66 sottolinea che «la Dichiarazione non era tanto un proclama della superiorità della civiltà occidentale quanto il tentativo di recuperare quel che restava dell'eredità del suo Illuminismo dopo la barbarie della guerra mondiale appena conclusa» e che «i diritti umani non sono tanto la dichiarazione della superiorità della civiltà europea quanto un monito degli europei perché il resto del mondo eviti di riprodurre i suoi stessi errori».

⁵ Queste le parole utilizzate nel *Preambolo* della *Dichiarazione universale*.

credo religioso, alle varietà di opinioni (politiche), e, per altro verso, molte società sono esse stesse, diacronicamente e sincronicamente, il risultato del condizionamento reciproco, della commistione e fusione di tradizioni culturali di genti diverse.

2.1. Eguaglianza nei diritti e tutela delle differenze

L'attenzione per un'adeguata valorizzazione delle diversità (culturali) nel secondo dopoguerra trova già un primo riscontro sia con la decisione dell'Onu che la Commissione istituita nel 1946 con il compito di individuare e declinare un catalogo di diritti fosse composta da autorevoli rappresentanti di aree geografiche e culturali differenti, sia con la preoccupazione dell'Unesco di reclutare «alcuni dei maggiori intellettuali del tempo per formare un Comitato sulle basi teoriche dei diritti umani»⁶. E ancora, nei due anni di lavori che hanno preceduto la stesura della *Dichiarazione universale*, un secondo riscontro è offerto dalla decisione di spedire un questionario «agli uomini di Stato e agli studiosi di tutto il mondo – inclusi personaggi di spicco come Mohandas Gandhi, Pierre Teilhard de Chardin, Benedetto Croce, Aldous Huxley e Salvador de Madariaga»⁷, sollecitando un confronto sui termini in cui affermare un universalismo dei diritti che fosse rispettoso della molteplicità di forme della diversità di genti e di individui differenti. Sollecitazione, questa dell'Unesco, alla quale rispose anche il Comitato esecutivo dell'American Anthropological Association, sottoponendo alla Commissione incaricata della loro redazione un parere, articolato in una successione di riserve e moniti, sulla possibilità stessa di individuare un catalogo di diritti universali⁸. All'impegno di quanti hanno contribuito all'ideazione o alla redazione della *Dichiarazione universale*, i critici dell'universalismo e/o della pretesa matrice «occidentale» dei diritti di solito non hanno però prestato particolare attenzione: per un verso, infatti, di solito le loro analisi non prendono troppo sul serio il rilievo delle diverse aree geografico-

⁶ Così M.A. GLENDON *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, 2001; trad. it. *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, Macerata, 2008, 100.

⁷ M.A. GLENDON, *Verso un mondo nuovo*, cit., 101.

⁸ Questa, in particolare, la ricostruzione della genesi dello *Statement* del 1947 proposta da K. ENGLE, *From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association From 1947-1999*, in *Human Rights Quarterly*, 23, n. 3, 2001, 338-339. Diversa, e temo inesatta, la ricostruzione che ne avevo proposto in T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in U. POMARICI (cur.), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, vol. I, 2012, 191, nota 37. Ringrazio Paola Parolari per aver richiamato la mia attenzione sul punto.

culturali di appartenenza dei membri della Commissione e raramente fanno menzione del questionario dell'Unesco e delle risposte poi pubblicate in volume nel 1949; per altro verso, invece, spesso ricordano lo *Statement* del 1947 dell'American Anthropological Association ma non come un parere *ex ante* la redazione della *Dichiarazione* quanto piuttosto come una sua bocciatura *ex post*⁹.

Di indubbio rilievo tanto nella decisione della comunità internazionale di affermare un catalogo di diritti universali «uguali e inalienabili» quanto nei lavori che hanno accompagnato la loro individuazione e declinazione, il diritto ad essere diversi trova espressione in una pluralità di forme, in negativo e in positivo, sia nella *Dichiarazione* del 1948, sia, successivamente, nel complesso di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati in cui, negli ultimi settant'anni, il diritto dei diritti fondamentali si è andato sviluppando e articolando a livello internazionale e regionale¹⁰.

In particolare, nella *Dichiarazione universale* del 1948 il diritto ad essere diversi trova espressione, *in negativo*, nella formulazione del principio d'eguaglianza e in quella di tutti i diritti in cui si nega legittimità a qualsiasi forma di discriminazione «per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere». E ancora, *in positivo*, trova espressione là dove si sancisce «il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione» compresa «la libertà di cambiare religione o credo» (art. 18), «il diritto alla libertà di opinione e di espressione» (art. 19), «il diritto alla libertà di riunione e di associazione poli-

⁹ Significativamente diversa da quella dei critici dell'universalismo dei diritti e della loro natura occidentale è la posizione di K. ENGLE, *From Skepticism to Embrace*, cit., che, per un verso, richiama l'attenzione sui fattori, teorici e storici, che hanno condizionato la stesura dell'«infamous» (famigerato) *Statement* del 1947 e, per altro verso, mette in evidenza il radicale cambiamento dell'American Anthropological Association dallo scetticismo espresso nel 1947 all'interesse per i diritti e la loro tutela manifestato invece nella *Declaration on Anthropology and Human Rights* del 1999.

¹⁰ Spesso ignorata o sottovalutata, riveste invece un particolare interesse l'affermazione di Carte regionali sui diritti fondamentali non solo in Europa e in America (latina) ma anche in Africa, nei Paesi arabo-musulmani e in Asia. I testi delle principali carte regionali, ciascuno dei quali preceduto da una *Nota informativa* redatta da Paola Parolari, sono raccolti in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (cur.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, cit., 175-302. Fra i testi, com'è ovvio, non è incluso quello della *Asian Human Rights Declaration* del 2013. Per un'analisi e un confronto fra carte regionali diverse, cfr., ad esempio, AA.VV., *Le Carte degli altri*, numero monografico di *Parolechiave*, 37, 2007; T. MAZZARESE, *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione*, cit., 8-12 e P. PAROLARI, *Diritti fondamentali: prospettive transculturali e percorsi interculturali*, in T. MAZZARESE (cur.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, 237-245.

tica» (art. 20), il «diritto di partecipare al governo del proprio Paese» e «di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi» (art. 21). Ma anche, e non meno significativamente, il diritto ad essere diversi trova un'ulteriore conferma, grazie forse alla sensibilità di Eleanor Roosevelt che dell'ideazione e stesura della *Dichiarazione universale* è stata tra i protagonisti più significativamente attivi, in quegli articoli nei quali delle donne si affermano diritti che le teoriche della differenza (spesso duramente critiche nei confronti della cultura dei diritti) avrebbero rivendicato con grande enfasi solo qualche decennio dopo; diritti, in particolare, quali quelli legati alla famiglia (art. 16) e alla maternità (art. 25).

E ancora, nei successivi settant'anni, il diritto ad essere diversi è stato riaffermato nel sempre più vasto e complesso diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, non solo là dove si dispone una riformulazione dell'intero catalogo dei diritti ma anche là dove si procede a una specificazione dei termini in cui attuare e tutelare i diritti di particolari classi di soggetti.

Così, in particolare, riguardo alle (ri)formulazioni del catalogo dei diritti originariamente elencati nella *Dichiarazione universale* del 1948, una significativa conferma del rilievo attribuito al diritto ad essere diversi si ha là dove l'enunciazione del principio dell'eguaglianza nei diritti arricchisce il proprio elenco di differenze delle quali si reclama la tutela e, in relazione alle quali, si affermano nuovi diritti che ne sollecitano un'adeguata garanzia. Un esempio per molti aspetti paradigmatico è offerto dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000. Per un verso, infatti, al suo art. 21 nell'elenco di differenze rispetto alle quali si fa divieto di discriminazione, vengono incluse quelle (assenti nella *Dichiarazione* del 1948) relative all'origine etnica o sociale, alle caratteristiche genetiche, all'appartenenza a una minoranza nazionale, agli *handicap*, all'età e all'orientamento sessuale. E, per altro verso, in relazione ad alcune di queste differenze sono sanciti nuovi diritti: così, in particolare, il diritto alla diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), i diritti del bambino (art. 24), i diritti degli anziani (art. 25) e il diritto all'inserimento dei disabili (art. 26).

E ancora, riguardo non a una (ri)formulazione del catalogo dei diritti quanto piuttosto alla specificazione dei termini in cui attuare e tutelare i diritti di particolari classi di soggetti (le donne¹¹, i lavoratori, i rifugiati,

¹¹ Di particolare rilievo per la sua novità, come verrà sottolineato di seguito nel testo (§ 3.1), è da segnalare, nella *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* del 2011 (la cosiddetta *Convenzione* di Istanbul), l'inclusione, nell'elenco di differenze di cui si fa esplicitamente divieto di discriminazione, di quelle relative allo *status* di migrante e allo *status* di rifugiato (articolo 4.3).

i popoli indigeni anche ma non solo dell'America latina e dell'America del Nord¹², i bambini, gli anziani, i portatori di *handicap*) contribuiscono a confermare come, nonostante incertezze, ritardi, inadempienze e, da ultimo tentativi di delegittimazione, nel costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra il principio di eguaglianza nei diritti e il diritto ad essere diversi nella molteplicità delle sue diverse espressioni non sono fra loro antagonisti ma, al contrario, l'uno all'altro complementari. L'uno all'altro complementari perché, come puntualizza con grande chiarezza Luigi Ferrajoli, il principio d'eguaglianza nei diritti del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra sancisce «l'uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre»¹³.

2.2. Eguaglianza nei diritti e tutela delle differenze culturali

Nelle osservazioni che precedono (§ 2.1), il rilievo del diritto ad essere diversi nel costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra sembra circoscritto, o, quantomeno, sembra incentrato precipuamente sul carattere *plurale* delle società ma non specificamente sulle possibili forme del loro carattere *multiculturale*. Ora, nel corso della storia non sono per nulla inediti né il carattere multiculturale, multi-etnico e multi-religioso, delle società, né, peraltro, la pluralità di risposte del diritto, in tempi e luoghi diversi, alle forme in cui (non) ignorare la tutela dell'autonomia e delle libertà di individui e di genti diverse, (non) favorire la loro inte-

¹² Sul diritto alla diversità culturale dei popoli indigeni si tornerà di seguito nel testo (§ 3.1).

¹³ L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, 53; più volte ripreso nella vasta produzione che scandisce l'elaborazione della sua teoria del costituzionalismo (inter)nazionale (nei suoi ultimi lavori Ferrajoli usa il termine «costituzionalismo garantista»), l'irrinunciabile centralità del principio d'eguaglianza nei diritti è ribadita in L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, vol. 1, §§ 11.12-11.14, e vol. 2., §§ 13.11, 16.13 e 16.22. Analoga la lettura del principio d'eguaglianza nei diritti proposta anche da L. GIANFORMAGGIO, *Identity, Equality, Similarity and Law*, in M.M. KARLSSON, O.P. JÓNSSON, E.M. BRYNJARSDÓTTIR (Hrsg.), *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, Berlin, 1993 e più volte riaffermata in molti suoi lavori in tema di eguaglianza e differenze (di genere). E ancora, in linea con la caratterizzazione di Ferrajoli e Gianformaggio, cfr. anche T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, n. 27, 2006 e T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto*, in Th. CASADEI (cur.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, 2008.

grazione, (non) perseguire la segregazione di alcune minoranze. «La diversità etnoculturale – come scrive ad esempio Patrick Savidan – è storicamente un elemento fondamentale delle società umane» e «non si può [...] parlare di una [sua] specificità delle società moderne». La novità, semmai, sempre secondo Savidan, «consiste [...] nel fatto che si possa affermare, nel quadro di una politica del riconoscimento, l'idea di una necessaria assunzione da parte dello stato della diversità culturale che caratterizza la sua popolazione»¹⁴. Detto altrimenti, si può affermare che la novità consista nei termini in cui (ci si aspetta che) il costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra, in ragione dei suoi stessi principi fondanti, tenga conto dell'attuazione e della tutela dei diritti fondamentali di genti e di individui con tradizioni culturali differenti; dei diritti, cioè, vuoi di «minoranze» storicamente risalenti come quelle dei popoli indigeni dell'America latina e dell'America del Nord, degli aborigeni dell'Australia e della Nuova Zelanda, e in generale di tutte le popolazioni di territori ex-coloniali, vuoi, invece, di minoranze di nuova formazione come quelle dei migranti di ieri e di oggi.

Ora, nella loro complementarità che caratterizza il costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra, il principio d'eguaglianza nei diritti e il diritto ad essere diversi non ignorano la specificità delle differenze *culturali*. Così, già dal 1948 nella *Dichiarazione universale*, nonostante nel suo elenco manchi un articolo che ne faccia espressamente menzione, e così, ancora, in carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati internazionali e regionali, che nelle successive riformulazioni e ridefinizioni del catalogo dei diritti hanno esplicitamente sancito, per quanto non sempre in termini coincidenti e non sempre con la stessa enfasi, uno specifico «diritto alla cultura» («*right to culture*») e/o specifici «diritti culturali» («*cultural rights*»)¹⁵.

¹⁴ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, 2009; trad. it. *Il multiculturalismo*, Bologna, 2010, 7.

¹⁵ Manifestamente legati da una pluralità di relazioni possibili, non sempre gli uni e gli altri sono però diritti fra loro complementari o interdipendenti. Del «diritto alla cultura», infatti, sono titolari i singoli individui ai quali non è preclusa ma, al contrario, è esplicitamente riconosciuta la libertà di poter «cambiare» le proprie tradizioni culturali o la propria fede religiosa. Dei «diritti culturali», spesso denominati (secondo declinazioni e caratterizzazioni non equivalenti) «diritti delle minoranze» («*minority rights*») o «diritti collettivi» («*collective rights*») o «diritti di gruppo» («*group rights*»), i titolari, invece, sono (anche) gruppi o soggetti collettivi: così, ad esempio, le minoranze linguistiche, etniche o religiose; o, nella prospettiva che ne sollecita E. STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Leiden-Boston, 2007, 230-244, anche altri «gruppi particolari» («*special groups*») nella società, quali quello delle donne, dei fanciulli, delle persone con disabilità, dei lavoratori migranti, dei rifugiati, dei poveri.

In particolare, l'affermazione del diritto alla cultura, del diritto cioè al rispetto e alla tutela delle tradizioni culturali e religiose di ogni individuo, per quanto non ancora esplicitamente enunciato, è già sancito dalla *Dichiarazione universale* del 1948. Non è ancora esplicitamente enunciato perché il suo articolo 27, che pure parla di «cultura», non riguarda la cultura né nel senso del pluralismo delle tradizioni culturali di genti diverse né nel senso della mutevole identità culturale di ogni individuo in (dis)accordo con le tradizioni del proprio gruppo d'appartenenza, quanto piuttosto il diritto di ogni individuo a partecipare (attivamente come artefice e/o passivamente come fruitore) della vita culturale della comunità, della varietà di forme della sua produzione artistica e della pluralità dei risultati della sua ricerca scientifica¹⁶.

Nondimeno, nonostante il suo articolo 27 si occupi del diritto alla cultura «solo» nel senso della produzione artistica o scientifica e dei termini della sua fruizione, la *Dichiarazione universale* afferma anche, e in modo inequivocabile, il diritto alla diversità culturale perché, come si è già ricordato (§ 2.1), sancisce i diritti di libertà di pensiero, coscienza e religione (articolo 18), di opinione e di espressione (articolo 19), di riunione e di associazione (articolo 20); diritti di libertà che come precisano gli articoli 1 e 2, spettano a tutti gli individui senza alcuna discriminazione. E, come icasticamente puntualizza Luigi Ferrajoli, «la libertà di coscienza è un tipico diritto culturale, anzi il primo e fondamentale diritto alla tutela della propria identità e differenza culturale. Lo stesso si dica della libertà religiosa, della libertà di manifestazione del pensiero e delle altre libertà fondamentali, che valgono a tutelare l'identità diversa, dissenziente, non omologabile di ciascuna persona»¹⁷.

Sancendo i diritti di libertà, la *Dichiarazione universale* afferma quindi il diritto alla cultura nel senso del rispetto e della tutela della (mutevole) identità culturale di ogni individuo in (dis)accordo con le tradizioni del proprio gruppo d'appartenenza; afferma, cioè, il diritto alla cultura (*right to culture*) ma non anche i più problematici diritti culturali (*cultural rights*) intesi come «diritti collettivi» e/o «diritti di gruppo» i cui titolari sono (anche) soggetti collettivi e non (solo) singoli individui¹⁸. Diritti, questi, volutamente esclusi dal catalogo della *Dichiarazione universale*,

¹⁶ Analoghi a quelli dell'articolo 27 della *Dichiarazione universale* del 1948, i termini in cui si afferma il «diritto alla cultura» anche nell'articolo 15 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966.

¹⁷ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., vol. 2, 59.

¹⁸ Una ricognizione delle principali ragioni di problematicità delle nozioni di «diritti collettivi» e/o «diritti di gruppo» è offerta, ad esempio, dai diversi saggi raccolti in E. Vitale (cur.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000.

per la preoccupazione che potesse ripetersi la loro strumentalizzazione così come era già accaduto solo pochi anni prima quando i nazisti, nel 1938, avevano reclamato la tutela dei diritti dei tedeschi nel territorio cecoslovacco dei Sudeti per giustificare l'invasione¹⁹.

Superati i timori che avevano condizionato la loro esclusione dalla *Dichiarazione universale*, una prima esplicita riaffermazione del diritto alla cultura (se non ancora anche dei diritti culturali) in riferimento alle minoranze etniche, religiose o linguistiche²⁰ si ha nel 1966 (non ancora nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* ma) con il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* che, all'articolo 27, afferma che «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo». Più volte riaffermati in documenti regionali e (inter)nazionali differenti, ai diritti delle minoranze è dedicata la *Dichiarazione dei diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche*, approvata dall'Assemblea generale dell'Onu nel 1992.

Il rapporto non antagonista ma complementare del diritto ad essere diversi con il principio d'eguaglianza nei diritti trova una formulazione ancora più perentoria già nel 1978 nella *Dichiarazione Unesco sulla razza e i pregiudizi razziali* che al secondo comma dell'articolo 1 afferma: «Tutti gli individui e tutti i gruppi hanno diritto di essere diversi, di ritenersi e di essere accettati come tali»; formulazione, questa, ripresa e citata letteralmente al quarto comma dell'articolo 2 di un altro importante testo in tema di diversità culturali e tutela dei diritti, quello della *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* del 1995.

Se all'affermazione del diritto alla cultura, del diritto cioè di cui è titolare il singolo individuo, non sempre si affianca l'affermazione dei diritti culturali delle minoranze (così, ad esempio, come si è già ricordato, nel caso della *Dichiarazione universale* del 1948 e in quello del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966), l'afferma-

¹⁹ Un resoconto puntuale e particolareggiato delle diverse posizioni e delle diverse fasi del confronto riguardo ai termini nei quali (non) inserire nella *Dichiarazione universale* anche diritti di gruppo e, in particolare, diritti delle minoranze, è offerto da J. MORSKIN, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia, 1999, 269-280; sul tema ritornano, ad esempio, anche M. FREEMAN, *Human Rights*. Malden (MA), 2002, 114 e E. STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law*, cit., 11-16.

²⁰ Esclusi dalla *Dichiarazione universale*, i diritti delle minoranze erano già previsti, nel primo dopoguerra, dal sistema della Società delle Nazioni.

zione dei diritti culturali delle minoranze di solito è invece accompagnata da quella del diritto alla cultura del singolo individuo che prevede esplicitamente anche la libertà di abbandonare la propria religione e/o le proprie tradizioni culturali²¹. Così, in particolare, la *Dichiarazione* del 1992 che all'articolo 3 esplicitamente stabilisce che «Qualsiasi persona appartenente a minoranze non deve avere svantaggi per l'esercizio o il mancato esercizio dei diritti contemplati dalla [...] *Dichiarazione*». E ancora, sempre la *Dichiarazione* del 1992, all'articolo 8 puntualizza che il diritto alla cultura del singolo individuo e i diritti culturali delle minoranze enunciati nei propri articoli, non contraddicono né derogano al principio d'eguaglianza nei diritti; stabilisce cioè che «L'esercizio dei diritti [in essa] contemplati [...] non deve pregiudicare il godimento da parte di tutte le persone dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali universalmente riconosciuti», e, quindi, che «Le misure prese dagli stati per garantire l'effettivo godimento dei diritti [in essa] contemplati [...] non debbono essere considerate *prima facie* contrarie al principio di eguaglianza contenuto nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*». In altri termini, il diritto alla cultura e i diritti delle minoranze culturali hanno come unico limite alla loro attuazione e tutela quello di ogni altro diritto fondamentale: pur nella varietà e complessità delle loro interazioni e della possibilità stessa di una loro tensione dialettica, l'esercizio di un diritto non deve precludere l'attuazione né comportare la violazione di altri diritti.

Il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali non ignora infatti la preoccupazione di chi, come ad esempio Ricardo Guibourg, di fronte alle rivendicazioni più radicali del multiculturalismo, ammonisce che «il punto non è se la diversità culturale debba essere rispettata, ma quello di trovare il giusto limite fra l'uniformità che si desidera e la diversità che si permette»²²; non la ignora e, coerentemente con il pluralismo laico che lo informa e lo connota, sancisce sì il diritto alla cultura e i diritti

²¹ La «libertà di cambiare religione o credo» è sancita, già nel 1948, dall'articolo 18 della *Dichiarazione universale* congiuntamente all'affermazione stessa della libertà di religione. E ancora, in termini molto simili, a livello regionale, la stessa libertà è affermata dall'articolo 9 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, dall'articolo 9 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000, e dall'articolo 12 della *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969. Più sfumata, invece, la formulazione adottata nel *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 che, forse condizionato dall'esplicita enunciazione dei diritti delle «minoranze etniche, religiose o linguistiche» (articolo 27), all'articolo 18 si limita ad affermare che il diritto alla libertà di religione di ogni individuo «include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta».

²² R. GUIBOURG, *The Lapidation of Anima*, relazione al XXIII Congresso IVR, Cracovia, 1-6 agosto 2007.

delle minoranze culturali ma al tempo stesso (non diversamente che nel caso della libertà personale, della libertà di religione e di opinione, e, in generale, di qualsiasi altro diritto) individua e stabilisce perentoriamente il limite al loro esercizio nella non violazione di altri diritti fondamentali. Un limite perentorio anche se non univoco come non è univoco ma nondimeno perentorio quello dell'esercizio di ogni altro diritto fondamentale.

3. *La (mancata) tutela del diritto dei migranti ad essere diversi fra ipocrisie politiche e pregiudizi ideologici*

Sin qui, la ricostruzione dei termini in cui il diritto alla diversità (culturale) si è andato affermando nel costituzionalismo (inter)nazionale, vale a dire: (i) la rievocazione dei dati che già nel 1946 testimoniano dell'attenzione per una declinazione del catalogo dei diritti fondamentali che ne tenesse adeguatamente conto; (ii) la ricognizione delle (ri)formulazioni proposte nel diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali che ne testimoniano il carattere complementare e non antagonista al principio d'eguaglianza nei diritti fondamentali, (iii) la citazione della sua formulazione forse più incisiva, quella del secondo comma dell'articolo 1 della *Dichiarazione Unesco sulla razza e i pregiudizi razziali* del 1978 che afferma «Tutti gli individui e tutti i gruppi hanno diritto di essere diversi, di ritenersi e di essere accettati come tali».

Da qui, dalla ricostruzione di questi termini, il punto di partenza per evidenziare tanto incertezze e deliberate omissioni (dettate da scelte di opportunità politica) quanto incongruenze e contingenti carenze (dovute alla difficoltà di rispondere tempestivamente alle continue trasformazioni sociali) che nel diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali continuano a condizionarne l'attuazione (§ 3.1).

E ancora, non meno significativamente, da qui il punto di partenza anche per richiamare l'attenzione sia sulle difficoltà giuridico-istituzionali che possono insidiarne l'attuazione sia, in particolare, sui pregiudizi ideologici che rischiano di comprometterne la stessa rivendicazione (§ 3.2).

Infine, ma non da ultimo, da qui soprattutto il punto di partenza per riconoscere nel costituzionalismo (inter)nazionale non il bersaglio delle critiche che denunciano la mancata tutela della diversità (culturale) quanto piuttosto il progetto politico e giuridico che (nonostante i settant'anni di incertezze, ritardi e incongruenze) continua ad offrire le coordinate per reclamarne le forme di attuazione che consentano di ribadire il principio laico e pluralista dell'eguaglianza nei diritti fondamentali (§ 4).

3.1. *Due incongruenze eclatanti*

Nonostante la manifesta attenzione del costituzionalismo (inter)nazionale per la diversità (culturale) e, nello spirito del pluralismo laico che lo connota, la preoccupazione di garantirne la tutela, il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali rivela due eclatanti incongruenze.

La prima incongruenza, che dalla *Dichiarazione universale* del 1948 per più di quarant'anni segna il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, è il «silenzio assordante»²³ sui diritti (anche ma non solo quello alla diversità culturale) delle genti dei Paesi (ex-)coloniali²⁴. Silenzio assordante enfatizzato da quella che di fatto costituisce una ratifica acritica e adiafora della persistenza (ancora negli anni quaranta del novecento) di territori soggetti alla sovranità altrui, là dove, la *Dichiarazione universale* del 1948, al secondo comma dell'art. 2 sancisce che la titolarità di ogni individuo di tutti i diritti in essa affermati non può essere soggetta a «nessuna distinzione [...] stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, *sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità*» (corsivo mio). Silenzio assordante, quello dei primi quarant'anni del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali interrotto per la prima volta solo nel 1989 con la *Convenzione n. 169* dell'Organizzazione Internazionale del lavoro *Sui diritti dei popoli indigeni e tribali in Stati indipendenti*, e più di recente, nel 2007, con l'approvazione da parte dell'Onu della *Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni*²⁵.

²³ Così P. COSTA, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu 1948*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (cur.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, cit., 29, che sul punto rinvia a B. CLAVERO, *No Distinction Shall Be Made: Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración universal de Naciones Unidas*, in *Quaderni fiorentini*, 38, tomo II, 2009. Sul tema cfr., inoltre, R. CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del diritto*, 33, n. 1, 2006 e R. CAMMARATA, *Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio*, Torino, 2012, in particolare cap. 3, 4 e 5.

²⁴ Come mette bene in evidenza R.F. BETTS, *Decolonization*. London, 1998; trad. it. *La decolonizzazione*, Bologna, 2003, 31-43, gli avvenimenti della seconda guerra mondiale segnano un profondo cambiamento nell'assetto coloniale ma non ne sanciscono ancora la completa dissoluzione non solo perché Francia e Inghilterra, le due maggiori potenze coloniali europee, erano fra i vincitori del conflitto ma anche, e non meno significativamente, per «l'ambiguità della politica estera americana: anticoloniale là dove la Russia non appariva come una minaccia, e favorevole alle posizioni britanniche e francesi là dove la loro presenza coloniale poteva essere arruolata contro l'invasione comunista» (41).

²⁵ Precede l'una e l'altra, nel 1976, la *Dichiarazione universale dei popoli* (nota come *Carta di Algeri*) che (per quanto significativa e autorevole in ragione di chi ne ha solle-

Non meno eclatante è la seconda incongruenza, quella, cioè, relativa ai diritti dei migranti ed in particolare al loro diritto alla diversità culturale. Ancora una volta si può parlare di un silenzio assordante che ad oggi – a differenza che nel caso dei diritti dei popoli indigeni – non è ancora stato interrotto.

Nel diritto internazionale dei diritti fondamentali, non diversamente da quello che è stato denunciato nei confronti del diritto interno dei Paesi nei quali approdano, quello dei migranti sembra essere infatti uno *status* di «non persone»²⁶. Così, in particolare, già a partire dalla *Dichiarazione universale* del 1948 nella quale se per un verso gli articoli 13, 14 e 15 sanciscono sì il diritto di ogni persona ad emigrare e, rispettivamente, quello di chiedere asilo e quello di avere una cittadinanza, per altro verso, invece, depotenziandone la rivendicazione della loro tutela, non si specifica se ed in che termini o a quali condizioni lo stato nel quale si emigra, si chiede asilo o cittadinanza abbia dei doveri al riguardo²⁷. E ancora, così anche successivamente, ad esempio, nella *Dichiarazione Unesco sui principi della tolleranza* del 1995 e, più recentemente nella *Dichiarazione universale dell'Unesco sulla diversità culturale* del 2001, – là dove si sancisce il diritto di ogni individuo e di ogni gruppo ad essere diversi, sentirsi diversi e ad essere accettati come diversi – nessuna attenzione particolare è prestata alla specificità della tutela dei diritti delle (nuove) minoranze formate da migranti che, a partire da gruppi culturalmente omogenei si vanno delineando e a volte radicando nei Paesi di approdo, condizionando il carattere sempre più multiculturale delle loro società²⁸. Un primo, timido, e ad oggi isolato, dato in controtendenza

citato la redazione, Lelio Basso, e di chi ne ha sottoscritto il testo in tutto il mondo, numerose personalità della politica e della cultura) è però priva di qualsiasi valenza giuridica e forza vincolante perché non è un accordo sottoscritto da Stati. Sul rilievo e l'influenza della *Carta di Algeri*, cfr. Fr. RIGAU, *I diritti dei popoli e la Carta di Algeri*, Torino, 2012.

²⁶ Quest'espressione ormai ricorrente nella letteratura sui migranti è di A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti nella società globale*, Milano, 1999.

²⁷ Senza uno specifico riferimento ai temi relativi a migranti e/o rifugiati, sui «doveri degli stati» richiama l'attenzione L. BONANATE, *I doveri degli stati*, Roma-Bari, 1994 e sui «doveri pubblici globali» A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*, Soveria-Mannelli, 2005, in particolare, 94-98. Con esplicito riferimento ai migranti, il tema è affrontato invece in G. SCIORTINO, *Rebus immigrazione*, Bologna, 2017, anche ma non solo con riferimento al diritto internazionale del secondo dopoguerra; nella ricostruzione storica che Sciortino propone infatti delle diverse forme dello *ius migrandi* a partire dal *Trattato di Augusta* del 1955, l'asimmetria fra *ius emigrandi* e *ius immigrandi* è un tratto ricorrente. Su tale asimmetria cfr. inoltre O. GIOLO, *Diritti e culture*, Roma, 2012, 48-55 e G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, n. 41, 2013.

²⁸ Fa eccezione, ma significativamente viene ignorata, l'apertura con la quale, nel 1994,

può essere considerata la *Convenzione* di Istanbul, approvata dal Consiglio d'Europa nel 2011 che, come mette bene in evidenza Paola Parolari, al punto 3 dell'articolo 4 fa «esplicito divieto di discriminare in base allo *status* di migrante o di rifugiato» e, in particolare, «si preoccupa di evitare che ad alcune donne sia negata l'effettiva tutela dei loro diritti fondamentali per la presenza nell'ordinamento giuridico degli stati membri di norme direttamente o indirettamente discriminatorie nei confronti dei migranti e/o a causa di eventuali ambiguità nei rapporti politici e giuridici che intercorrono tra lo stato d'origine dei migranti e lo stato membro in cui risiedono»²⁹.

Un silenzio imbarazzato e imbarazzante quello sui popoli indigeni fino agli interventi del 1989 e del 2007 non meno di quello ad oggi ancora persistente sui migranti che non è né fortuito né casuale ma, al contrario, testimonia dei condizionamenti politici dai quali il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali nelle sue innumerevoli espressioni non sembra in grado di potersi (del tutto) affrancare³⁰. Così, in particolare, nel caso dei popoli indigeni, i condizionamenti sono (stati) quelli da parte delle grandi potenze che avevano ancora interessi coloniali, mentre, nel caso dei migranti, ancora oggi, sono dettati dal nodo non ancora risolto della manifesta interferenza di una regimentazione dei loro diritti con la sovranità dei singoli stati³¹. Ma, per quanto delicato ed insidioso, questo nodo denuncia l'urgenza di un intervento normativo non in de-

il Comitato sui diritti umani aveva precisato che del diritto alla cultura, sancito all'art. 27 del *Patto sui diritti civili e politici*, sono titolari tutti gli individui appartenenti a minoranze culturali a prescindere dal fatto che siano cittadini o risiedano permanentemente sul territorio dello stato, specificando in particolare che l'art. 27 si applica anche a coloro che sono «migrant workers or even visitors» (*General Comment* no. 23/1994, § 5.2). Sul punto cfr. P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, 109-110.

²⁹ P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, 874-875.

³⁰ Da ultimo, solo per citare un esempio recente, il caso della Turchia e della repressione, da parte di Erdogan, del tentato colpo di stato del 15 luglio 2016 hanno mostrato una comunità (inter)nazionale incapace non solo di impedire o arginare ma anche solo di stigmatizzare la diffusa violazione dei diritti fondamentali perpetrata in nome della difesa nazionale. In particolare, un'accurata rassegna delle «deroghe» registrate alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, è offerta dal Bollettino, n. 20, gennaio 2017, di LDF (Laboratorio diritti fondamentali), URL: <https://labdf.eu/project/bollettino-n-20-gennaio-2017/>. Cfr., inoltre, T. GROPPI, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017.

³¹ Su questo aspetto del problema, da ultimo, richiamano l'attenzione G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità*, cit., lavoro corredato da molti dati bibliografici e da utili riferimenti normativi e giurisprudenziali di diritto (inter)nazionale e G. SCIORTINO, *Rebus immigrazione*, Bologna, 2017, 127.

roga ai principi del costituzionalismo (inter)nazionale quanto piuttosto per colmare una lacuna del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali³².

Una lacuna, oggi, ancora da colmare perché le risposte indicate nel 1990 dalla *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* appaiono parziali e largamente insoddisfacenti. Parziali, perché il fenomeno migratorio non è circoscritto né circoscrivibile, ieri come oggi, solo ai lavoratori e ai membri delle loro famiglie. Insoddisfacenti, perché delimitare il fenomeno migratorio solo ai lavoratori (e ai membri delle loro famiglie) non solo privilegia le esigenze economico-lavorative dei Paesi di accoglienza rispetto a quelle dei migranti ma soprattutto perché, quasi beffardamente, non tiene conto del fatto che una delle principali difficoltà dei migranti (di ieri e di oggi) è proprio quella di trovare un lavoro nel Paese in cui migrano, o, più correttamente, quello di riuscire a trovare un'occupazione con un regolare contratto di lavoro.

3.2. Difficoltà giuridico istituzionali e pregiudizi ideologici

Necessario, come si è cercato di fare con le notazioni precedenti (§ 3.1), denunciare i condizionamenti politici che (forse) inevitabilmente si riflettono sulle incongruenze e i ritardi del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali ma non meno necessario segnalare due ulteriori ordini di difficoltà, uno di carattere giuridico-istituzionale e uno di carattere ideologico, che, anche se certo non giustificano tali incongruenze e ritardi, nondimeno ne consentono una migliore comprensione.

In particolare, sotto il profilo giuridico-istituzionale – al di là di qualsiasi reticenza dei singoli stati poco inclini a subire limitazioni della propria sovranità (interna) – il primo ordine di difficoltà, di carattere *giuri-*

³² Sulla tesi della lacuna in relazione alla mancata individuazione dei doveri degli stati nei confronti di coloro che migrano nei loro territori, cfr., ad esempio, O. GIOLO, *Migranti. Diritti in bilico?*, in T. MAZZARESE (cur.), *Diritto, tradizioni, traduzioni*, cit., 199; T. MAZZARESE, *El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales*, in J. DOUGLAS PRICE, D. DUQUELSKY (comp.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*, Buenos Aires, 2014, 16-18 e G. SCIORTINO *Rebus immigrazione*, cit.. In termini più radicali, non di lacuna ma di un dovere già esistente per la comunità internazionale (e reiteratamente violato) scrive L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (cur.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, 179, là dove afferma che «il diritto di emigrare, [...] evidentemente comporta il diritto di immigrare in un Paese diverso da quello di immigrazione, e perciò il dovere della comunità internazionale di garantirne in qualche forma l'esercizio».

dico-istituzionale, è quello dell'individuazione e della declinazione di forme e modi di pluralismo giuridico o interlegalità³³, in grado di tener conto di una pluralità di variabili delle società multiculturali; variabili non sempre né necessariamente di facile combinazione, ciascuna delle quali, peraltro, tende a modificare nel tempo la propria configurazione. Così, in particolare, (i) la variabile – che muta nel corso del tempo secondo le contingenze che condizionano i flussi migratori – della pluralità delle differenti tradizioni culturali da tutelare; (ii) la variabile delle progressive trasformazioni delle differenti tradizioni culturali – di quelle nazionali, come di quelle dei diversi gruppi di migranti che si vanno configurando come nuove minoranze della società della quale diventano parte integrante; (iii) della variabile delle reciproche contaminazioni fra tradizioni culturali differenti anche ma non solo là dove si istaurino legami familiari³⁴. In sintesi, una realtà, quella delle società multiculturali in ragione dell'affermarsi di (nuove) minoranze di migranti, complessa, plurale e in continuo divenire in cui non sembra né facile né immediato trovare soluzioni giuridico-istituzionali che

³³ Un'interessante ricognizione di aspetti problematici di carattere gius-filosofico, sociologico, politico e giuridico in tema di migrazioni, pluralismo giuridico e interlegalità è offerto da P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità e pluralismo giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2018.

³⁴ Spesso sottovalutato, o secondo i casi ignorato, quello delle reciproche contaminazioni culturali fra migranti e cittadini dei Paesi nei quali i migranti si fermano a vivere è un profilo duplicemente rilevante per l'analisi del fenomeno migratorio. In particolare, per un verso, è rilevante perché consente di comprendere il senso della rivendicazione, al centro dei lavori di Abdelmalek Sayad raccolti in volume da Pierre Bourdieu nel 1999, della necessità di una «sociologia dell'emigrazione» come momento distinto ma complementare della «sociologia dell'immigrazione» per potere rendere adeguatamente conto, come sottolinea P. BOURDIEU, *Préface*, in A. SAYAD, *La double absence*. Paris, 1999; trad. it. *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano, 2002, 6, che «l'immigrato è *atopos*, senza luogo, fuori luogo, né cittadino, né straniero, né veramente dalla parte dello Stesso, né totalmente dalla parte dell'Altro, l'immigrato si situa in quel luogo «bastardo» [...] alla frontiera dell'essere e del non-essere sociali». E, ancora, per altro verso, quello delle reciproche contaminazioni culturali è un aspetto rilevante del fenomeno migratorio perché consente di sdrammatizzare e demistificare lo scenario troppo spesso evocato di uno scontro di civiltà, contrapponendogli la realtà quotidiana di un caleidoscopio di appartenenze identitarie diverse, mutevoli e contingenti nella rete intricata e complessa di interazioni in continuo divenire. Sul punto, ancor più di una documentata analisi sociologica e/o politologica può essere utile la lettura di *Un pappagallo volò sull'Ijssel*, romanzo pubblicato nella versione originale in Olanda, Paese dove il suo autore Kader Abdolah, rifugiato politico iraniano, vive e scrive i propri libri, molto apprezzati, dal 1988. Romanzo, questo, di rara intelligenza e sensibilità che con leggerezza, senza alcuna retorica e/o deriva ideologica, racconta delle progressive contaminazioni culturali, nonostante pregiudizi e diffidenze reciproche, fra gli abitanti di quattro paesini olandesi di rigorosa tradizione protestante lungo le rive dell'Ijssel e i migranti (mussulmani) che a partire dagli anni ottanta del novecento vi affluiscono e si fermano a vivere, lavorare, sposarsi, morire.

per un verso non mortifichino il diritto alla diversità culturale di individui e genti diverse e, per altro verso, configurino modelli di interazione che non deroghino alla tutela dei diritti fondamentali di ogni persona, quali che siano le sue particolari tradizioni culturali.

E ancora, le difficoltà di carattere giuridico-istituzionale relative all'individuazione e alla definizione di modelli di pluralismo giuridico o di interlegalità sono spesso esasperate e drammatizzate da un secondo ordine di difficoltà, di carattere *ideologico*, là dove, con scarsa attenzione tanto per il pluralismo laico del costituzionalismo (inter)nazionale quanto per la complessità delle dinamiche delle società multiculturali in cui individui e genti con tradizioni culturali differenti convivono e interagiscono quotidianamente, si ripropone la contrapposizione fra chi sostiene una concezione omologante dell'universalismo dei diritti fondamentali e chi, di contro, rivendica invece un'intransigente concezione del particolarismo dei diritti.

In particolare, la prima concezione è quella di chi fa proprio l'assunto, teorizzato da Samuel Huntington già a partire dagli inizi degli anni novanta del novecento³⁵, di un inevitabile «scontro di civiltà»; di chi, in particolare, poco attento alla non univocità della loro formulazione e poco preoccupato per lo scarso rigore della loro argomentazione³⁶, ripete o, secondo i casi, riformula le tesi di Huntington e, per un verso, proclama la separatezza, l'incomunicabilità e la competitività fra sistemi valoriali, religioni e tradizioni culturali di «civiltà» differenti, e, per altro verso, denuncia il pericolo che, dalla conclusione della guerra fredda e dalla fine del bipolarismo e delle sue ideologie, la «civiltà islamica» e la «civiltà sinica»³⁷ hanno cominciato a rappresentare per l'«occidente», la sua civiltà,

³⁵ S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations?*, in *Foreign Affairs*, 72, n. 3, 1993; S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996 e S.P. HUNTINGTON, *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, New York, 2004.

³⁶ Non manca, in letteratura, chi contesta l'assunto dello scontro di civiltà denunciando, come M. NUSSBAUM, *The Clash Within*, cit., lo scontro «interno» ad ogni civiltà, o auspicando, invece, come Y. COURBAGE, E. TODD, *Le rendez-vous des civilisations*, Paris, 2007; trad. it. *L'incontro delle civiltà*, Milano, 2009, o T. TODOROV, *La peur des barbares*, Paris, 2008; trad. it. *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Milano, 2009, 121-174], l'«incontro delle civiltà»; e non manca chi, come nella letteratura italiana V. Cotesta, *Sociologia del mondo globale*, Roma-Bari, 2004, 142-158 e A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti fra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in C. GALLI (cur.), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006, delle tesi e degli argomenti che lo fondano denuncia lo scarso rigore scientifico.

³⁷ Non è chiaro quante e quali siano, nell'analisi di Huntington, le (maggiori) civiltà (contemporanee) né quale sia il criterio in relazione al quale siano (state) individuate, distinte e caratterizzate. Come denuncia infatti puntualmente A. DAL LAGO, *Esistono dav-*

i suoi valori e la sua identità culturale. In particolare, la prima lettura è quella di chi negli «immigrati provenienti da altre civiltà che rifiutano l'assimilazione e continuano a praticare e propagare valori, usanze e culture delle proprie società d'origine» individua una delle principali minacce «interne» alle società occidentali e, per questa ragione, nei loro confronti sollecita «l'attuazione di politiche di controllo su numero, origine, caratteristiche e grado di assimilazione»³⁸. In altri termini, la prima concezione è quella di chi nei migranti vede la minaccia della «loro» religione e delle «loro» tradizioni culturali ai «propri» valori «occidentali»; valori, questi, che si pretende siano gli unici dei quali i diritti fondamentali riconoscono e sanciscono l'universalismo e l'inviolabilità. Da qui la ferma determinazione della loro difesa, nella politica interna, sia con l'adozione di misure che impediscano o almeno ostacolino l'immigrazione sia con l'attuazione di drastiche politiche di omologazione nei confronti di quei migranti la cui presenza dovesse essere funzionale alle esigenze (nazionali) del mercato del lavoro.

La seconda concezione, simmetrica e opposta alla precedente, è quella di chi, in nome di un multiculturalismo radicale – reclamando pari dignità per ogni cultura e per lo specifico sistema valoriale di cui è espressione – considera con preoccupazione e sospetto l'adozione di misure di accoglienza o integrazione nei confronti dei migranti perché teme che così le loro tradizioni culturali possano venire contaminate e corrotte da una forma di neocolonialismo con cui l'«occidente», per quanto in forme diverse dal passato, ancora una volta pretende di affermare la propria supremazia e rivendica l'universalismo dei propri principi e dei propri valori.

Simmetrica e opposta a quella dei teorici dello scontro di civiltà, la posizione del multiculturalismo (almeno in questa sua versione radicale) paradossalmente ne condivide l'esito³⁹; l'esito, cioè, di affermare l'inco-

vero i conflitti fra culture?, cit., 46, «nella tipologia proposta da Huntington, accanto a una civiltà definita in termini classici, quasi metafisici, come Occidente (Europa e America, con le appendici australiana e neozelandese), troviamo civiltà definite in termini geografico-continentali (Sudamerica [...] e Africa), altre in chiave nazionale-insulare (la civiltà giapponese), politico-linguistica (cinese), religiosa (ortodossa e islamica), religioso-culturale (buddista)». Al di là delle (in)coerenze teoriche e/o lessicali, le due civiltà individuate come la maggiore minaccia per l'occidente sono quella «islamica» e quella «sinica»; civiltà, quest'ultima, di cui, dalla non limpida caratterizzazione che ne offre S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, cit., 51, emerge che si tratta di una civiltà che concerne la Cina e/o le sue tradizioni confuciane.

³⁸ S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, cit., 454.

³⁹ Analogamente, il rilievo di C. PINELLI, *Relativismo culturale, scontri di civiltà, costituzionalismo*, in T. MAZZARESE (cur.), *Diritto, tradizioni, traduzioni*, cit., 42-43, là dove afferma che «[s]otto l'evidente contrapposizione, fra la predizione dello scontro delle ci-

municabilità e inconciliabilità fra sistemi valoriali di tradizioni culturali diverse, ignorando così le esigenze e le aspirazioni degli stessi migranti che spesso (non rifiutano né contestano ma al contrario) rivendicano e aspirano all'eguaglianza nei diritti fondamentali delle democrazie costituzionali; all'eguaglianza, in particolare, non solo nei diritti sociali ed economici (al lavoro, alla salute e all'istruzione) ma anche nelle libertà civili e nei diritti politici; e ancora a un'eguaglianza che (coerentemente con il pluralismo laico dei diritti fondamentali del secondo dopoguerra) non ignori ma al contrario riconosca un diritto alla cultura che non mortifichi le differenze delle rispettive tradizioni.

4. *Ex iniuria oritur ius*

Un assunto largamente condiviso fra chi, in letteratura, si è occupato del fenomeno e/o della teoria e/o dell'ideologia di quello che in queste pagine ho denominato costituzionalismo (inter)nazionale – e che altri, secondo i casi, hanno denominato costituzionalismo, neocostituzionalismo, costituzionalismo dei diritti, costituzionalismo globale, giuscostituzionalismo, costituzionalismo garantista o ancora con altre denominazioni⁴⁰ – è che la positivizzazione e l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali del secondo novecento determinano una duplice limitazione, interna ed esterna, della sovranità statale che sancisce la primazia del diritto sulla politica. In altri termini, è opinione diffusa che la positivizzazione e l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali abbiano costituito quella che Luigi Ferrajoli denomina «sfera dell'(in)decidibile»⁴¹, Ernesto Garzón

vità e il relativismo culturale spira un'aria di famiglia» perché «[i]n tutti e due i casi le civiltà o le culture esprimono identità collettive ontologicamente date, e le ricette per affrontare il problema della loro coesistenza determinano un blocco dei processi di mutuo apprendimento su cui scommettono le società aperte», e, citando S.J. AL-AZM, *Occidente e islam: una guerra senza fine?*, in *Lettera internazionale*, 23, n. 93, 2007, 6 e T. TODOROV, *La paura dei barbari*, cit., 127, sottolinea «la “tragica ironia” per cui i militanti islamici si troverebbero «in perfetta sintonia» con la tesi fondamentale di Huntington e con le sue applicazioni pratiche, proprio perché nel suo pensiero la competizione tra sistemi di valori è “essenzialistica, ontologica e statica”».

⁴⁰ Sia sulle ragioni della scelta della locuzione «costituzionalismo (inter)nazionale», sia sulle analisi che del costituzionalismo (inter)nazionale (*rectius* del «neocostituzionalismo») hanno proposto una lettura che, con esplicito riferimento a quella di Bobbio in relazione al positivismo giuridico, ne distingue il profilo fenomenologico, teorico e ideologico, rinvio a T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, Numero speciale: *Limiti del diritto*, 2017, § 2.

⁴¹ Il concetto, tematizzato già a partire da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teo-*

Valdés «*coto vedado*»⁴² – e, già prima di loro, Hans Kelsen, Alf Ross e Norberto Bobbio avevano tematizzato in relazione all'individuazione di un criterio di validità materiale altro e diverso da quello di validità formale; abbia stabilito, cioè, le coordinate (non violazione e attuazione dei diritti fondamentali) entro le quali il legislatore (non) può esercitare la propria discrezionalità (politica) nell'emanazione, deroga e riforma delle leggi⁴³.

Nonostante il favore di cui gode, l'affermazione della primazia del diritto sulla politica pecca però di eccessivo ottimismo e, forse, anche di scarso realismo (i) perché, come si è già sottolineato (§ 3.1), i condizionamenti politici hanno segnato di fatto i settant'anni di (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale anche ma non solo in tema di migranti, e soprattutto (ii) perché, anche ma non solo in tema di migranti, i condizionamenti politici (favoriti dalle interpretazioni di chi ne ha fatto bersaglio di critiche ingenerose e fuorvianti) stanno portando a una progressiva delegittimazione dell'intero progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale e alla reiterata violazione dei suoi principi ultimi e fondativi.

Non solo nei confronti dei migranti ma sempre più platealmente anche nei loro confronti.

È così, in particolare, a fronte delle incertezze e dei ritardi nell'individuazione e sperimentazione di modelli giuridico-istituzionali che garantiscano anche per loro la tutela alla diversità culturale (§ 3.2). E ancora, è così a fronte di un elenco di condizioni, sempre numerose e difficili da soddisfare, per ottenere la cittadinanza degli stati nei quali si fermano a vivere e a lavorare⁴⁴. Ma, soprattutto, è così a fronte degli sforzi

ria Politica, 14, n. 2, 1998, 15, indica un ambito, di principio anche se non sempre di fatto, sottratto alla discrezionalità del legislatore e preclusa alle ingerenze e interferenze del mercato e della politica; concetto, questo, che gioca un ruolo centrale anche nelle opere successive di Ferrajoli in tema di teoria del diritto e della democrazia costituzionale.

⁴² Esplicitamente enunciato o solo implicitamente presupposto, quello del «*coto vedado*», «terreno proibito» al legislatore e alla discrezionalità delle sue decisioni, è un assunto ricorrente nei lavori di Garzón Valdés: così, ad esempio, in *Cinque confusioni sul rilievo morale della diversità culturale*, in *Ipocrisia, simpatia e stato di diritto* e in *Rappresentanza e democrazia* inclusi in E. GARZÓN VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*; traduzione ed edizione italiana a cura di P. Comanducci e T. Mazzaresse, Bologna, 2003.

⁴³ Sul punto rinvio ancora una volta a T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, cit., § 3.1.

⁴⁴ In Italia, ne offrono un esempio in qualche modo paradigmatico non solo le norme sull'acquisizione della cittadinanza attualmente in vigore (legge n. 91/1992) ma anche la titubanza con la quale il recente disegno di legge *Disposizioni in tema di cittadinanza* (approvato nel 2015 alla Camera, ma non ancora, al gennaio 2017, al Senato) si ripro-

sempre più sfacciati tanto per eludere le loro richieste d'asilo quanto addirittura per precludere loro la possibilità stessa di migrare⁴⁵.

Difficile non cedere quindi al pessimismo della ragione e non concludere che, anche nel caso dei migranti e dell'illegittima violazione dei loro diritti, vale lo stesso icastico commento di Danilo Zolo riguardo alle argomentazioni in favore della guerra manifestamente illegittima al Kosovo del 1999: *ex iniuria oritur ius*⁴⁶.

pone di riformare *in melius* la materia con riferimento al riconoscimento della cittadinanza per coloro che, figli di migranti, siano nati in territorio italiano.

⁴⁵ Numerosi i dati che confermano quest'affermazione: per un verso quelli relativi a chi intende costruire muri – in Europa (così in Ungheria, Austria e Slovenia) e negli Stati Uniti al confine con il Messico – per impedire ai migranti l'ingresso nel proprio Paese e, per altro verso, quelli relativi a chi, indifferente alle loro pratiche in violazione dei diritti fondamentali, stipula accordi con Paesi come la Libia e la Turchia perché ricacci i migranti nei loro Paesi di origine (così, non solo il *Trattato di Bengasi* del 2008 fra il governo italiano di Silvio Berlusconi e la Libia di Geddafi, ratificato nel 2009, o il più recente *Memorandum* del 2017 fra il governo italiano di Paolo Gentiloni e il governo di unità nazionale libico di Fayez Mustafa al Sarraj, ma anche l'operazione EUNAVFOR-MED – preoccupata non di regolamentare e/o tutelare il flusso dei migranti quanto piuttosto di debellare il traffico degli scafisti che (in modo disumano e illegale) lo consente – o, non meno significativamente, l'accordo fra Europa e Turchia con l'UE-Statement del 2016).

⁴⁶ D. ZOLO, *Ma i raid della Nato affossano il diritto*. In: AA.Vv., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Roma, 1999, 31. Commento condiviso e ribadito in N. BOBBIO, *Perché questa guerra ricorda una crociata. Intervista di Giancarlo Bosetti*, in AA.Vv., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Roma, 1999, 18.