

LO STATO MULTICULTURALE E IL MITO DELLA COSTITUZIONE PER VALORI.

(di Vincenzo Baldini)

Sommario: 1. Premessa. 2. L'interpretazione della Costituzione tra approccio assiologico e approccio giuridico-formale. 3. Costituzione e teoria dei "valori": profili critici. 4. I valori nella Costituzione italiana. L'auspicio (politico) di una Costituzione "aperta". 5. Multiculturalismo e Costituzione: profili problematici. 6. Dal "mito" dei valori alla effettività delle esperienze costituzionale e sociale: un quadro che si complica... 7. La dimensione assiologica della Costituzione come prospettiva politica: un disegno irrealizzato nello Stato multiculturale? 8. I principi/valori costituzionali secondo una prospettiva giuspositivistica. 9. Partecipazione politica, integrazione multiculturale e razionalità del diritto. Una suggestione poco... suggestiva. 10. Conclusioni. La prospettiva giuspositivistica come prospettiva congrua di analisi: l' (auspicabile) revisione della disciplina sulla (e del concetto di) cittadinanza.

1. Premessa.

Nell'analisi del rapporto tra la Costituzione e gli sviluppi in senso multiculturale della comunità statale non sembra inopportuno fissare alcune premesse di ordine epistemologico.

Come è stato spesso rilevato, "multiculturale" è un termine polisenso, in grado di generare confusione¹, giacché il multiculturalismo inteso in senso letterale si configura come una condizione fisiologica all'interno delle società complesse, connesso com'è alle dinamiche proprie dell'esperienza sociale di cui fanno parte anche gli esiti del progresso scientifico e tecnologico, in grado *ex sé* di generare nuovi interessi e favorire, nel contempo, l'apertura di nuove prospettive culturali, come conseguenza del pluralismo di visioni etiche presente in seno alla comunità.

In questo lavoro, utilizzo l'espressione "multiculturale", riferita allo Stato, per descrivere, più limitatamente, la realtà di un pluralismo etnico, religioso e *lato sensu* culturale determinatasi nello Stato in conseguenza dei massicci fenomeni migratori che hanno interessato soprattutto alcuni Paesi europei, tra cui il nostro, conferendo un forte impulso ad un processo di mutamento anche strutturale della società civile².

¹ In tal senso, cfr. soprattutto. W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, (tr. it. di *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995) Bologna, 1999, p. 33.

² Di contro, con la locuzione "Stato multiculturale" non si intende alludere ad un nuovo tipo della forma di Stato, precisamente caratterizzato anche dal punto di vista organizzativo e dei principi fondamentali che vi sottendono, da declinare nel contesto dello sviluppo storico delle forme di Stato –da quella liberale a quella democratico-sociale; né da evocare in contrapposizione a realtà ordina-

Nondimeno, quello dello Stato multiculturale, nel senso in cui qui viene inteso, è avvertito criticamente come una deriva dell'esperienza sociale, in quanto in esso, accanto a modelli di vita "normali" (in quanto tradizionali), compaiono forme organizzative diverse, ad es., della vita familiare, si reclamano diritti contro condotte o pretese maggioritarie, si genera in fine una domanda politica nuova, anche di cambiamento istituzionale.

Tutto ciò sembra evidenziare, in buona sostanza, una perdita di forza responsiva della Costituzione. Soprattutto, però, ad entrare in crisi è l'idea di Costituzione quale stigma di identità collettiva, "luogo dell'amicizia" costruito sulla "condivisione di un *ethos* comune"³, giacché i presupposti comunitari su cui tale percezione sembra ineludibilmente basarsi – omogeneità culturale, matrice etica comune, etc. – appaiono di fatto, se non del tutto venuti meno, certamente in una fase recessiva, al punto che sovente i diritti fondamentali sono branditi come armi a difesa di specifiche soggettività culturali.

2. *L'interpretazione della Costituzione tra approccio assiologico e approccio giuridico-formale.*

In un saggio di qualche tempo fa, *Peter Schneider* affermava che la problematica dell'interpretazione costituzionale ma, più in generale, dell'interpretazione del diritto, sta nel fatto che occorre ammettere l'esistenza di una divergenza tra l'espressione normativa, la prescrizione, cioè, e la sua reale portata deontica⁴. Con ciò si confermava l'insufficienza del ricorso al solo metodo dell'interpretazione letterale per ben comprendere la capacità regolatrice delle disposizioni costituzionali. Considerazione ovvia, potremmo dire, tenendo ben presente la struttura necessariamente "elastica" che in generale presentano tali disposizioni⁵.

L'interesse che suscita tale riferimento non sta tanto, dunque, nell'ammissione della forza espansiva dei predicati normativi della Costituzione, – del resto, evidente nelle linee evolutive della giurisprudenza costituzionale⁶ – quanto soprattutto nella consape-

mentali –es: lo Stato di sicurezza, lo Stato di prevenzione- modellatesi in senso giuridico-positivo sulla base di legislazioni ispirate in modo assolutamente peculiare dal perseguimento di determinate istanze o –come lo Stato di giurisdizione- descrittive di una sostanziale prevalenza di ruolo di poteri di garanzia rispetto agli altri.

³ Così, G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 103.

⁴ P. Schneider, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in *VVDStL*, Heft 20, Berlin, 1963, p. 5.

⁵ L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 27 ss.

⁶ Al riguardo, valga anche quanto espresso anche dal *Bundesverfassungsgericht* circa la struttura compositiva della Costituzione, che non può limitarsi alla sola dimensione prescrittiva (principi e regole) ma giunge a comprendere –e, così, ad integrare in sé- anche i principi guida morali (*Leitideen*) che vi sottendono e che consentono di determinare in unità il complesso delle sue disposizioni (BVerfGE, 2, 380 ss.).

volezza (resa manifesta in questo saggio di *Schneider*) dell'importanza del ruolo dell'interprete nel connotare i contenuti reali della disciplina costituzionale. Decisivo, infatti, è l'angolo di visuale che quest'ultimo assume -il valore assiologico o meno della Costituzione- nell'orientarne l'attività interpretativa condizionando, così, senso e portata reale della regola costituzionale.

Ad una siffatta opzione metodologica sottende, pregiudizialmente, la scelta a favore dell'una o dell'altra tra opposte visioni e teorie della Costituzione, in particolare, tra quella propria del positivismo giuridico (la Costituzione intesa in senso formale, quale atto-fonte) e, all'interno di questo filone, delle sue diverse declinazioni possibili⁷; e quella, invece, riconducibile al filone del "(ne-o)costituzionalismo" (la Costituzione percepita in senso assiologico, come catalogo di valori).

Il peculiare rilievo dato alla distinzione tra la lettera della disposizione ed il suo contenuto normativo rende evidente come sia elemento costante (*proprium*) del processo interpretativo l'esistenza di una connessione causale tra momento soggettivo (la posizione dell'interprete) e momento oggettivo -l'attività interpretativa- ai fini della determinazione normativa del dettato costituzionale⁸.

In un tal modo di svolgersi del processo interpretativo un decisivo rilievo di fatto sembra assumere il momento soggettivo della "precomprensione" (*Vorverständnis*)⁹. Tale momento risulta valorizzato in particolare nell'ottica di una prospettiva assiologica della Costituzione, intesa come "*complesso di valori e di principi consensualmente posti (=diritto positivo) da una determinata società quali fattori giuridici di identità collettiva...* (corsivo dell'A.: n.d.r.)"¹⁰, da cui deriva la sua specialità di atto diretto a produrre l'"unificazio-

⁷ Al riguardo, cfr. per tutti W. Ott, *Der Rechtspositivismus*, Berlin, 1992, *passim* (ma part. p. 32 ss.), che analizza le diverse interpretazioni e teorie del positivismo giuridico.

⁸ Sui connotati specifici dell'interpretazione costituzionale cfr., tra gli altri, K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, 20^a Aufl., Heidelberg, 1999, p. 20 ss., che la configura essenzialmente come attività di concretizzazione della Costituzione (part. p.24 ss.). Inoltre, in chiara polemica con l'idea di interpretazione del positivismo giuridico, cfr. A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in www.costituzionalismo.it

⁹ ...cui chiaramente alludono tanto il pensiero filosofico di *Heidegger* quanto, soprattutto, quello di *Georg Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, Band 1, 6^a Aufl., Tübingen, 1990, part. p. 281 ss. (ma, con riguardo specifico all'ermeneutica giuridica, p. 320 ss., ove si critica ogni impostazione "oggettiva" dell'attività interpretativa del giudice ((p.335: "*Die Idee einer vollkommenen Rechtsdogmatik, durch die jedes Urteil einer bloßer Subsumtionsakt würde, ist unhaltbar*")). Sul valore della precomprensione, cfr. anche J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, part. p. 9 ss.

¹⁰ Come ha avuto a precisare *Antonio Baldassarre*, in ciò si risolve il senso proprio del "costituzionalismo" -in opposizione al positivismo giuridico- e della "costituzione" in quanto "norma fondamentale" radicata oltre che "nelle forze sociali e politiche", "nella cultura costituzionale diffusa tra esse". V. A. Baldassarre, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3251 ss., part. p. 3263 ss. (in part. p. 3275).

ne, fondazione e stabilizzazione delle strutture politico-sociali”¹¹ e, al tempo stesso, a sviluppare il senso di appartenenza della comunità statale¹². Alla Costituzione spetta, perciò, di fissare i principi fondamentali nella costruzione dell’unità politica e nella realizzazione dei compiti dello Stato¹³, definendo i presupposti basilari per lo sviluppo del “processo di cooperazione consapevole, programmata ed organizzata” tra lo Stato e la comunità sociale¹⁴.

Si tratta, quella appena riportata, di una configurazione che evoca, quanto meno nelle premesse argomentative, l’originaria impostazione smendiana della Costituzione quale volano dell’integrazione sociale¹⁵. In ogni caso, nel pluralismo delle definizioni che la caratterizzano in senso assiologico -alternativamente, come decisione fondamentale¹⁶, manifestazione di unità collettiva di formazione della volontà politica e di decisione¹⁷, presupposto e, nel contempo, meccanismo propulsivo per la costruzione dell’unità politica statale- si individua, quale denominatore comune, la presenza di una componente “passionale”, accanto a quella razionale, nel terreno in cui la Costituzione affonda le sue radici¹⁸.

3. Costituzione e teoria dei “valori”: profili critici.

Il transito verso una Costituzione orientata secondo valori rappresenta l’esito di un processo storico che ha registrato, come dato corrispettivo, un progressivo declino della prospettiva positivista, ritenuta -a torto o a ragione- in qualche modo funzionale alla legittimazione in chiave giuridica del regime nazista (A).

¹¹ V. ancora G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 73

¹² G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 87.

¹³ K. Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 10 ss. Alla Costituzione spetta allora di definire “*die Leitprinzipien, nach denen politische Einheit sich bilden und staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen*” (§1, Rn.17). Essa regola il procedimento per il superamento dei conflitti all’interno della comunità, di regolare l’organizzazione e il procedimento di formazione dell’unità politica e dell’agire statale. In fine, crea i fondamenti e regola i tratti essenziali dell’ordinamento giuridico complessivo (§1, Rn.17). Si tratta, a ben vedere, di una rappresentazione funzionale del concetto di Costituzione che sembra mostrarsi in ultima analisi “neutro” rispetto alla geografia degli interessi e delle componenti sociali che animano la dialettica sociale. Obiettivo e funzione ultima della Costituzione sarebbe, dunque, l’apprestamento delle regole/principi per stabilizzare il processo di creazione dell’unità politica dello Stato, presupposto e condizione dell’esistenza stessa di quest’ultimo.

¹⁴ Così, H. Heller, *Staatslehre*, 6^a Aufl., Tübingen, 1983, part. p. 281 ss..

¹⁵ R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3^a Aufl., 1994, in part. p. 75 ss..

¹⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5^a unveränderte Aufl., Berlin, 1970, p. 23 ss.

¹⁷ Secondo Hasso Hofmann, infatti, la Costituzione “*ist nicht nur Konsenspapier, Integrationssymbol und Abwägungsdirektive. In erster Linie konstituiert sie eine kollektive Einheit politischer Willensbildung und Entscheidung*“. *Sie formt zu diesem Zweck eine Organisation, verleiht Zuständigkeiten und etabliert Verfahren. Sie strukturiert auf diese Weise die politischen Prozesse und gibt ihnen einen Rahmen.*“. H. Hofmann, *Wesen der Verfassung*, in *JöR*, 51 (2003), p. 14.

¹⁸ V. ancora G. Zagrebelsky, *loc. ult. cit.*, p. 82.

Nondimeno, il percorso che ha condotto all'esaltazione della natura identitaria della Costituzione, rivelata dal catalogo di principi/valori che essa reca in sé come parte irretrattabile della sua identità storica, non è apparsa (e, per certi aspetti, non appare tuttora) priva di asperità, sul piano tanto teorico quanto dogmatico, riconducibile in generale alla incertezza riguardante la portata dei valori quale categoria giuridica.

Non sono sopite, in proposito, le critiche fondate sul rilievo che i valori si manifestano come un dato dell'esperienza, una realtà effettuale –una “categoria del valere” (*Kategorie des Geltens*) direbbe Ernst Wolfgang Böckenförde¹⁹– e come tali, essi non sono in grado di tradursi in imperativi deontici e nemmeno di favorire una stabilizzazione dell'ordinamento giuridico²⁰.

E' stata anche rilevata, per altro verso, l'estrema variabilità prospettica di un pensare secondo valori”, dalla teoria soggettivistica, di stampo neokantiano, a quella “obiettiva” che connette i valori ad una forma di conoscenza irrazionale²¹.

Il cammino della teoria dei valori costituzionali, che oggi appare comunque dominante nel pensiero degli interpreti della Costituzione, a cominciare dall'indirizzo della giurisprudenza costituzionale, si rivela in ogni tempo non del tutto agevole, oltre che poco lineare nel suo sviluppo. Tale teoria presta il fianco, tra l'altro, all'obiezione di avere nella sostanza attenuato, se non riconvertito, le implicazioni assiologiche del costituzionalismo di stampo liberale²², in particolare per ciò che concerne la distinzione/separazione tra diritto e morale, sminuendo di importanza la percezione dello

¹⁹ E.-W. Böckenförde, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes – eine Grenzbe-griff des Verfassungsrechts*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., 1991, p. 112. Conforme, sul carattere effettivo del valore, come prodotto dell'esperienza, v. anche A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, part. p. 431 ss.

²⁰ E.-W. Böckenförde, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, cit., („sie be-zeichnen ... einen vorhandenen oder postulierten Konsens, vermögen ihn aber nicht aus sich zu begründen“).

²¹ secondo le posizioni espresse, rispettivamente, da Max Scheler e Nicolai Hartmann come richiamate da E.-W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M., 1991, p. 67 ss. (in part., p. 73 ed. ivi, nota 15 per i riferimenti bibliografici).

²² Nel contesto storico ispirato, filosoficamente, dalla tensione tra il razionalismo illuminista di Kant e l'idealismo hegeliano, alla Costituzione era assegnato il (li-mitato) compito di fondazione del nuovo ordine caratterizzato, in ultima analisi, dal principio di libertà. In tale contesto, il senso proprio della Costituzione quale presupposto e base per l'esercizio del potere legittimo (e perciò limitato...) è senz'altro riflesso nei contenuti dell'art. 16 della *Declaration* del 1789 (“Uno Sta-to in cui non è assicurata la divisione dei poteri ed il riconoscimento dei diritti fondamentali, non ha una Costituzione”), che lo delimita entro il (oggi diremmo limitato...) spazio dei rapporti organizzativi tra lo Stato –*rectius*: il potere pubbli-co- ed i cittadini, al cui esterno vive, invece, lo spazio indefinito e, per certi a-spetti, non regolato, della comunità/società (*Gemeinschaft/ Gesellschaft*). Conforme, cfr. anche J. Isensee, *Tabu im freiheitlichen Staat*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2003, p. 36 ss.

Stato di diritto inteso essenzialmente come “*Hüter des Rechts als der Rahmenbedingung der Freiheit*”²³.

4. *I valori nella Costituzione italiana e la loro forza assiologica: l’auspicio (politico) di una Costituzione “aperta”.*

La teoria dei valori, in ogni caso, rappresenta il fondamento storico-filosofico e spirituale su cui riposa la descritta natura identitaria della Costituzione repubblicana del ’48 (ma il discorso vale, in generale, per tutte le Costituzioni del II dopoguerra...) riflessa, così, nel profilo propriamente culturale dei suoi contenuti, espressione dell’*ethos* comune del popolo²⁴. Tali valori, pertanto, si pongono alla base dell’integrazione politica e rivelano all’esterno la condizione di omogeneità sostanziale del popolo stesso, che lo qualifica come realtà unitaria e lo distingue dagli altri popoli e nazioni²⁵.

Ben oltre la portata giuridico-formale delle singole formule prescrittive i valori definiscono, così, nel loro insieme, “i termini che segnano il terreno di ciò che ha cittadinanza” nell’ordinamento statale, determinano i “criteri selettivi delle azioni e delle istituzioni umane, di quelle accettate e di quelle rifiutate”²⁶.

In tal modo, affrancata da un’accezione meramente formale che la configura come super-legge, fonte suprema dell’ordinamento giuridico dello Stato, “ma pur sempre una legge”²⁷ e nutrita, invece, di contenuti sostanziali che attingono alla storia e alle passioni di una comunità, la Costituzione si erge a “medio dell’integrazione” sociale²⁸, fonte di unità politica in virtù della generale (e, data la portata identitaria, inevitabile...) condivisione delle sue norme di principio. Essa segna, corrispondentemente, uno spazio normativo “aperto” a processi di inclusione nella misura in cui si proceda per adesione ai suoi principi/valori.

Siffatta rappresentazione assiologica della Costituzione è figlia di una naturale processo storico nel quale un ruolo decisivo ha

²³ In questo senso, non è del tutto incongruo rinvenire nella connotazione hegeliana della filosofia del diritto il fondamento ultimo di una Costituzione che si rappresenta come “*verinnerlichte und gelebte Ordnung*”, la quale “*fällt mit dem Verfassungsbewusstsein der Bürger zusammen und hat Realität nur als dieses Bewusstsein*”. Al riguardo, cfr. U. Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, in *VVDStRL* 67 (2008), p. 57 ss., part. p. 86.

²⁴ “La Costituzione, nel senso attuale, è un prodotto artificiale, un insieme di norme che si decide di scrivere in un documento che porta questo nome. *Ma diventa davvero Costituzione se si incarna nella storia viva di un popolo e diventa parte costitutiva della sua cultura*” (corsivo mio: n.d.r.): così, ancora G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 82.

²⁵ Si tratta di un’accezione dell’idea di omogeneità che finisce per avere molti punti in comune con la visione schmittiana della Nazione (*Verfassungslehre*, unveränd. Neudrucke 1954, part. p. 376 ss.)

²⁶ *Ibidem*, p. 94.

²⁷ V. ancora G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 68.

²⁸ Ancora, J. Isensee, *op. ult. cit.*, p. 48.

svolto l'esigenza di ancorare l'esperienza giuridica ad un paradigma etico-sostanziale personalistico, così da scongiurare il rischio di rinascita di nuove ideologie totalitarie. Ciò passava anche per il superamento della classica impostazione dottrinale positivista che aveva finito in qualche modo per offrire un sostegno legittimativo alle leggi del passato regime.

Così, la descritta impostazione assiologica ha concorso progressivamente, a scardinare l'impianto del vecchio Stato liberale di diritto, fino a produrre in ultima analisi una vera e propria costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico dello Stato²⁹.

In tale rappresentazione, un posto di assoluto rilievo occupa il "popolo" quale titolare del potere costituente in cui si condesa – per dirla con le parole di *Carl Schmitt* – "la decisione politica fondamentale" su cui poggia l'intero ordinamento giuridico³⁰. Esso è percepito come un soggetto unitario e necessariamente omogeneo che, oltre alla comunanza di lingua e religione, si riconosce nella condivisione comune di passioni, tradizioni e sentimenti che emergono e sono trasfusi nel processo di nascita della nuova Costituzione. Un tanto spiega la relazione causale esistente tra forza normativa e forza assiologica della Costituzione, nella quale sono riversati, in una forma giuridica appropriata, anche i contenuti del *pactum societatis*, secondo l'ottica propriamente contrattualistica³¹. In tale caratterizzazione sostanziale della Carta trovano conferma, in ultima analisi, anche le premesse ideologiche del comunitarismo "conservativo"³² che assume a presupposto della Costituzio-

²⁹ G. Folke Schuppert/C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, *passim* ma part. p. 24 ss.

³⁰ C. Schmitt, *Politische Theologie*, 8^a Aufl., Berlin, 2004, part. p. 16.

³¹ Con la nascita dello stato costituzionale di diritto, che filtra attraverso vicende storiche cruente e dolorose, quali l'esperienza dei regimi fascista e nazista, alla concezione liberale del costituzionalismo, fondata essenzialmente sull'affermazione dei diritti civili come libertà "dallo" Stato, si affianca la progressiva valorizzazione dell'idea di persona e della sua irretrattabile e non negoziabile dignità. In un siffatto contesto ordinamentale, i principi fondamentali della Costituzione progressivamente declinano sul piano di valori, espressione del sostrato etico-culturale della stessa comunità sociale, ponendosi alla base del nuovo patto costituzionale da cui deriva l'unità (anche) politica dello Stato. Così, è la natura stessa dello Stato di diritto a subire una sostanziale trasformazione giacché con l'affermazione del principio democratico quale principio organizzatore fondamentale degli ordinamenti giuridici statali sempre più trascolora la linea di confine che separa lo Stato dalla società e che aveva caratterizzato l'esperienza del costituzionalismo ottocentesco ... In un tale contesto, infatti, connaturate all'idea di Costituzione sono anche quelle, rispettivamente, di una comunità di cittadini caratterizzata secondo una specificità etico-culturale; e la percezione del fondamento dei valori costituzionali in tale specificità che vale, a caratterizzare nella sostanza l'atto fondamentale, rispetto ad ogni altra fonte normativa.

³² Ciò sottintende, peraltro, la sostanziale inadeguatezza della rappresentazione che della comunità offrono i dettami del cd. "comunitarismo conservativo", che ne esalta la natura omogenea generata dalla matrice etnico-culturale comune. Al riguardo, cfr. W. Brugger, *Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes*, in *AöR*, 123 (1998), p. 337 ss., part. p. 346 ss., ed, ivi, i rilievi critici

ne, sul piano storico e sociologico, l'esistenza di una comunità tendenzialmente chiusa, da cui trae consistenza, in ultima analisi, il riferimento ad un principio di Giustizia (*Gerechtigkeit*) quale fattore determinante per l'effettivo manifestarsi dell'istanza solidaristica all'interno della stessa comunità. In esso verrebbero a confluire tanto l'affermazione del principio di eguaglianza come limite all'esercizio della discrezionalità legislativa quanto, anche, l'estensione al campo dei diritti sociali dell'agire pubblico, in fine, in un senso più strettamente formale-organizzativo, la imputazione del potere di decisione ad organi che, per struttura e composizione, appaiono idonei ad esercitarlo³³.

D'altra parte, una lettura in chiave assiologica dei principi costituzionali è posta a base, sostanzialmente, anche della prospettiva integrazionista facente capo, principalmente, al pensiero di *Rudolf Smend*³⁴. Ed, invero, la forza della Costituzione di agire quale volano dell'integrazione sociale, di una integrazione percepita, tuttavia, come superamento delle diversità in favore della coesione sociale e culturale (leggi: omologazione) veniva affermata soprattutto come esigenza di recupero della consapevolezza (e di una dignità..) di essere, quello tedesco, un "popolo". Nondimeno, la forza integratrice della Costituzione intanto avrebbe potuto affermarsi nella realtà in quanto in quest'ultima fossero trasfusi i valori propri della comunità statale.

5. *Multiculturalismo e Costituzione: profili problematici.*

Sulla base delle premesse finora esposte, sembra chiarirsi meglio lo sfondo problematico che sottende la "questione" del multiculturalismo, quanto meno dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale.

Scriva *Gustavo Zagrebelsky* che "il multiculturalismo è effettivamente diventato una sfida alla convivenza tra gli esseri umani di portata globale"³⁵. Esso è sovente avvertito dalle comunità statali come un'insidia o una minaccia alla loro integrità, alla stessa conservazione dell'*ethos* comune, contro la quale occorre difendersi. Dai più ottimisti si ritiene che la natura della Costituzione come modello culturale aperto all'inclusione, fondamento di un comune senso di appartenenza tra chi intenda aderire ai suoi valori, rappresenta in ogni caso la più feconda risorsa per ridurre al minimo lo spazio della differenziazione, e favorire anche l'integrazione degli stranieri extracomunitari. Insomma, soltanto dalla prospettiva assiologica può derivare un'offerta di inclusione che si rende

mossi a tale teoria anche con riguardo agli sviluppi in senso multiculturale delle società (pp. 348/349).

³³ Cfr., al riguardo, in particolare BVerfGE, 68, 1 ss., part. p. 86.

³⁴ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig, 1928, part. p. 56 ss.

³⁵ G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 111.

concreta, quindi, attraverso l'adesione al progetto culturale della Costituzione.

Tale prospettiva, che indirizza l'analisi verso la ricerca di possibili equilibri e bilanciamenti tra la pluralità dei valori costituzionali al riguardo concorrenti, rilancia l'attenzione su alcune pregiudiziali di fondo, di ordine anche epistemologico, del dibattito, da cui possono scaturire spunti ricostruttivi per una più adeguata analisi della questione multiculturale.

Occorre chiedersi, in primo luogo, quanto in un contesto sociale che registra sensibili mutamenti nella struttura soggettiva, conservi integra la sua attualità, sul piano dell'analisi scientifica, il riferimento alla Costituzione quale atto di identità collettiva. Se, invece, il presupposto di una percezione assiologica e culturalmente orientata della Costituzione non si riveli di fatto come un deterrente alla integrazione sociale e, perciò, debba essere fatto oggetto di un'attenzione più critica, soprattutto ai fini di una corretta percezione della relazione ultima tra la stessa Legge fondamentale e lo Stato multiculturale.

Merita rilevare, in primo luogo come secondo *Habermas* una lettura in chiave assiologica della Legge fondamentale non sembri conciliarsi con una visione specificamente etnocentrica del popolo, configurato come comunità di *Volksgenosse*. Di contro, essa ben si compone con un'idea di Nazione non connotata in senso etnico (*"die geborene Nation der Volksgenosse"*) ma idonea a rispecchiare l'appartenenza culturale, costruita sulla comune condivisione dei valori costituzionali³⁶, sul "patriottismo costituzionale"³⁷, secondo la prospettiva elaborata dallo stesso *Jürgen Habermas* e ripresa anche da *Erhard Denninger*³⁸.

Insomma, quel *"wir sind wir"*³⁹ in cui, un po' enfaticamente, si vuol sintetizzare l'identità etica di una Costituzione andrebbe inteso in modo flessibile, in ogni caso spogliato di ogni connotazione etnica. Il richiamo alla nazione "voluta" (*die "gewollte Nation"*) postula, infatti, una dimensione rinnovata dell'idea di popolo quale soggetto unitario, irriducibile tuttavia ad una realtà chiusa e impenetrabile alle ragioni dell'identità culturale.

In quest'ottica, la materia dei diritti fondamentali, -nella quale, per una sorta di attrazione funzionale, finisce per essere compreso anche il principio dell'eguaglianza- rientra senz'altro tra quelle idonee a misurare ed (eventualmente) sviluppare in prima

³⁶ In tutta onestà, non credo che un cittadino italiano per nascita, che ha sempre vissuto in un altro Paese o che da tempo comunque vive all'estero, abbia più diritto a partecipare alla vita politica del Paese di quanto non lo abbia uno straniero che da tempo regolarmente risiede e lavora in Italia.

³⁷ Conforme, v. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., 1996, p. 7 ss.

³⁸ Così v. E. Denninger, *"Die Rechte der Anderen" Menschenrechte und Bürgerrechte im Widerstreit*, in *KJ*, 3/2009, p. 226 ss., part. p. 232 ss.

³⁹ La formulazione è ripresa da J. Isensee in *Tabu im freiheitlichen Staat*, München Paderborn, München, Wien, Zürich, 2003, p. 81 (citando, in tal senso, Roellecke).

battuta la forza della Costituzione –*rectius*: della sua proposta culturale. Ciò in quanto tali diritti sempre sono declinati anche come valori e, anzi, la loro forza identitaria viene a rifluire in una dimensione più globale, di cui costituisce un chiaro sintomo anche l'esperienza di una progressiva positivizzazione⁴⁰ dei diritti umani attraverso il diritto internazionale pattizio. Tale processo, pur non fondandosi su premesse giusnaturalistiche che si riportano a leggi di causalità oggettiva⁴¹, aspirerebbe comunque a rifletterne gli esiti nella pretesa di una garanzia di rispetto e tutela assoluti di tali diritti, anche ai fini della preservazione del bene giuridico della pace⁴².

6. *Dal 'mito' dei valori alla effettività delle esperienze costituzionale e sociale: un quadro che si complica...*

E' un dato, tuttavia, che, ben oltre descrizioni idilliache di un universo giuridico dominato dall'effettività di tali diritti, la loro giuridica affermazione, soprattutto la pretesa di un rispetto generalizzato degli stessi da far valere innanzi ad autorità giurisdizionali rappresenti un'aspirazione allo stato ancora lontana dal trovare pieno compimento. Si tratta invece di un percorso in via di svolgimento, costellato di incertezze e arretramenti imputabili a reticenze politiche circa una tutela assoluta dei diritti umani anche contro il principio di sovranità dello Stato sul proprio territorio e nei confronti della propria comunità dei cittadini. Lo stesso processo di integrazione comunitaria, giunto oggi ad una fase di "svolta", evidenzia ancora forti resistenze che ne ostacolano il compimento nella forma di un vero e proprio ordinamento federale sovranazionale.

⁴⁰ ... a partire dalla storica Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre del '48, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in fine, alla Convenzione di Strasburgo del 1992, sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale (solo per citarne alcuni) si tratta di un edificio normativo imponente, che prefigura il riconoscimento giuridico e l'osservanza dei diritti umani come una regolarità della cultura giuridica occidentale, divenuta ora di respiro universale. Peraltro, in premessa di un tale processo di acculturamento è senz'altro la volontà e la consapevolezza di scongiurare il ripetersi di tragedie umane come quelle provocate dai regimi, nazista e fascista, nei confronti della dignità dell'uomo. Peraltro, di una vaghezza della dizione "diritti umani" parlava N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 9.

⁴¹ Peraltro, l'„illusione“ circa un fondamento assoluto e/o naturale dei diritti umani (l'illusione cioè che, a furia di accumulare e vagliare ragioni ed argomenti, si finirà per trovare la ragione e l'argomento irresistibile cui nessuno potrà rifiutare di dare la propria adesione), era sottolineata ancora N. Bobbio, *op. ult. cit.*, p. 6 (ma v. anche p. 11 ss.).

⁴² Nemmeno pare che esso consegua al prevalere della prospettiva del comunitarismo universale (o egalaritario), ove è premiata la rappresentazione dell'uomo singolo e della sua autonomia, che poggia su una generale (*id est*: naturale) e, perciò, „universale“ attitudine di ragione (*Vernunftbegabung*), in modo che egli è in grado sempre di decidere per sé in maniera avveduta: cfr. W. Brugger, *Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes*, in *AöR*, 123 (1998), p. 337 ss., part. p. 349 ss.

Per altro verso, quello dei diritti rappresenta, oltre che il tessuto giuridico indefettibile di ogni assetto statale democratico⁴³, il linguaggio comune interordinamentale attraverso cui si rendono riconoscibili affinità e differenze, anche culturali. Esso, pertanto, diviene il terreno principale e, forse, più fecondo per avviare nello Stato multiculturale la ricerca di “rinnovate coerenze” o per promuovere “nuove cittadinanze”, in ultima analisi per favorire la creazione di “diversi sensi comuni”⁴⁴, sollecitati dalla domanda di integrazione dell’ “eterogeneo”, del “diverso”. Ciò, anche se tale terreno si configura di fatto come quello sul quale più di ogni altro si registra il conflitto tra dinamiche interne alla società pluralista, riferibili, rispettivamente, alla tutela delle diversità e all’affermazione dell’identità culturale maggioritaria. La generale consapevolezza che tali diritti rappresentano il presidio a tutela di ogni pretesa soggettiva che in essi possa trovare un legittimo fondamento giuridico sembra in grado, in principio, di realizzare *medio tempore* un effetto “integrativo” in quanto giunge ad accrescere, in ultima analisi, il senso generale di affidamento nella Carta costituzionale come riferimento comune della complessità sociale.

7. La dimensione assiologica della Costituzione come prospettiva politica: un disegno irrealizzato nello Stato multiculturale ?

Tutto quanto considerato, può forse trarsi la conclusione che le dinamiche generate dall’avvento della società multiculturale non sono in grado di generare effettivamente ombre di dubbio sulla persistente attualità della lettura assiologica della Costituzione, nel quadro, in ogni caso, della preservazione dell’unità politica dello Stato. Anzi, il problema dello Stato multiculturale parrebbe alla fine destrutturarsi risolvendosi, in buona sostanza, nella questione della forza attrattiva dei valori costituzionali, intesa come capacità degli stessi di provocare adesione. Di contro, solo alla luce della Costituzione per valori si svelerebbe l’aberrazione di ogni prospettiva etnocentrica, in grado di pregiudicare o dimezzare, in ultima analisi, il senso stesso dell’unità politica dello Stato*.

In tal senso, nessun rilievo costituzionale parrebbe assumere la questione del multiculturalismo, assorbita invece nella perfezione euclidea di un sistema di valori in grado di assicurare sempre

⁴³ Tanto traspare anche dalle parole di Reinhard Müller, definite “ottimistiche e idealistiche” da Erhard Denninger...), secondo cui nessuno Stato potrà resistere a lungo in un mondo globalizzato qualora negasse il rispetto dei diritti umani (“...der normative Anspruch einer Verfassung nichts ist, was dieser gleichsam von Natur her, aus einem angenommenen Wesen oder Begriff der Verfassung heraus, beigegeben ist. Er ist vielmehr wesentlich ein Konstrukt, das Resultat einer Zuschreibung, und jede Zeit, jede politische Ordnung, auch jede Wissenschaft formt ihn nach ihren Vorstellungen und Bedürfnissen ändern. Gerade der normative Anspruch des Grundgesetzes hält heute keinen Vergleich mit der Zeit seiner Entstehung mehr aus”: così, v. ancora U. Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, cit., p. 62.

⁴⁴ G. Zagrebelsky, op. ult. cit., p. 95.

l'equilibrio e l'armonia sociale. Ma in realtà non è così e a riprova di ciò basti il riferimento alle veementi discussioni che animano il confronto politico su temi "caldi", quali, l'allargamento del diritto di voto ai non cittadini, la riforma della legge sulla cittadinanza, etc. Tanto, unitamente a questioni sensibili, quali, ad es., la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, rivelano in generale una percezione in chiave problematica delle novità legate al multiculturalismo, tutt'altro che esterne ed estranee alla sfera del diritto costituzionale. A venire in discussione è, in primo luogo, la effettività del principio democratico, nella misura in cui larghe componenti della sfera sociale risultino private dei diritti di partecipazione politica circoscrivendosi, così, in modo dubbio la dimensione del popolo titolare della sovranità, senza tenere in alcuna effettiva considerazione l'adesione o meno degli aspiranti cittadini alla Costituzione ed ai suoi principi.

Tanto produce inevitabilmente un impatto negativo anche sull'effettività del principio solidari sta, di cui sovente risulta esaltato il nesso funzionale con la dimensione propriamente comunitaria (leggasi: culturalmente omogenea) della società civile*.

8. I principi/valori costituzionali secondo una prospettiva giuspositivistica.

Ora, sull'idea che la Costituzione contenga statuizioni di valori -come ha detto anche *Guastini*- "non si può che concordare"⁴⁵. Ciò non necessariamente implica che tale consapevolezza diventi la ragione esclusiva o dominante al fine di intendere e interpretare la Costituzione. Proprio un profilo che è apparso fin qui meno o poco considerato attiene alla consapevolezza che la funzione di creazione (e conservazione) dell'unità politica dello Stato, riconosciuta come propria della Costituzione, investa in modo diretto la relazione fondamentale tra Costituzione e Stato, per ciò che attiene in particolare alla titolarità del potere sovrano. Sembra che il richiamo ai valori costituzionali non sia in grado di offrire al riguardo argomentazioni convincenti. Se, infatti, tale sistema richiede, a fini inclusivi, un'adesione - ciò che, sia detto per inciso, non può significare, in una Costituzione che tra i suoi valori reca anche quello pluralista, rinuncia corrispettiva alla originaria identità culturale da parte degli "inclusi", tanto meno retrocessione di questa al rango di "sub-cultura"- tale adesione da sola non può bastare a determinare il compimento del processo di inclusione. Resta ancora irrisolto, infatti, il nodo (più importante e decisivo) della integrazione politica, possibile soltanto attraverso una apertura dei processi partecipativi anche agli immigrati.

Ma l'attitudine all'inclusione, ritenuta una prerogativa della ns. Carta repubblicana, per mostrarsi effettiva e trovare, così,

⁴⁵ Così, R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 4 (lo stesso lavoro puoi vederlo ora anche in *Giur. cost.*, 2007, p. 1373 ss).

compimento in una educazione generalizzata al patriottismo costituzionale, quale espressione di appartenenza all'unità politica dello Stato, non può che rivelarsi nella forza giuridica delle prescrizioni costituzionali di principio di favorire scelte politiche favorevoli all'attribuzione della titolarità dei diritti politici anche ai nuovi inclusi, così come, per converso, di avversare decisioni che, arbitrariamente limitando il riconoscimento dello *status* di cittadino, possano infirmare l'effettività di principi costituzionali.

Deve convenirsi, in altre parole, sull'assunto che il processo di integrazione nello Stato democratico e pluralista interferisce con i caratteri dell'istanza democratica e, dunque, con gli equilibri della relazione fondamentale: Costituzione- Stato- sovranità. Esso, pertanto va inteso principalmente come un obiettivo funzionale che investe in pieno la sfera dei diritti politici. È, infatti, soprattutto dal punto di vista della adeguatezza delle forme di partecipazione politica che il multiculturalismo assume peculiare rilievo in relazione al paradigma dell'unità politica dello Stato.

A questo punto, occorre meglio precisare in cosa esattamente possa farsi consistere, dal punto di vista giuridico-positivo, la richiamata attitudine inclusiva della Costituzione nella soluzione di siffatta questione. In particolare, occorre chiedersi se dalla stessa emerga uno specifico concetto di popolo che valga ad orientare le scelte legislative in materia di cittadinanza e/o di concessione dei diritti politici (ma i due profili non mi sembrano plausibilmente scomponibili)⁴⁶, ad es., limitando le proprietà attributive dello *jus soli*⁴⁷. Insomma, occorre verificare, alla stregua del dettato costituzionale sia congruo inferire una dimensione giuridica (ed, eventualmente, quale) di concetti quali, "forza inclusiva", "Costituzione quale modello culturale aperto", e via dicendo.

9. Partecipazione politica, integrazione multiculturale e razionalità del diritto. Una suggestione poco ... suggestiva.

Con riferimento al primo interrogativo, va considerato preliminarmente come l'accoppiamento storico del concetto giuridico di

⁴⁶ Va rilevato che tanto S. Staiano (*op. cit.*, p....), quanto Er. Denninger (*op. cit.*, p...) considerano quello della cittadinanza europea come un importante segno della praticabilità del suddetto scoppimento tra cittadinanza e diritti politici. In ogni caso, a mitigare la portata della cittadinanza europea è lo stesso Tribunale costituzionale tedesco, quando sottolinea tra l'altro che da tale cittadinanza non si genera un "popolo" europeo inteso quale soggetto unitario, quale titolare di un potere costituente (BVerfG, Beschl. II Senat del 30.6.2009 Rdn. 347 ss.: "*Die bereits durch zurückliegende Vertragsänderungen in das Primärrecht eingefügte Unionsbürgerschaft bleibt ein abgeleiteter und die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit ergänzender Status*": Rdn. 348).

⁴⁷ L'interesse al compiersi di un tale esito andrebbe meglio considerato e valutato, nell'ottica del diritto costituzionale, in relazione alla tenuta ed al rafforzamento dell'unità politica dello Stato come dell'istanza solidarista che alla prima appare comunque legata e che funge da presupposto per l'esistenza di un ordine sociale stabile. In tal senso, cfr. ancora W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, cit., p.

cittadinanza con quello di “appartenenza/soggezione” dell’individuo allo Stato sia andato nel tempo allentandosi. Come rileva, tra gli altri, *Sandro Staiano*, il discorso sulla cittadinanza translittera nel discorso sui diritti⁴⁸, senza peraltro smarrire del tutto il filo di collegamento che lo lega all’adempimento dei doveri dello Stato. A scomparire del tutto, invece, è quel senso di un’appartenenza quasi ancestrale del cittadino allo Stato, generata da ragioni legate alla comunanza di tradizione, lingua e “cultura”, che lo legava anche all’idea di Nazione “originaria”, nel senso che si è innanzi richiamato (v. *supra*).

In generale, il connotato della cittadinanza attende ad un’esigenza di distinzione –rispetto al non-cittadino– che, in termini giuridico-positivi, si misura oggi prevalentemente (o quasi esclusivamente) sul piano della partecipazione politica, riconosciuta al cittadino, alle manifestazioni di esercizio della sovranità popolare. Per ciò che propriamente attiene alla definizione dei criteri di determinazione dello *status* di cittadino quale titolare di diritti politici, in ogni caso, la Costituzione italiana non sembra offrire precisi riferimenti che valgano a far ritenere, quello dello *jus sanguinis*, il criterio necessariamente fondamentale per siffatta attribuzione. Essa sembra piuttosto esporre un concetto “formale” di popolo, inteso come il complesso di coloro che sono titolari dello *status* di cittadini, senza peraltro offrire indicazioni sul presupposto ontologico –di tipo etnico o culturale– che ne caratterizza l’identità. Spetta pertanto al legislatore ordinario di definire in termini giuridici la distinzione tra cittadini e non cittadini, secondo criteri che dovrebbero apparire ragionevoli alla stregua della supposta “attitudine inclusiva” della Costituzione.

Ciò detto, non parrebbero fraporsi, allora, limiti di natura costituzionale ad un potenziamento su base volontaria⁴⁹ della cittadinanza che ne favorisca l’acquisizione anche da parte dell’immigrato regolarmente residente nel ns. Paese⁵⁰.

Tanto, conduce all’altro versante problematico, quello relativo alla configurazione di una qualche portata normativa da riconoscere o meno al connotato dell’attitudine inclusiva della Costituzione, precisamente alla individuazione dei paradigmi non prescrittivi da cui dovrebbe evincersi una siffatta attitudine. In tal modo, sarebbe possibile far richiamo alla forza inclusiva come vincolo giuridico all’esercizio della discrezionalità legislativa e parametro di le-

⁴⁸ Staiano, *op. loc. cit.*

⁴⁹ In tal senso, insiste C. Amirante, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, XII aggiornam. Roma 2003. In merito, v. anche il (corretto) rilievo critico formulato da S. Staiano, *op. cit.*, p. 12, in ragione del fatto che tuttora risulta dominante nelle legislazioni europee che disciplinano la cittadinanza, il criterio dello *jus sanguinis*.

⁵⁰ A riprova di ciò è anche lo sforzo costante dei soggetti di governo locale per favorire, con soluzioni più o meno acconce, l’estensione anche a questi ultimi dei diritti di partecipazione politica. Sul punto, v. ancora S. Staiano, *op. cit.*. Evidenzia il profilo partecipativo come consustanziale al concetto giuridico di cittadinanza, G.U. Rescigno, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 765 ss.

gittimità per il sindacato sulla disciplina in tema di riconoscimento della cittadinanza agli stranieri immigrati.

Ora, anche a ritenere la capacità inclusiva della Carta del '48, difficilmente questa sembra in grado di assumere un'autonoma connotazione giuridica, risolvendosi piuttosto in un giudizio (politico) di sintesi sulla efficacia 'di risultato' dei suoi principi fondamentali. Dunque, una siffatta capacità, se non allude ad altro che alla forza prescrittiva formale dei singoli disposti costituzionali, che ne reclama l'osservanza da parte di tutte le fonti subordinate e si impone come norma a tutti i suoi destinatari, non può avere sul piano giuridico alcuna consistenza. Delineata come una mera inclinazione o attitudine politica dell'atto a sviluppare processi di (ri)aggregazione culturale, l'attitudine inclusiva della Costituzione non significa nulla sul piano del diritto positivo. Né sembra che mai la Corte costituzionale abbia fondato una qualche sua argomentazione, a sostegno della illegittimità di una disciplina legislativa, sull'assunto contrasto di quest'ultima rispetto all'attitudine inclusiva della Legge fondamentale.

Insomma, la forza adesiva ai "valori" della Costituzione rileva, sul piano del diritto positivo, unicamente come vincolo giuridico di osservanza dei suoi precetti. In tal senso, esso configura nulla di nuovo rispetto alla realtà della necessaria osservanza dei precetti costituzionali in quanto norme giuridiche.

Ancor meno fecondo, per il profilo che ci occupa, appare il richiamo al generale fondamento razionale del diritto⁵¹ in virtù del suo radicamento nella realtà sociale che lo rende sempre in linea con i costumi e con la coscienza collettiva. Siffatta razionalità viene fatta risalire, più in particolare, alla dimensione necessariamente comunicativa della produzione del diritto, all'essere quest'ultimo, cioè, la "*risultante discorsiva dei molteplici apporti da parte della pluralità dei soggetti, istituzionali e non, che partecipano al processo comunicativo «pubblico»* (corsivo dell'A.: n.d.r.)"⁵². Da ciò, il tentativo di ammodernamento del vecchio brocardo hobbesiano: "*auctoritas, non veritas, facit legem*", secondo una formula, certo suggestiva, ma non per questo più fondata: "*ratio, non auctoritas, facit legem*"*.

In generale, l'insistenza sul fondamento razionale del diritto – che non è certo una creazione del pensiero giuridico contemporaneo (basti pensare a *Kant* o anche ad *Hegel*) – è in grado di suscitare sentimenti contrastanti nella misura in cui alla volontà del legislatore venga a sostituirsi una "verità di ragione". Nella specie, appare evidente l'influenza della linea di pensiero habermasiana⁵³, la qua-

⁵¹ ...da cui trae spunto il tentativo di Baldassarre di riformulare l'antico brocardo hobbesiano: "*auctoritas, non veritas, facit legem* nell'altro: "*ratio, non auctoritas, facit legem*": A. Baldassarre, *Una risposta a Guastini*, cit.

⁵² Così, ancora A. Baldassarre, *Una risposta a Guastini*, cit., richiamando il pensiero di Habermas, Haeberle, Alexy e altri: pp. 3269/70.

⁵³ Naturalmente, la considerazione della "Ragione" (*Vernunft*) come concetto centrale della scienza giuridica è espressa da molti altri Autori. Tra i tanti, cfr. in

le esaltando il modello dell'agire pubblico connette a quest'ultimo conseguenze estremamente virtuose –ma, forse, proprio per questo poco credibili– dal punto di vista della razionalità del prodotto normativo, contraddicendo in ultima analisi il dogma positivistico della natura essenzialmente volontaristica del diritto⁵⁴.

Ma, a ben vedere, i problemi cominciano quando si intenderebbe meglio definire la natura di siffatta razionalità. Al riguardo, sembra che essa possa intendersi o come un dato sostanziale, riferito dunque alla qualità del prodotto normativo; o, invece, può spiegarsi unicamente come razionalità presunta, in quanto legata alla forma della produzione normativa (razionalità in senso procedurale).

Nel primo caso, tuttavia, non si comprende bene come debba intendersi, sul piano giuridico-positivo tale razionalità giacché la stessa non può declinarsi come indefettibilità dei contenuti di ogni singolo atto normativo. Il suo richiamo, infatti, non serve a smentire o a superare le antinomie esistenti o che possono crearsi all'interno dell'ordinamento giuridico statale tra le norme generate dalla pluralità di fonti. Con riguardo specifico al rapporto tra leggi e Costituzione, poi, tale discorso finirebbe per ammettere un potenziale conflitto tra "razionalità parallele" delle quali la seconda viene ad avere la prevalenza. Nel caso, invece, che la razionalità del diritto si affermi, con presunzione assoluta, come conseguenza del dato formale della pluralità dei soggetti partecipanti al processo comunicativo, sembra che tale requisito, oltre a perdere di effettiva consistenza giuridica, tenda in ultima analisi ad omologarsi, sul piano funzionale, alla logica del parlamentarismo⁵⁵.

Peraltro, anche in quest'ultima accezione l'impostazione riferita non si sottrae all'obiezione relativa alla consapevole incompiutezza degli apporti partecipativi al processo comunicativo pubblico

generale R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1983, part. p. 43 ss. (ivi richiamando anche il pensiero di M. Kriele (*Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1967, p. 227)).

⁵⁴ L'impostazione circa l'agire comunicativo di Habermas, che più in generale si riconduce alla prospettiva di un'etica del discorso –la quale attinge, a propria volta, al pensiero fecondo di K.-Otto Apel (di quest'ultimo, cfr., oltre al fondamentale *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a.M., 1990, part. p. 270 ss., anche –e più specificamente [anche in senso critico] *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?*, in AA.VV., *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a.M. 1992, p. 29 ss.) trova riferimento, principalmente, in *Theorie der kommunikativen Handelns*, Band I und II, 4. Aufl., Frankfurt a.M., 1987, (v. soprattutto, in Band II, p. 119 ss., 373 ss., 562 ss.), ma, dello stesso A., v. in proposito anche *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a.M., 1991, p. 119 ss.; *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt a.M., 1990, part. p. 326 ss.. Con toni critici verso la teoria habermasiana si esprime, ad es., Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1983, p. 134 ss.

⁵⁵ ... Con l'unica differenza che, con riguardo a quest'ultimo, il processo partecipativo resta ancorato, sotto il profilo istituzionale, ai meccanismi democratici di selezione della classe politica.

(se si fa eccezione per alcune rare presenze a dibattiti) *. Va osservato, inoltre, come l'astratta congruità del complesso degli apporti comunicativi in quanto tale a generare decisioni razionali presupporrebbe la garanzia normativa della possibilità di partecipazione attraverso, in primo luogo, la fissazione di regole autonome che si imponessero all'osservanza di tutti gli interessati (es: assicurare riconoscimento reciproco e pari dignità ad ognuno degli apporti comunicativi e ad ognuno dei soggetti che intervengono nel circuito della comunicazione) ⁵⁶.

In definitiva, la razionalità del diritto, più che evocare una realtà di fatto sembra esporre i termini di una teorica che potrebbe anche definirsi della "compiutezza democratica", in cui viene affermata l'esistenza di una relazione funzionale necessaria tra struttura della comunicazione e razionalità del prodotto normativo. L'intento è quello di ridimensionare o smentire quella natura volontaristica della decisione politico-normativa che, comunque, resta intimamente connessa –entro i limiti della coerenza costituzionale- alla essenzialità del principio democratico della forma di Stato.

Così, il contributo che alla "razionalità" del diritto come "*minimo comune denominatore nel conflitto tra visioni del mondo*"⁵⁷ è in grado di recare il processo di comunicazione pubblica⁵⁸, si risolve in un mero asserto dogmatico non adeguatamente comprovato. Di contro, l'effettiva consistenza razionale del diritto si mostra dubbia proprio in relazione alle difficoltà che si registra nel contesto della molteplicità delle posizioni, all'interno dell'attuale maggioranza parlamentare, con riguardo al tema dell'estensione dei diritti di partecipazione politica agli immigrati extracomunitari regolari. Ciò, nonostante la direttiva n.109/03 del Consiglio europeo (del 25.11.03) sullo "status di cittadini di paesi terzi che siano soggior-

⁵⁶ Un rilievo di ordine pratico merita di essere, in proposito, evidenziato: anche a concordare sulla generale razionalità del diritto –che, quando non riferita in astratto alla forma della produzione giuridica o, persino, alla natura intrinseca del diritto quale forma di ordinazione della convivenza è lungi dall'essere stata dimostrata sul piano sostanziale- non sarebbe per ciò stesso scongiurato il rischio di futuri conflitti normativi (le antinomie), soprattutto dovrebbe più chiaramente spiegarsi, alla stregua del suddetto paradigma di razionalità, i contrasti tra Costituzione e atti legislativi, sia nella forma delle violazioni del dettato costituzionale sia, anche, in forma di mancato asseccamento delle attitudini culturali proprie della prima.

⁵⁷ A. Baldassarre, *loc. ult. cit.*.

⁵⁸ Peraltro, negli ordinamenti democratici contemporanei, in cui la forza persuasiva del messaggio dipende molto dalle forme in cui esso viene reso pubblico, il problema finisce per investire le forme di comunicazione, attraverso le quali il circuito comunicativo viene reso evidente e conoscibile. Tali forme si configurano come un prisma che rifrange in modo diverso la pluralità degli apporti comunicativi, potenziando ed evidenziando, in questo movimento asimmetrico, soltanto alcuni di essi.

nanti di lungo periodo”⁵⁹, abbia indicato nei cd. “*consideranda*” l’esigenza di “ravvicinare lo *status* giuridico” di tali cittadini “a quello dei cittadini degli Stati membri” e che alle persone che soggiornano regolarmente in un determinato Stato membro per un periodo da definirsi e sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata dovrebbe dallo Stato essere garantita “una serie di diritti uniformi e quanto più simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell’Unione europea” (punto 2), sul presupposto che “l’integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri costituisce un elemento cardine per la promozione della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità enunciato nel Trattato” (punto 4). A questo scopo, la stessa direttiva (art.11) prevede una serie di condizioni nelle quali si esige la parità di trattamento tra cittadino e straniero soggiornante di lungo periodo⁶⁰.

A tale prospettiva aperturista proveniente dal livello sovranazionale fa riscontro l’orientamento restrittivo del legislatore statale in tema di condizione degli stranieri immigrati, mirato a rendere più difficile l’acquisizione della cittadinanza da parte degli immigrati regolari, frustrando, per questo aspetto, la pretesa attitudine inclusiva della Costituzione⁶¹. In proposito valga, a titolo esemplificativo, il riferimento alle restrizioni disposte dalla legge (189/2002) in tema di ricongiungimento familiare dello straniero, che tra l’altro riduce i tempi di durata -da sei a cinque anni- del permesso di soggiorno per i soggiornanti di lungo periodo e fissa, come requisiti reddituali per il soggiorno, la titolarità di un reddito almeno non inferiore all’importo complessivo annuo dell’assegno sociale, oltre alla disponibilità di un alloggio “che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall’Azienda unità sanitaria locale competente per territorio” (art.9, comma 1, d.lgv. n. 286/1998 come modific.

⁵⁹ A tale direttiva, peraltro, lo Stato italiano ha dato attuazione con il d.lgv. 08.01.2007, n. 3 (“Attuazione della direttiva 2003/109CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo”).

⁶⁰ Secondo tale articolo, il soggiornante di lungo periodo “gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali, per quanto riguarda:

- a) l’esercizio di un’attività lavorativa, subordinata od autonoma...
- b) l’istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale;
- c) il riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli professionali ...
- d) le prestazioni sociali, l’assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale;
- e) le agevolazioni fiscali;
- f) l’accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all’erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l’ottenimento di un alloggio;
- g) la libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria...
- h) il libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro interessato, nei limiti che la legislazione nazionale prevede per ragioni di sicurezza.

⁶¹

dall'art. 9, l. n. 189/2002); da ultimo, alla normativa - art. 5, l. 15.7.2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", che modifica l'art. 5 della legge 5.02.1992, n. 91- . che allunga i tempi di acquisizione della cittadinanza da parte del coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano.

Le richiamate disposizioni legislative, che hanno finito per inspessire la dimensione della discriminazione tra cittadini e stranieri immigrati, anche sul piano del beneficio dei diritti sociali*, rivelano dunque una volontà politica poco incline a corrispondere alla razionalità del dettato costituzionale. Sembra difficile, in casi come questo, disattendere la prospettazione circa la natura eminentemente volontaristica e maggioritaria del diritto⁶² ed ammettere, invece, l'esistenza di razionalità "parallele" tra loro in conflitto, quella del legislatore e quella della Costituzione.

Tanto, riferito alla esaltazione del fondamento razionale del diritto (ma, poi, di quale diritto ? del solo diritto statale?), varrebbe a disattenderne le implicazioni ultime ribadendo, per converso, la realtà della dimensione volontaristica del diritto, frutto di decisioni imputabili alla maggioranza politica⁶³.

10. *Conclusioni. La prospettiva giuspositivistica come prospettiva congrua di analisi: l' (auspicabile) revisione della disciplina sulla (e del concetto di) cittadinanza.*

L'unico piano di riferimento possibile torna ad essere -a parere di chi scrive- ancora una volta quello giuridico-positivo, della legittimità costituzionale delle discipline legislative riguardanti il trattamento degli immigrati e le modalità di acquisizione della cittadinanza da parte di questi ultimi. In tal senso, l'irrazionalità della legge consegue al riconoscimento eventuale del difetto di costituzionalità da parte del giudice costituzionale, come dimostrano, ad es., le recenti (e non poche) pronunce sanzionatorie di previsioni riguardanti, in generale, il trattamento degli stranieri extracomunitari⁶⁴.

⁶² Del resto, a sostenere la tesi della naturale razionalità del diritto e del suo essere, in buona sostanza, riflesso autentico del *Volksgeist* bisognerebbe trovare, in ultima analisi, una spiegazione convincente a giustificare l'irrazionalità delle leggi incostituzionali.

⁶³ In tal senso, v. anche P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 6 ss.

⁶⁴ Cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 306/2008, in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una disciplina legislativa in materia di riconoscimento di diritti sociali agli stranieri extracomunitari (art.80, comma 19, l. n.388/2000 e art. 9, comma 1, d.lgv. 286/98 -come mod. dall'art. 9, comma 1, l. 189/02, e poi sostituito dall'art.1, comma 1, d.lgv. n. 3/07, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento ex art. 1 l. n.18/80, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno e poi previsti, in virtù del d.lgv. n. 3/07, per il permesso di soggiorno CE per i soggiornanti di lungo periodo. Inoltre, Corte cost., sent. n. 11/09, dichiarativa di illegittimità cost.le dell'art.80, comma 19, l. n. 388/2000 e dell'art. 9, comma 1, d.lgv. 286/98 -

In conclusione, al richiamo alla Costituzione per valori sottende una sostanziale riduzione del problema dello Stato multiculturale secondo i termini “classici” dell’integrazione a tutela dell’omogeneità sociale della comunità di base. In ogni caso, un’accezione in chiave eminentemente assiologica della Costituzione che, , quantunque “aperta” all’inclusione, non esclude in ultima analisi l’implicito riferimento ad un’idea di popolo/nazione⁶⁵ quale realtà originaria e pregiuridica⁶⁶.

Una lettura in chiave giuridico-positiva della Costituzione quale fonte suprema dell’ordinamento statale, che ne esalta la forza normativa cogente dei singoli disposti avrebbe, per contro, l’effetto di dislocare la questione dell’integrazione degli stranieri su piani diversi da quello giuridico, relativamente al quale, invece, conta soltanto la efficacia prescrittiva del diritto positivo (nello specifico, la concordanza tra diritto legislativo e diritto costituzionale). Secondo siffatta prospettiva, la decisione circa l’integrazione politica degli immigrati, in particolare attraverso l’estensione a questi ultimi dei diritti di cittadinanza, quando non si riveli in contrasto con alcuna delle disposizioni della Legge fondamentale, siano principi o regole⁶⁷, rifluisce nel campo delle scelte discrezionali del legislatore ordinario.

Vale la pena, quale chiosa finale, richiamare un suggestivo passaggio di un saggio di *Gaetano Azzariti*, in cui si adombra l’ipotesi che si stia diffondendo nella letteratura giuridica una prospettiva “bella ma falsa”. In essa “si racconta della dignità dei diritti, della mansuetudine dei poteri e-soprattutto- della capacità delle Corti (costituzionali e non) di realizzare la propria missione di garanzia entro un quadro di progresso lineare”. “Narrazioni mitiche” – le definisce *Azzariti*– e, a giustificazione di ciò, cita in senso paradigmatico “il caso particolare delle vicende legate al fenomeno delle migrazioni, ai diritti delle persone che in numero sempre più elevato valicano le frontiere, che si insediano sempre più numerose in

come mod. dall’art. 9, comma 1, l. 189/02, e poi sostituito dall’art.1, comma 1, d.lgv. n. 3/07, nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità ex art. 12, l. 118/71, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari in quanto privi dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno e poi previsti, in virtù del d.lgv. n. 3/07, per il permesso di soggiorno CE per i soggiornanti di lungo periodo.

⁶⁵ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁶ In effetti. si trattava, anche allora, di un tessuto sociale apparso tutt’altro che omogeneo, dilacerato come era da diverse appartenenze ideologiche, *in primis* tra quelli che avevano sostenuto il precedente regime e chi, invece, ad esso si era sempre opposto..

⁶⁷ ... come sembra confermare, indirettamente, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco secondo cui corrisponde propriamente alla fisiologia degli ordinamenti democratici e all’idea di libertà che vi sottende, che sussista per quanto possibile una congruenza tra titolari di diritti politici e soggetti stabilmente residenti sul territorio dello Stato, dunque sottoposti al potere di comando di quest’ultimo.: cfr. BVerfGE, 83, 37 ss., come richiamata da E. Denninger, *op. loc. cit.*, p. 237.

comunità dalle diverse culture, in società, come quelle europee, gelose delle proprie tradizioni e tradizionalmente chiuse...”⁶⁸.

Di rilievo peculiare è, dunque, lo scarto tra realtà e “narrazione”. Nella specie, peraltro, la narrazione non viene a consistere in un’esposizione obiettiva di “fatti” ma è svolta in modo da assecondare implicitamente un’istanza funzionale, che è quella propria del narratore, un’istanza non tanto di ordine stilistico o storico, ma essenzialmente assiologico.

Nella narrazione si rappresenta un mondo irreali, un’armonia prestabilita (in un senso latamente leibniziano) che la Costituzione per valori ispira e che si vorrebbe rinvenire nello svolgersi dell’esperienza sociale. Ma, in realtà, non è così e la narrazione finisce nella sostanza per emanciparsi da tale realtà e trascorrere in una (mera) inflessione soggettiva *.

Da ciò può ricavarsi, forse, il monito ad un’osservazione più realistica e meno disincantata di esperienze (politico-sociali e/o *latto sensu* culturali) che evidenziano il chiaro distacco dal “mondo incantato” e quasi perfetto dei valori costituzionali. Vien fatto di dire che, come categorie del “valere”, questi ultimi non si rivelano sempre effettivi nel tessuto sociale ma, anzi, lo soverchiano, rappresentandosi in questo senso come categorie del *Sollen*, come imperativi deontici performativi.

Sul piano giuridico-positivo, si appalesa, così, un necessario ripensamento critico della narrazione costituzionale e, forse, del senso stesso della Costituzione, al fine di ricomporre, secondo un equilibrio pratico possibile, la forza vincolante e limitatrice delle sue norme con le scelte discrezionali rimesse al legislatore.

Insomma, l’avvento dello Stato multiculturale più che evidenziare una reale incapacità della Carta del ’48 a fronteggiare le nuove sfide che ne derivano, sembra mettere in crisi quella stabilità che a lungo ha connotato il senso della Costituzione “per valori” e, con esso, i modelli consolidati di percezione ed interpretazione del dettato costituzionale.

⁶⁸ G. Azzariti, *Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, n.1, p. 188.