

Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica

A. IX (2017) n. 1 (gennaio-giugno)

Sommario

Presentazione

- 3 Francisco Javier Ansuátegui Roig
Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos
- 13 Mauro Barberis
*Cittadinanza e sicurezza.
Fra diritti e solipsismo di massa*
- 22 Marco Cossutta
La cittadinanza tra nothoi e idiotai
- 35 Luigi Di Santo
Lo straniero come bene comune
- 43 Alessandro Martini
Come si diventa cittadini
- 58 Eugenio Mele
La concessione della cittadinanza italiana
- 64 Carlo Sabbatini
La cittadinanza kantiana tra ideale e reale
- 80 Stella Feroletto
Le indagini preliminari nel procedimento penale italiano: profili critici ed attuali alla luce della giurisprudenza vigente

Presentazione

Il primo fascicolo del 2017 raccoglie i contributi presentati alla scuola estiva su *Il cittadino e lo straniero: prerogative e limiti della categoria di cittadinanza*, tenutasi nel settembre dello scorso anno ad Arpino e promossa dalle Università degli Studi “Niccolò Cusano” di Roma e “Magna Graecia” di Catanzaro. Non è la prima volta che la rivista si occupa di questa lodevole iniziativa, fortemente voluta e sostenuta in prima persona dal professore Enrico Ferri della “Niccolò Cusano”, che vede fra i suoi protagonisti – oltre agli studenti borsisti – docenti provenienti da atenei italiani e di altri paesi europei; il secondo fascicolo del 2015 ed il primo del 2016 raccolgono alcuni dei contributi presentati nella edizione dell'estate 2015 intorno al tema *Il diritto fra libertà e sicurezza*.

Il tema della scorsa estate, *Il cittadino e lo straniero: prerogative e limiti della categoria di cittadinanza*, è stato declinato dagli studiosi intervenuti vuoi con una prospettiva filosofico-giuridica e filosofico-politica, vuoi avuto riguardo all'istituto così come viene sviluppato nella normativa vigente; quindi la questione cittadinanza è stata colta sotto un ampio spettro, di cui le relazioni qui presentate danno conto.

La scuola estiva del 2016, come nelle edizioni passate, si è rivolta a studenti universitari e dottorandi delle Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze politiche italiane e dell'Unione Europea ed ha previsto l'assegnazione di 15 borse di studio, che hanno garantito ai vincitori l'ospitalità ad Arpino per tutta la durata dei lavori. Va sottolineato come l'iniziativa si è tenuta sotto l'egida della Città di Arpino e della Fondazione Mastronianni, che ha ospitato anche quest'anni i lavori nella sua sede di Castello Ladislao.

Il materiale raccolto nel fascicolo non si esaurisce negli Atti del simposio arpinate, raccogliendo anche un contributo presentato da Stella Feroleto inerente tematiche squisitamente processual-penalistiche dove viene indagata nello specifico la questione inerente alle indagini preliminari.

Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos*

Francisco Javier Ansuátegui Roig**

ABSTRACT

La ciudadanía, entendida como esquema de definición de la posición del individuo en el grupo, puede ser analizada en relación con el discurso de los derechos. Ello exige contrastar las exigencias de la ciudadanía con las de la universalidad de los derechos, a partir de la satisfacción de condiciones sustantivas e institucionales.

Citizenship, understood as a schema defining the position of the individual in the group, can be analyzed in relation to the discourse of rights. This demands contrasting the exigencies of citizenship with those of the universality of rights, based on the satisfaction of substantive and institutional conditions.

1.

El discurso en torno a la ciudadanía es ciertamente amplio, pudiendo ser analizado desde diversas perspectivas. Al igual de lo que ocurre en el caso de los derechos, las perspectivas históricas, sociales, económicas,

* El presente escrito está basado en la intervención en la II Summer School, “Il cittadino e lo straniero. Prerogative e limiti della categoria di cittadinanza”, Unicusano, Arpino (Italia) 2 septiembre 2016. Agradezco al Prof. Enrico Ferri la invitación que me ha permitido disfrutar de un magnífico ambiente cultural y humano.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid/ Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Correo electrónico: javofil@der-pu.uc3m.es

PALABRAS CLAVE

CIUDADANÍA; DERECHOS;
UNIVERSALIDAD; ESTADO.

KEY WORDS

CITIZENSHIP; RIGHTS;
UNIVERSALITY; STATE.

jurídicas –entre otras- confluyen y generan relatos no siempre coincidentes. En todo caso, la cuestión de la ciudadanía constituye un aspecto nuclear en el discurso jurídico y político; y también en el discurso moral.

En esta ocasión asumiré una perspectiva que ciertamente no es novedosa pero que es esencial a la hora de valorar las afirmaciones en torno a la ciudadanía: las perspectiva de los derechos.

Pero antes de continuar, me parece importante una reflexión sobre aquello que podríamos considerar el trasfondo conceptual en el interior del cual se desarrolla (o debe desarrollarse, en mi opinión) el discurso de los derechos; discurso que no es sólo jurídico, sino también político y moral. Me refiero a la relación conceptual y pragmática entre tres

elementos: los derechos, el Estado de Derecho y la democracia. Estamos frente a tres conceptos entre los cuales se establece una recíproca implicación. Con ello se quiere decir que el significado de cada uno de los tres depende del de los otros dos restantes, de manera que si uno de los tres conceptos varía en el significado que se le atribuye, de ello se derivan relevantes consecuencias respecto al significado de los otros dos. La reflexión sobre las exigencias del concepto de ciudadanía, al igual que el análisis de sus consecuencias prácticas, deben ser llevados a cabo en el referido marco conceptual.

Pues bien, vayamos por partes.

2.

Hay que hacer referencia, en primer lugar, a la relación entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Cuando hacemos referencia al concepto de Estado de Derecho estamos en realidad frente a un concepto complejo¹. La complejidad en este caso no sólo deriva de la indeterminación del concepto y de su carácter emotivo, sino también de otros factores. A la hora de abordarlo, no sólo nos encontramos con la presencia de diferentes tradiciones tras el mismo; también están presentes comprensiones más o menos densas, en función de los elementos que se prediquen del mismo. Es posible aludir a dos formas de entender el Estado de Derecho. En una de ellas, los contenidos de las normas tienen una mayor relevancia. Así, es posible defender un concepto formal de Estado de Derecho, o un concepto material o sustancial del mismo. En el primer caso, el Estado de Derecho se identifica exclusivamente con el imperio de la ley, con la presencia teórica de determinados elementos –que en ocasiones se han relacionado con una cierta comprensión del *rule of law*- y con la plasmación práctica de esas exigencias en la actividad de los poderes públicos y también en la de los ciudadanos. El Estado de Derecho implica actuación de acuerdo con el Derecho

¹ Me he detenido en la cuestión en F. J. Ansuátegui, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

y bajo el Derecho (*per lege y sub legem*)². Se identifica principalmente con el imperio de la ley, pero no sólo. Es posible pensar en una alternativa, de forma que se defiende una comprensión material o sustancial del mismo, en donde el imperio de la ley no sea el único componente –y, en este sentido, podemos considerarlo un elemento necesario aunque no suficiente-. De acuerdo con este punto de vista, la existencia de un Estado de Derecho vendrá determinada, en última instancia, por el respeto de determinados contenidos normativos, los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es imperio de la ley, imperio del Derecho, pero no de cualquier Derecho, sino del Derecho de los derechos fundamentales. Así las cosas, el Estado de Derecho se asocia a un ordenamiento jurídico caracterizado por el reconocimiento y protección de los derechos. Y, en función de los tipos de derechos y de las estrategias que se empleen en su reconocimiento y protección podremos hablar de diferentes modelos de Estado de Derecho, dotados de una mayor o menor densidad³.

La opción por esta forma de entender el Estado de Derecho tiene dos ventajas. Por una parte, permite una correcta identificación del Estado de Derecho, respecto a otros tipos de Estado. Como en su momento se encargó de recordarnos Elías Díaz, no todo Estado es Estado de Derecho.⁴ Afirmar que un Estado con Derecho es un Estado de Derecho niega sustantividad al auténtico Estado de Derecho, desde el momento en que todo Estado tiene Derecho. En segundo lugar, la presencia de contenidos materiales –los derechos (y todo el arsenal axiológico que los acompaña)- en el Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho y el reconocimiento de su relevancia permite, entre otras cosas, enfocar de una determinada manera –que en mi opinión es la más adecuada-

² Vid. N. Bobbio., *Governo degli uomini o governo della legge* en ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, pp. 169 y ss.

³ En España, tiene valor histórico la aportación de Elías Díaz, *Estado de derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1973.

⁴ Vid. E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, cit., p. 13.

la cuestión de las relaciones/diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Así, no estaríamos hablando de modelos radicalmente diferentes⁵, ya que el proceso de materialización del Derecho ya se ha producido en el Estado de Derecho (entendido en sentido material o sustancial). Lo que añade el Estado constitucional en su caso –lo que, por cierto, no es poca cosa-, es la localización de esos contenidos en sede constitucional, lo cual implica la puesta en marcha de estrategias de protección e incluso, en ocasiones, de blindaje constitucional. Pero, en todo caso, lo que vincula al Estado de Derecho y al Estado constitucional es la reivindicación del imperio del Derecho, que en un caso se presenta como imperio de la ley –si es que queremos hablar de la manifestación normativa específica del legislador- y en otro caso en forma de imperio de la Constitución, con las consecuencias normativas que de ello se derivan y que provocan un aumento en la complejidad del sistema jurídico y político.

Respecto a la relación conceptual entre los derechos fundamentales y la democracia, es posible –aquí también- manejar un concepto sustantivo de democracia. De nuevo aquí nos encontramos con la cuestión de la emotividad de los términos, circunstancia que condiciona, sin duda, el discurso. El concepto sustantivo propone una comprensión de la democracia que incluye la presencia de derechos fundamentales como elementos del concepto⁶. De manera que la democracia no implica sólo un mecanismo de adopción de decisiones colectivas de acuerdo con una regla básica, la de las mayorías. Esta sería una definición mínima de democracia, pero insuficiente, ya que la operatividad de la regla de las mayorías debe venir acompañada por una determinada teoría en relación con la mayor o menor extensión del universo de participantes en la decisión. Es decir, se

⁵ Recordemos que Gustavo Zagrebelsky habla del “cambio genético” que el Estado de Derecho supone frente al Estado de Derecho en *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 39.

⁶ En sentido contrario, A. Pintore defiende un concepto procedimental de democracia en *I diritti della democrazia*, Laterza, Bari, 2003.

necesita establecer quién debe concurrir en el proceso de toma de decisiones en el marco del cual se constituye la mayoría. No es complicado recordar situaciones en las que se han tomado decisiones a través de un escrupuloso respeto a la regla de las mayorías pero que difícilmente pueden ser consideradas democráticas desde el momento en que el ámbito personal de aquellos que han participado en la adopción de la decisión ha implicado la exclusión de ciertos grupos o colectivos (mujeres, inmigrantes, minorías étnicas...). Por eso, la democracia implica la adopción de decisiones en contextos lo más participativos posibles. La democracia implica respeto a la regla de las mayorías y la puesta en marcha de mecanismos participativos guiados por el ideal del sufragio universal. Pero, obsérvese, aún no hemos tenido en cuenta la relevancia del contenido de las decisiones adoptadas respetando los dos elementos que acabamos de señalar. Y es que, en última instancia, el carácter democrático de una decisión colectiva viene determinado por el contenido de la misma, y por su capacidad de respeto y promoción de los derechos. Decisiones democráticas son aquellas respetuosas con los derechos. En este sentido, el respeto puede vincularse a su reconocimiento y también a la puesta en marcha de políticas activas de promoción o impulso, dependiendo de las exigencias de los derechos que tengamos enfrente.

Para que en un Ordenamiento jurídico se encuentren protegidos de manera consistente y eficaz los derechos, es necesario un determinado compromiso, sincero, por parte del Poder político, cuya expresión normativa es el propio Ordenamiento. Ese compromiso se materializa en la positivación, en forma de normas jurídicas de derechos, de las exigencias morales que existen tras los mismos; al mismo tiempo, esa positivación es el resultado de la identificación que se produce entre el Poder político y la moralidad de los derechos. Dicho compromiso sólo se produce allí donde existe un Poder político democrático, entre otras cosas porque la juridificación de esas pretensiones morales supone una limitación hacia el Poder político: desde el momento en que existen

normas de derechos fundamentales, el poder político sabe que hay cosas que no va a poder hacer, y al mismo tiempo sabe también que hay cosas que va a estar obligado a hacer, o que por lo menos se le puede exigir, aunque sólo sea en sentido político, que haga. Así, el Poder político democrático, que es por definición participado, es el único capaz de limitarse a través del reconocimiento de derechos fundamentales a los individuos⁷. Es evidente, en este sentido, que la relación entre derechos fundamentales y poder político no se articula de la misma manera si estamos pensando en un Poder político democrático o en un Poder de otro tipo.

En tercer lugar, nos encontramos con la relación entre el Estado de Derecho y la democracia. Aquel, es un específico modelo de articulación de las relaciones entre el Derecho y el Poder, que se caracteriza por un esfuerzo de juridificación de las dimensiones del Poder. De manera que éstas se someten a límites. Pero no a cualquier tipo de límites, sino a límites jurídicos que se manifiestan de modo privilegiado en las normas de derechos fundamentales. Vemos, así, que tanto el Estado de Derecho como la democracia incluyen como elemento conceptual la presencia de normas de derechos fundamentales. Pero, en todo caso, cuando hablamos de democracia estamos haciendo referencia a un modelo en relación con el ejercicio del poder político. De manera en este momento esquemática, -evidentemente necesitada de matices- podemos decir que cuando hablamos de Estado de Derecho nos desenvolvemos en el marco del Derecho mientras que cuando hablamos de democracia lo hacemos en el de la política. Pues bien, ¿a través de qué modelo se juridifica la democracia? ¿Cuál es la forma de la traducción jurídica de la democracia? Elías Díaz tiene razón cuando señala que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia⁸.

7 Vid R. De Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

8 Vid. E. Díaz, *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, en E. Díaz, J. L. Colomer, (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, p. 75.

En fin, las relaciones que se establecen entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia, de acuerdo con la estipulación aquí propuesta, constituyen el ámbito en el que se desarrolla la presente propuesta y en el que las reflexiones que se desarrollan en lo sucesivo pretenden adquirir sentido.

3.

Una vez que hemos determinado el escenario conceptual en el que desarrollamos nuestra reflexión, estamos en condiciones de regresar a la cuestión de la ciudadanía.

La noción de ciudadanía ocupa una posición básica en el discurso jurídico y político⁹. Pero no nos referimos sólo al discurso de la modernidad. Por el contrario, extiende su ámbito más allá. Y eso es debido al hecho de que, en realidad, se refiere a la relación que se establece entre el individuo y el grupo. En efecto, la ciudadanía es una categoría que define la posición del individuo respecto al grupo, de un lado; y que define además la posición del individuo en el interior del grupo, por otro lado¹⁰. Y esta no es una cuestión propia de la modernidad, si bien es cierto que presenta perfiles específicos en la misma. En realidad, la cuestión de la ciudadanía es más bien un problema derivado de la naturaleza política del individuo, de manera que existe más allá del específico uso que se haga del vocablo “ciudadanía” o de sus específicas declinaciones. En definitiva, la cuestión de la ciudadanía se refiere al problema de la pertenencia, al problema de la inclusión/exclusión en el grupo. Y desde este punto de vista, la ciudadanía siempre va a implicar una posición al respecto, la adopción de un determinado punto de vista, lo cual supone asumir una teoría normativa. La ciudadanía implica, por tanto, una determinada idea del sujeto y de la comunidad. Ambas son las

9 Vid. S. Veca, *Cittadinanza, Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, nuova edizione, Feltrinelli Milano, 2008, p. 19.

10 Vid. P. Costa, *Ciudadanía*, trad. e introd. de C. Alvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 36.

variables a partir de las cuales se genera una específica teoría de la ciudadanía.

En este sentido, parece evidente que no todas las teorías de la ciudadanía son similares. Por el contrario, su sustantividad va a depender del elemento que sea asumido como elemento de referencia y de definición del status de ciudadano. Nuestra experiencia histórica permite constatar que, en realidad, se han manejado –y se manejan– distintos criterios como la etnia, la religión, el lugar de nacimiento... De ello se deriva como consecuencia la imposible neutralidad de las teorías de la ciudadanía. Y es que la necesidad de identificar un elemento de referencia implica asumir una determinada posición respecto, por lo menos, a dos cuestiones básicas. En primer lugar, respecto a la identificación o definición del grupo o la comunidad de referencia. En efecto, el grupo no es una realidad natural, sino que más bien es algo construido, artificial, precisamente a través de la elección del elemento de referencia. Dicha elección –como por otra parte ocurre con todas las elecciones– no es neutral, aunque posiblemente en muchas ocasiones tampoco sea perfectamente consciente de ello, presentándose como el resultado de un proceso de decantación histórica. En segundo lugar, tampoco es neutral la caracterización del sujeto, que implica una elección respecto a aquello que se considera importante, esencial, definitorio, para llegar a ser ciudadano.

Pues bien, la cuestión que procede plantear a continuación es la siguiente: en términos modernos y democráticos, ¿cuáles son los elementos básicos de referencia de la teoría de la ciudadanía? En relación con el grupo, el elemento básico de referencia sigue siendo el Estado. Y en relación con el sujeto, nos encontramos con la noción de individuo. Es necesario señalar que en los dos casos no nos encontramos en el mismo nivel discursivo. En efecto, la mientras que la afirmación de que el Estado es el elemento de referencia implica una descripción de una realidad que aún no ha conseguido ser superada, por el contrario, la identificación entre sujeto de la ciudadanía e individuo supone una prescripción o, si se prefiere, un ideal regulativo. Y es que

identificar ciudadano e individuo es en realidad un deber ser que ha sido negado a lo largo de la historia. El ciudadano no siempre se ha identificado con el individuo. Basta con un ejemplo para demostrarlo: pensemos en el modelo de participación política y de ciudadanía basado en el sufragio censitario, en el que el ciudadano no es el individuo sino más bien el sujeto que reúne determinadas características vinculadas al género (varón), a la riqueza o situación social (propietario) o incluso a la raza (blanco). Pero no hace falta recurrir a la historia para constatar la negación de la asimilación entre individuo y ciudadano. Hoy podemos constatar que no todo individuo es necesariamente considerado un ciudadano.

Cabe añadir que cuando hablamos de Estado y de individuo estamos frente a dos conceptos históricos. Quiere decirse con ello que son conceptos fraguados en determinadas circunstancias históricas, en el marco de las cuales se generan y adquieren un primer sentido, que va a ir evolucionando de acuerdo con la transformación de las circunstancias y de los contextos. La afirmación weberiana según la cual el Estado es la forma moderna de organización del poder político resume bien la historicidad del concepto. Y, de la misma manera, la articulación moderna del individualismo, vinculado a procesos como los que tienen que ver con la secularización, el racionalismo, el surgimiento de la burguesía como grupo social preponderante..., también es expresión de la dimensión histórica del concepto de individuo¹¹.

4.

En el espacio democrático la condición de ciudadanía viene determinada por la titularidad de derechos por parte del individuo. El discurso de los derechos debería ocupar un lugar central en una teoría de la ciudadanía. Pero lo cierto

¹¹ Vid. G. Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, VVAA, *Historia de los derechos fundamentales* (tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII), G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.), Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, pp. 15 y ss.

es que la centralidad de los derechos en este ámbito es la razón de la existencia de tensiones. En realidad, y más allá del específico tema de la ciudadanía, el discurso de los derechos incluye tensiones desde el momento en que, por una parte, tiene una naturaleza normativa; por otra parte, es ciertamente un discurso exigente desde el punto de vista moral, político y jurídico; además, tiene vocación de universalidad.

Así, podemos pensar en tres tensiones específicas. En primer lugar, la tensión derivada de la conexión entre ciudadanía y nacionalidad. Dicha conexión constituye uno de los elementos básicos del argumentario moderno respecto a la ciudadanía. Así, la nacionalidad constituye la base de la ciudadanía. Dicha conexión, al mismo tiempo, está relacionada con la función que sigue desempeñando el Estado como marco de referencia básico a la hora de desarrollar algunos discursos jurídico-políticos en nuestros días. No parece demasiado discutible la necesidad de superar la estricta conexión entre nacionalidad y ciudadanía como consecuencia de las exigencias de la idea de universalidad de los derechos.

Pero también podemos pensar en otras tensiones, como son aquellas que tienen que ver con la existencia de una ciudadanía “parcelada”. Dicha parcelación es el resultado de la mayor o menor amplitud en los espacios de titularidad de los derechos y de la diferente intensidad en el goce y disfrute de los derechos y garantías. Pensemos, por ejemplo, en las consecuencias prácticas que derivan de determinados postulados teóricos, como los referidos a las categorías, clasificaciones y tipos de derechos. Por ejemplo, de la teoría generacional de los derechos¹² –más allá de su valor pedagógico– se han extraído afirmaciones referidas a la prioridad, no sólo cronológica, de unos derechos respecto a otros¹³. La parcelación de la ciudadanía, vinculada también a una restricción en las condiciones de reconocimiento,

12 Vid. A. E. Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 25 y ss.

13 Vid. E. Rabossi, *Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché*, “Lecciones y ensayos”, n.º 69-71, 1997-98 pp. 41 y ss.

titularidad, y disfrute de los derechos, provoca vulnerabilidad e incertidumbre. Vulnerabilidad e incertidumbre son los rasgos que caracterizan la posición del sujeto sin derechos o con menos derechos: un “ciudadano” sin derechos (lo cual no deja de constituir una *contradictio in terminis*) o con menos derechos, es un ciudadano “débil”, en cuanto no integrado socialmente. La titularidad y disfrute de los derechos puede ser considerado como un criterio que determina la integración social, de manera que la falta de derechos determina la falta de integración. Los recientes contextos de crisis económica son un buen escenario a la hora de contrastar la anterior afirmación.

La tercera tensión a la que se hará referencia está relacionada con la idea de universalidad de los derechos. Si los derechos son universales (o deben serlo), el ámbito de la ciudadanía debe trascender el ámbito del Estado. La superación del marco estatal parece una exigencia necesaria de la lógica del discurso de la universalidad de los derechos. No obstante, esta superación se torna problemática desde el momento en que no es fácil encontrar una estructura alternativa a aquella del Estado, con capacidad efectiva de asegurar los derechos. Aunque esto pueda parecer especialmente problemático en el caso de los derechos sociales, no es un problema exclusivo de los mismos. En efecto, en aquellos derechos sociales caracterizados por presentar una dimensión prestacional, es necesario identificar una autoridad política de referencia que asuma la responsabilidad política y jurídica de satisfacer la prestación. Pero no sólo. Es también necesario disponer de un sistema normativo estable e identificable que constituya el ámbito en el que se atribuirán y se garantizarán los derechos.

5.

Pues bien, estas tensiones, todas ellas, afectan a los derechos y a su efectividad. En democracia las tensiones deben ser resueltas a favor de los derechos. Esto implica exigencias sustantivas e institucionales. Como vamos a ver a continuación, estos dos tipos de exigencias están relacionadas entre sí.

Posiblemente, la exigencia sustantiva más importante es la vinculada a la universalidad de los derechos. El tema de la universalidad de los derechos, que ha de analizarse en términos problemáticos, constituye uno de los principales desafíos contemporáneos, teóricos y prácticos, del discurso de los derechos. Junto a la cuestión de los derechos sociales, es una de las cuestiones de cuya gestión va a depender que podamos continuar hablando de derechos (con las exigencias de igualdad que ello implica) cuando hacemos referencia a los derechos fundamentales o que debamos comenzar a hablar de privilegios (con los problemas que de ello se derivan para la igualdad formal y material). En definitiva, la relevancia moral, político y jurídica de las exigencias de la idea de universalidad de los derechos justifica que estemos frente a un verdadero desafío teórico y práctico para los derechos.

Cuando hablamos de universalidad de los derechos no debemos incurrir en el error de situarnos exclusivamente en el marco de un escenario supraestatal regido por el del Derecho internacional. En realidad, la universalidad de los derechos es también una exigencia del discurso de los derechos cuando éste toma como referencia el ámbito estatal. En este contexto, implica evitar ghettos, zonas de exclusión, que se producen como consecuencia de la diferenciación y discriminación entre tipos de derechos. No se quiere decir con ello que todos los derechos han de ser protegidos y garantizados de la misma manera, ya que en función de los diferentes derechos se ha de recurrir a diferentes estrategias de reconocimiento y protección. Implica, por el contrario, reconocer que todos los derechos han de ser protegidos con la misma dosis de intensidad y compromiso. La existencia de un mismo nivel de protección es un requisito de la ciudadanía en términos de igualdad. De no ser así, la consecuencia es que aquellos sectores sociales que disfrutaban de más derechos (y de derechos más protegidos y garantizados), acaban estando conformados por sujetos más plenamente ciudadanos que aquellos que pertenecen a sectores más desfavorecidos en lo que a titularidad y garantía de los derechos se

refiere. En este sentido, la igualdad en el ámbito de los derechos exige, de un lado, igualdad en la titularidad (entre los individuos); de otro, igualdad en los niveles de protección (entre los derechos).

Parece evidente que lo anterior implica una posición crítica en relación con una comprensión de las clasificaciones y categorías de los derechos entendidas como compartimentos estancos. Además, exige una reflexión sobre la idoneidad de los diferentes mecanismos de garantía en su aplicación a los diferentes derechos.

En relación con las exigencias institucionales, parece urgente una reformulación del ámbito político de referencia. Si la "lógica" del discurso de los derechos supera al Estado, hay que pensar en una alternativa, de modo que se pueda hablar de una ciudadanía "más allá del Estado". De lo contrario, aquí también nos encontraremos con una ciudadanía parcelada. Pues bien, ¿qué exigencias habrían de satisfacerse por esta estructura alternativa?

Como se ha señalado anteriormente, hablar de un sistema de derechos implica la existencia de una determinada propuesta en relación con la autoridad. El discurso cosmopolita provoca la discusión en torno al futuro del Estado. Posiblemente, la cuestión se puede plantear a partir de una distinción entre, de una parte, la relación entre los derechos y el Poder (o si se prefiere a la autoridad política) y, de otra, la relación entre los derechos y el Estado como modelo concreto respecto al origen y al ejercicio de la autoridad política. Al principio de este trabajo se ha hecho referencia a la relación entre los derechos y el Poder. Si bien el discurso de los derechos plantea de manera evidente la justificación de la limitación del Poder, al mismo tiempo la juridificación de los derechos y su efectividad exige un ejercicio de voluntad por parte del Poder político. De manera que la satisfacción de los derechos exige ejercicio de la autoridad política, que en su forma moderna se presenta en términos de Estado. El discurso cosmopolita provoca una reformulación de la relación entre los derechos y el Estado. Sin embargo, no parece muy justificada, y tampoco realista, la

reivindicación de la desaparición del Estado. No serían fácilmente admisibles las razones a favor de la bondad de una situación en donde la institucionalización del Poder político, en cualquiera de sus formas, se excluyera del ámbito supranacional. Por ejemplo, Habermas ha prevenido frente a la traslación sin más de los esquemas estatales al ámbito internacional, pero al mismo tiempo ha reivindicado la necesidad de un Poder supranacional. Así, ha señalado que “El Estado federal democrático de gran formato (la república mundial) es un modelo equivocado. Pues no existe ninguna analogía estructural entre, por un lado, la Constitución de un Estado soberano que puede determinar por sí mismo qué áreas políticas hace suyas (es decir, que dispone de competencia sobre sus competencias) y, por otro lado, la Constitución de una organización mundial inclusiva, pero ceñida a una pocas funciones acotadas con mucha precisión”¹⁴; pero también ha reconocido que el Estado sigue siendo la institución operativa en lo que a la imposición del Derecho se refiere: “La constitucionalización del derecho internacional no puede concebirse como la prosecución lógica de la domesticación constitucional de un poder estatal que opera sin sujeción alguna. (...) Lo que falta es un poder supranacional más allá de los estados rivales que aporte las posibilidades de sanción y las capacidades de acción que, para imponer sus reglas, requiere la comunidad de Estados constitucionales en la forma del derecho internacional”¹⁵.

No parece viable el éxito de los derechos humanos en el ámbito internacional sin el respaldo de un determinado esquema de ejercicio del Poder, piénsese o no en términos de Estado. Y además, ese esquema debería estar dotado de la suficiente capacidad como para imponer el Derecho y las sanciones derivadas

14 J. Habermas, ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?, en ID., *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. de J. L. López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2006, cit., p. 131.

15 J. Habermas, ¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?, cit., p. 130.

de su incumplimiento, incluso por la fuerza en última instancia.

Este esquema de ejercicio del Poder constituiría el contexto de la ciudadanía. Sólo sería posible pensar en una ciudadanía basada en derechos en el marco de una estructura institucional capaz de satisfacer determinadas exigencias. Estas exigencias serían, en primer lugar, las del principio de legalidad y del imperio de la ley en el marco del Derecho internacional. Ello implica que, de la misma manera que en el interior de un Estado de Derecho los sujetos –públicos y privados, singulares o colectivos– están sometidos a las normas jurídicas, también en el ámbito internacional se debe producir tal sometimiento, en este caso básicamente a las normas del Derecho internacional. En segundo lugar, habría que pensar en la efectividad del principio de igualdad ante el Derecho en el ámbito de la sociedad internacional. De la misma manera que así se propugna en el marco del Estado de Derecho, también en el ámbito internacional todos los sujetos deben ser iguales ante el Derecho y el Derecho debe ser el mismo para todos. Estamos aludiendo por tanto a la igualdad formal. Pero, también en paralelismo con lo que ocurre en los Estados, las exigencias exclusivas de la igualdad formal son *per se* insuficientes: deben ir acompañadas y completadas por la satisfacción de las exigencias de la igualdad sustancial que, en este contexto, están estrechamente vinculadas a la realización de políticas de cooperación para el desarrollo. En tercer lugar, parece imprescindible, para satisfacer las anteriores exigencias, la existencia de una autoridad, con el suficiente grado de localización y fortaleza, capaz de imponer, en última instancia a través de la fuerza, las normas del Derecho internacional. Eso es lo que ocurre, también, en el interior de los Estados de Derecho respecto a las normas jurídicas nacionales. En fin, las anteriores condiciones necesitan desarrollarse en un marco de legitimidad derivado, básicamente, del origen y ejercicio de la autoridad encargada de producir y hacer cumplir las normas.

6.

Si tomamos en serio estas condiciones, sustantivas e institucionales, constatamos que las exigencias de una ciudadanía basada en derechos tienen un peso y una relevancia que van mucho más allá del discurso conceptual. Por el contrario, implican una posición “política” y también una reformulación de una cierta forma de entender el Derecho en su relación con los ámbitos y espacios de competencia en los que se desarrolla el ejercicio de la autoridad. Y también una reformulación de la relación entre el Derecho y el ejercicio mismo de la autoridad.

Esta posición “política” sólo es posible a través de un compromiso moral y una educación de la ciudadanía. Hablar de un compromiso moral nos recuerda la imposible neutralidad en relación con los derechos, respecto a los cuales no es posible una teoría aséptica. No obstante, profundizar en esta cuestión implicaría una reflexión en torno a la función y responsabilidad de la ciencia jurídica en general, y en particular en la construcción del discurso de los derechos.

En definitiva, las condiciones de una ciudadanía basada en derechos no parecen estar lejanas de las condiciones y exigencias de una sociedad justa. Ello, que puede parecer obvio, no es si no expresión del lugar central de la noción de ciudadanía en una sociedad bien ordenada, que tienda a ser la sociedad civil de los ciudadanos del mundo¹⁶.

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1988) y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (1992). En la actualidad es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Entre 2011 y 2015 ha sido Presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (2008-2016). Director de la revista “Derechos y Libertades”. Autor de diversos trabajos en materia

¹⁶ Vid. N. Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda Torino, 1989, pp. 112-125.

de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Entre las monografías destacan: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (1994); *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista (Una aproximación)*, (1996); *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos* (1997); *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos* (2007); *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico* (2013); *Rivendicando i diritti sociali* (2014)

Ha impartido docencia en diversas universidades europeas y latinoamericanas.

BIBLIOGRAFIA

F.J. Ansuátegui, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

R. de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

N. Bobbio, *Il terzo assente*, 1989.

N. Bobbio., *Governo degli uomini o governo della legge*” en ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991.

P. Costa, *Ciudadanía*, trad. e introd. de C. Alvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006.

E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1973.

E. Díaz, *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, en Díaz, E., Colomer, J. L., (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002.

J. Habermas, *¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?*, en ID., *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. de J. L. López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2006.

G. Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, VVAA, *Historia de los*

derechos fundamentales (tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII), G. Peces-Barba y E. Fernández (dirs.), Dykinson- Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

A. E. Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2003.

E. Rabossi, *Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché*, "Lecciones y ensayos", n°- 69-71, 1997-98.

S. Veca, *Cittadinanza, Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, nuova edizione, Milano, 2008.

G. Zagrebelsky *Il diritto mite*, Torino 1992.

Cittadinanza e sicurezza. Fra diritti e solipsismo di massa

Mauro Barberis

ABSTRACT

Cittadinanza e sicurezza sono concetti molto discussi, mentre la loro relazione non lo è. La prima parte del lavoro distingue tre sensi di "cittadinanza": status giuridico, partecipazione politica, integrazione sociale. La seconda traccia una distinzione simile fra sicurezza individuale (di fatto, un diritto alla libertà negativa), e interessi individuali ai beni della sicurezza sociale e nazionale/pubblica. La terza, infine, analizza le relazioni fra i tre sensi di "cittadinanza" e il senso principale di "sicurezza", quello nazionale/pubblico. La conclusione è semplice: le cittadinanze giuridica e politica sono quasi irrilevanti per la sicurezza, mentre la cittadinanza sociale, l'unica davvero rilevante, è il bene più difficile da conseguire.

Citizenship and security are two over-debated concepts, while their relationship is not. In the first part of the paper three senses of "citizenship" are distinguished: *legal status, political participation, social integration*. In the second one, a similar distinction

I cittadini giustamente chiedono una rapida soluzione di questo problema. Ma la soluzione non c'è (F. Fukuyama, intervista a "Repubblica", 29.7.2016)

Cittadinanza e sicurezza sono, entrambe, nozioni complesse, stratificate e multidimensionali: figurarsi i loro rapporti. Di cittadinanza, sinora, mi sono occupato solo in un lavoro intitolato *Civis europæus sum. Una ragionevole*

is drawn between individual security (in fact, a right to negative freedom), and the individual interest to the goods of *social and national/public security*. In the third one, finally, relationship between the three senses of "citizenship" e the main, national/public sense of "security" is analyzed. The simple conclusion is *legal and political citizenship are almost irrelevant for such a security, while social citizenship, the only really relevant, is the good most difficult to obtain.*

PAROLE CHIAVE

CITTADINANZA; SICUREZZA; DIRITTI; INTERESSI; SOLIPSISMO DI MASSA.

KEYWORDS

CITIZENSHIP; SECURITY; RIGHTS; INTEREST; MASS SOLIPSISM.

apologia della cittadinanza (2015)¹, dove tracciavo varie distinzioni che, nella *prima* parte del presente intervento, riassumo così. "Cittadinanza" indica: in senso stretto, lo status giuridico di cittadino; in senso lato, la partecipazione politica; in senso latissimo, l'integrazione sociale.

Sulla sicurezza, invece, ho scritto molto, compreso un libro appena uscito dal Mulino².

1 M. Barberis, *Civis europæus sum. Una ragionevole apologia della cittadinanza*, in "Filosofia politica", 29/2, 2015, pp. 317-331.

2 Cfr. M. Barberis, *Liberté, égalité, sécurité. Gli equivoci della guerra al terrore*, in "Il Mulino", 2016/4, pp. 565-

In tutti questi lavori, e anche, qui distinguo tre sensi principali di “sicurezza”: individuale, sociale, e pubblica o nazionale. Come vedremo meglio nella *seconda* sezione, nel primo senso “sicurezza” indica autentici diritti individuali, parzialmente coincidenti con la libertà negativa; nel secondo e nel terzo senso, invece, indica solo beni o fini pubblici da ottimizzare, oggetto di meri interessi individuali.

Nella *terza* sezione, infine, mi occupo dei rapporti fra i tre sensi di “cittadinanza” e il senso principale di “sicurezza”, che è poi il terzo: la sicurezza detta pubblica o nazionale, a seconda che riguardi l’ordine interno o la difesa esterna allo Stato. Mentre su cittadinanza e sicurezza separatamente prese c’è ormai una letteratura sterminata, sui loro rapporti c’è ben poco. Il sospetto, come vedremo, è che la cittadinanza non sia poi così importante per la sicurezza: se non forse nel senso latissimo di integrazione sociale.

1. CITTADINANZA

Seguendo Patricia Mindus³, anche qui distinguo cittadinanza giuridica, politica e sociale. Stavolta, però, le costruisco come nozioni concentriche, definendole in modo che il senso latissimo, il più comprensivo, presupponga il senso lato, che a sua volta presuppone il senso stretto. L’integrazione sociale, così, coincide con la concezione massima della cittadinanza del lavoro precedente, mentre partecipazione politica e status di cittadino coincidono, rispettivamente, con le concezioni intermedia e minima.

1. 1. In senso *stretto*, “cittadinanza” indica lo status *giuridico* di cittadino: la titolarità di diritti e doveri nei confronti dello Stato o di altre

577; Id., *Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balances libertad-seguridad*, in “Doxa”, 2016, 39, pp. 265-288; *Liberté, sûreté, sécurité. Du pluralisme des valeurs à l’interprétation constitutionnelle*, in “Analisi e diritto”, 2016, 11-34; *Non c’è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, 2017.

3 P. Mindus, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell’inclusione e dell’esclusione*, Firenze, 2014.

agenzie politiche⁴. Lo status di cittadino comporta la titolarità di tutti i diritti conferiti da tali agenzie: dunque, una soggettività giuridica *pleno iure*, e comunque maggiore di quella di cui godono lo straniero o l’apolide. Hannah Arendt si riferiva a questo senso della parola quando concepiva la cittadinanza come diritto di avere diritti⁵: dunque, si noti, già in termini di diritti.

Per merito o per colpa della straordinaria duttilità del concetto di diritti⁶, in effetti, anche la cittadinanza è ormai comunemente concepita in termini di diritti, tutelati in ultima istanza da giudici nazionali e internazionali⁷. E questo, beninteso, non vale solo per lo status giuridico di cittadino, concepito in termini di diritti civili; anche la partecipazione politica e l’integrazione sociale sono ormai in qualche modo giuridicizzate, ossia concepite in termini di diritti costituzionali, politici e sociali.

Si pensi, in particolare, alle dichiarazioni dei diritti, applicate da giudici costituzionali e internazionali. Talvolta esse attribuiscono diritti assolutamente, senza indicarne i titolari; altre volte li attribuiscono ai cittadini. Ad esempio, la Costituzione italiana non specifica a chi attribuisce le libertà personale e religiosa (artt. 13, 19 Cost.), mentre specifica di attribuire ai cittadini le libertà di circolazione, di riunione e di associazione (artt. 16, 17 e 18), e persino la pari dignità sociale e l’eguaglianza (art. 3).

Ammettiamo che i diritti dei quali non è specificato il titolare spettino a tutti gli esseri umani in quanto tali, e vadano dunque interpretati come diritti umani. Come interpretare,

4 Non considero la cittadinanza europea, che complicherebbe il quadro: ma cfr. M. La Torre, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004, e C. Margiotta, *La cittadinanza europea. Istruzioni per l’uso*, Bologna, 2014.

5 Cfr. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), trad. it. Torino, 2004, p. 410: «ci siamo accorti dell’esistenza di un diritto ad avere diritti [...] solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso».

6 Cfr. J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980; 1992), trad. it., Torino, 1996, p. 215.

7 Cfr. paradigmaticamente T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, (1950), trad. it., Roma-Bari, 2002. Da giusrealista, considero la giustiziabilità l’elemento distintivo della giuridicità in *For a Truly Realistic Theory of Law*, <http://revus.revues.org/3624> (2016).

però, le disposizioni che attribuiscono diritti ai cittadini? Li attribuiscono solo o anche ai cittadini⁸? Ad esempio: solo i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge? Scegliere fra interpretazione letterale, restrittiva o estensiva, in ultima istanza, tocca ai giudici: come tutte le questioni giuridiche.

Lo status giuridico di cittadino, si dice, ha carattere qualitativo ed esclusivo: o si è cittadini, e si gode di tutti i diritti relativi, oppure ci si deve accontentare dei diritti dello straniero e dell'apolide, se non dei meri diritti umani. Bisognerebbe ricordare, però, che la mancanza di tutela denunciata da Arendt per gli apolidi è poi, di fatto la situazione comune ai cittadini di molti paesi non occidentali. Detto altrimenti, la cittadinanza sarà anche qualitativa ed esclusiva, ma poi ci sono cittadinanze di serie A, B e C.

1. 2. In senso lato, "cittadinanza" indica la partecipazione politica, e dunque i diritti politici: elettorato attivo e passivo, diritti di riunione e di associazione... L'art. 48 Cost., in particolare, recita che «Sono elettori tutti i cittadini», ossia, letteralmente, che tutti i cittadini hanno diritto di voto: mentre nulla dice dei non-cittadini⁹. L'interpretazione – certo non letterale, ma – più "naturale" sembra peraltro quella a contrario: i non cittadini, salvo eccezioni, non hanno diritto di voto.

Che anche la cittadinanza politica si sia trasformata in una questione giuridica, relativa allo *status civitatis* e a diritti fatti rispettare dai giudici¹⁰, pare ad alcuni una sorta di *deminutio*¹¹; a me, invece, sembra un progresso. È questa, comunque, la profezia di Tocqueville

8 Sull'interpretazione delle frasi attributive assolute, cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 123-129.

9 Questo è da sempre uno degli esempi favoriti di Riccardo Guastini: cfr., da ultimo, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 271-272.

10 Sulla storia del concetto, cfr. almeno i lavori di Pietro Costa: *l'editio maior*, Id., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999-2001, 4 voll., e *l'editio minor*, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005.

11 Cfr. ad esempio K. Hepworth, *At the Edge of Citizenship: Security and the Constitution of Non-Citizens Subjects*, London, 2015.

che si è avverata: non quella, sopravvalutata, sull'avvento della democrazia. Giovanni Tarello direbbe: chi preferireste decidesse sui vostri diritti? Lo stadio di Marassi al massimo della capienza o un giudice inglese in parrucca?

Che il baricentro della cittadinanza si stia spostando dalla politica al diritto, d'altra parte, segnala il compimento di ben altre profezie, positiviste tecnocratiche marxiane liberiste anarco-capitaliste, relative al *dépérissement de l'État*. In un lessico poco più aggiornato, oggi si potrebbe dire che il *government* politico tende a essere sostituito dalla *governance* burocratica, tecnocratica ed economico-finanziaria: *governance* incontrollabile dai governi, ma soggetta a qualche *accountability* verso i giudici.

1. 3. In senso *latissimo*, infine, "cittadinanza" indica l'integrazione dei soggetti entro la comunità, o quel che ne resta. La "perdita della comunità" è infatti uno degli aspetti distintivi della forma di vita occidentale odierna. Per usare stereotipi comuni, siamo diventati stranieri morali, capaci solo di solidarietà fra estranei¹². Persino parlare di integrazione sociale, come fanno i politici o i sociologi, suona ormai enfatico: ormai ci accontenteremmo di molto meno, ossia della non-disintegrazione sociale.

Anche la cittadinanza sociale, d'altra parte, sta diventando questione di diritti, in questo caso sociali. Persa la comunità, tutto ciò che si può fare per sostituirla è istituire servizi sociali i quali rimedino almeno alla disintegrazione sociale patologica, ulteriore a quella fisiologica derivante dai processi di individualizzazione. Si tratta quindi di dotare tutti i cittadini – ma anche, in misura maggiore o minore, anche i non cittadini – di diritti sociali: all'istruzione, alla salute, alla previdenza...

Tornerò parlando di sicurezza sociale sulla differenza fra veri e propri diritti sociali, tutelabili anche giudizialmente, e meri interessi sociali, tutelabili solo politicamente. Qui

12 Cfr. H. T. Engelhardt Jr., *Personhood, Moral Strangers and the Evil of Abortion: the Painful Experience of Post-Modernity*, in "Journal of Medicine and Philosophy", 1993, 18/4, pp. 419-421 e J. Habermas, *Solidarietà fra estranei. Interventi su Fatti e norme*, Milano, 1997.

sottolineo ancora che mentre si è cittadini oppure stranieri o apolidi, qualitativamente ed esclusivamente (sia pure con i limiti sopra detti), si può essere solo più o meno integrati socialmente. Quello di integrazione, cioè, è un concetto quantitativo, variante da un minimo di totale emarginazione a un massimo di perfetta inclusione.

Prima di passare alla sicurezza, vorrei sottolineare un aspetto importante della cittadinanza come corredo di diritti civili, politici e sociali. Il senso comune *neoliberista* tende oggi a ridurre cittadinanza e diritti, specie sociali, a mero costo per lo Stato e i contribuenti. Ma il pensiero *liberale* li ha concepiti diversamente. Il pregio vero dei lavori di Michel Foucault sulla biopolitica è aver mostrato che anche i servizi sociali sono serviti all'economia capitalista: vedi alla voce *ordo-capitalismo*, la forma continentale del *neoliberismo*¹³.

2. SICUREZZA

Le Dichiarazioni dei diritti e le loro disposizioni di principio formulano valori eterogenei: soprattutto diritti, naturalmente, ma anche beni pubblici quali sicurezza sociale e nazionale. I sensi più comuni di "sicurezza", in effetti, coprono beni pubblici, oggetto di meri interessi individuali: come la sicurezza pubblica, o nazionale, e la sicurezza sociale. Ma nelle Dichiarazioni "sicurezza" indica anche autentici diritti individuali: la sicurezza individuale. Vediamo tutti e tre i sensi, in ordine inverso.

2. 1. La sicurezza *individuale*, vedremo, può anche chiamarsi *libertà-sicurezza*, può considerarsi un autentico diritto individuale, dichiarato dalle costituzioni e tutelato dai giudici: così, almeno, lo considerano autori angloamericani come Henry Shue e Jeremy Waldron¹⁴.

13 Cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* (2004), trad. it. Milano, 2005: che, per fortuna, di biopolitica non parla quasi, mentre parla, e molto, di anarco-capitalismo e ordoliberalismo.

14 Cfr. H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.*

Più esattamente, la sicurezza individuale può considerarsi un pacchetto di (micro-) diritti hohfeldiani: un macro-diritto¹⁵. Un elenco dei micro-diritti alla libertà-sicurezza si trova, ad esempio, all'art. 5 della CEDU.

La disposizione, intitolata «Diritto alla libertà e alla sicurezza», esordisce affermando che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»: stabilendo poi, sin dal primo comma, le condizioni alle quali si può essere privati della libertà personale. I commi successivi specificano vari diritti di *habeas corpus*: informazione sui motivi dell'arresto, rapida presentazione davanti a un giudice, diritto a ricorrere contro la carcerazione ed eventualmente a ottenere la scarcerazione o riparazioni pecuniarie¹⁶.

Nella prospettiva che va Hobbes allo Stato di diritto, in effetti, la sicurezza individuale non è un (macro-)diritto fra i tanti. Come diritto alla vita e all'incolumità fisica (*safety*), e divieto della tortura, "sicurezza" indica il *primo* (macro-) diritto soggettivo tutelato dal diritto oggettivo. L'endiadi libertà-sicurezza della Cedu mostra che si tratta del nucleo della libertà negativa: per questo parlo di libertà-sicurezza¹⁷. Lo stesso bene-sicurezza (sociale o nazionale) può considerarsi strumentale a questo valore finale.

Come diritto umano e fondamentale, il diritto alla sicurezza non spetta solo ai cittadini e alle potenziali vittime del terrorismo. Anzi, non è

S. Foreign Policy, Princeton, 1980, e J. Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs. Jurisprudence for the White House*, Oxford, 2010.

15 Entrambe le terminologie derivano dall'analisi dei diritti di Wesley N. Hohfeld, ma la prima, più usata, è stata introdotta da Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (N. J.), 1973, mentre la seconda, sinora idiosincratica, è usata da M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006.

16 Questa concezione della libertà-sicurezza come diritto soggettivo suscita le perplessità di A. Pintore, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Milano, 2008, pp. 279-310. Eppure, essa corrisponde a entrambi i paradigmi teorici del diritto soggettivo, *interest theory* e *will-theory*: riguarda interessi individuali, ma azionabili giudizialmente.

17 Ho discusso se questa formula, ripresa nell'art. 6 della Carta di Nizza, possa ancora considerarsi un'endiadi, sostenendo di no, in M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008.

neppure un diritto tutelato solo dallo Stato (*securité*, in francese), ma anche contro lo Stato (*sûreté*, sempre in francese)¹⁸. Il diritto spetta anche ai sospetti terroristi: e non per umanitarismo, ma perché i diritti loro e nostri sono indivisibili. Ciò può peraltro generare conflitti: fra sicurezza individuale e sicurezza nazionale, nonché fra le stesse sicurezze individuali.

Vedremo fra un attimo che il conflitto fra libertà-sicurezza individuale e sicurezza pubblica o nazionale – forse il caso paradigmatico di conflitto fra valori-principi costituzionali – può risolversi con bilanciamenti che salvaguardino il contenuto essenziale del diritto individuale. Ma ancor più delicati sono i conflitti *intra-rights*, fra diritti individuali alla sicurezza con diversi titolari: ad esempio, è ammissibile torturare un sospetto terrorista per salvare potenziali vittime¹⁹?

Noi garantisti tendiamo a rispondere di no, ma su basi meramente deontologiche: che suonano un po' come i valori non negoziabili della Chiesa suonano ai laici. In realtà, il divieto assoluto della tortura previsto dalla Convenzione in materia (1984), può difendersi anche su basi consequenzialiste, tipo l'utilitarismo della regola. Come mostra Cass Sunstein, un bilanciamento astratto di secondo livello basta a escludere bilanciamenti caso per caso di primo livello: così escludendo tutte le forme di tortura già ampiamente praticate, anche in Occidente²⁰.

2. 2 La sicurezza sociale è un bene collettivo, nucleo della cittadinanza sociale. Nella storia dello Stato moderno, assicurata la sicurezza nazionale (contro le aggressioni esterne) e pubblica (contro le aggressioni interne), s'è progressivamente garantita anche la sicurezza sociale: contro fame, malattie, disoccupazione, e simili. Sicurezza sociale e sicurezza pubblica

18 Così É. Balibar, *Le droit de cité*, Paris, 2002.

19 È l'esperimento mentale della *ticking bomb* avanzato nel capitolo IV di Alan Dershowitz, *Why Terrorism Work. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven (Cn.), 2003, che alcuni vorrebbero applicare a scenari reali.

20 Cfr. C. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* (2005), trad. it. Bologna, 2010, pp. 291-298.

o nazionale sono entrambe beni o fini pubblici da ottimizzare: massimizzazione alla quale, però, non si vantano autentici diritti, ma semplici interessi individuali.

La differenza fra autentici diritti e meri interessi individuali si può illustrare riferendosi ai diritti sociali: espressione usata sia per gli uni sia per gli altri. L'art. 32 Cost. formula la distinzione parlando della salute «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». Ora, come autentico diritto la salute può farsi valere davanti a un giudice. Come interesse della collettività, invece, tocca alla politica assicurarla discrezionalmente: io non ho diritto, ma solo un interesse, ad avere l'ospedale sotto casa.

Nella terminologia che ho ripreso da Luigi Ferrajoli, i diritti individuali sono tutelati da principi *regolativi*, gli interessi individuali e i beni pubblici corrispondenti sono invece garantiti solo da principi *direttivi*²¹. Una stessa disposizione, come l'art. 32 Cost. appena visto, può formulare entrambi i principi: ma la distinzione resta concettualmente netta. I principi regolativi sono obbligatoriamente *applicati* dai giudici; i principi direttivi sono *discrezionalmente attuati* dai governi.

Il termine “sicurezza” presenta la stessa ambiguità. Può indicare autentici diritti individuali: se sono personalmente minacciato e voglio ottenere protezione ho diritto a chiederla alla polizia e ai giudici. Ma può indicare meri interessi individuali: se ho paura del terrorismo posso solo affidarmi al governo, il quale assicurerà il bene-sicurezza in misura maggiore o minore. Il bene-sicurezza, infatti, è solo un'astrazione statistica: non esiste sicurezza assoluta, ma solo percentuali maggiori o minori del bene.

2. 3. La sicurezza che qui chiamerò *pubblica* o *nazionale* – il valore ritualmente invocato, anche contro la libertà-sicurezza, in tempi di guerra al terrore – è un valore antico almeno quanto i governi. Si pensi solo al *salus reipublicae* romano e al ciceroniano *silent leges in-*

21 Cfr. ampiamente L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013.

ter arma: dopotutto, non siamo ad Arpino per caso. Non è solo questa tradizione antichissima, però, a rendere difficile maneggiare giuridicamente la sicurezza pubblica o nazionale. È anche il vecchio problema dell'eccezione, o dei limiti del diritto.

Quando l'ex radicale Angelo Panebianco se la prende con gli «azzeccagarbugli» che osano intromettersi in questi temi, tocca una difficoltà reale. Io la chiamo trilemma della sicurezza: le questioni attinenti alla sicurezza ammettono tre soluzioni. Prima: la questione è solo militare o politica, dunque tacciano gli azzeccagarbugli. Seconda: la questione è sì giuridica, ma vincolata alla prevalenza del valore-sicurezza su qualsiasi altro. Terza: la questione è giuridica, ma aperta al bilanciamento fra sicurezza e altri valori.

Personalmente, contro Panebianco, credo non si possa sfuggire alla terza soluzione. Persino se un giudice, investito del problema, se ne sbarazza come di una *political question*, la sua sarà sempre una soluzione giuridica. Ma poi, e soprattutto, non esistono principi costituzionali che prevalgano sempre su altri in caso di conflitto: ossia gerarchie rigide o fisse. Come mostrano Robert Alexy e Riccardo Guastini, esistono solo gerarchie elastiche o mobili: in alcuni casi prevale un principio, in altri un altro²².

In caso di bilanciamento fra libertà e sicurezza, l'argomento securitario preferito è che, se non fosse assicurata la sicurezza collettiva, sarebbe impossibile garantire anche i diritti individuali. È vero, gli Stati falliti (*failed states*), come la Somalia o la Libia, devastati dalla guerra o dalla carestia, caduti sotto una certa soglia di (in)sicurezza sociale e nazionale non sono più in grado di assicurare né la sicurezza collettiva, né la sicurezza individuale: ammesso l'abbiano mai assicurata.

In questo senso, la sicurezza collettiva è davvero una pre-condizione della tutela dei diritti individuali. Ma gli Stati dell'Occidente attaccati dal terrorismo rischiano davvero di cadere sotto la soglia? In una sentenza del 2004, tre anni

22 Cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985; 1994) trad. it. Bologna, 2012 pp. 182-197, e R. Guastini, *Gerarchie normative*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1997, 27, pp. 463-487.

dopo l'Undici settembre, Leonard Hoffmann, giudice della House of Lords, ha risposto di no. Se lo rischiassero, come ai tempi della possibile invasione nazista del Regno Unito, i diritti individuali potrebbero sacrificarsi a interessi collettivi. Ma non lo rischiano²³.

La sicurezza pubblica o nazionale, ripeto, è un'astrazione statistica proprio in questo senso: oltre a non darsi sicurezza assoluta, della sicurezza possono solo misurarsi quantità probabilistiche. La maggior parte delle misure antiterroristiche che violano diritti di libertà, nota Waldron, ha effetti poco più che simbolici: si limita ad aumentare o diminuire il tasso di sicurezza o d'insicurezza, spesso di percentuali risibili. La probabilità che ha ognuno di noi di essere personalmente colpito dal terrorismo resta prossima a quella di essere colpiti da un fulmine²⁴.

Non occorre invocare ragioni deontologiche o valori non negoziabili, per difendere la libertà-sicurezza²⁵: bastano ragioni consequenzialistiche. Fra un rischio astratto per la sicurezza collettiva e la concreta violazione della libertà-sicurezza individuale non c'è partita: si dovrebbe sempre scegliere la seconda. La giurisprudenza costituzionale tedesca, e Alexy che la segue, chiamano questo principio *presunzione liberale*: si presume cioè che, nel bilanciamento fra libertà e sicurezza, il diritto individuale prevalga sul bene collettivo²⁶.

3. CITTADINANZA E SICUREZZA

I rapporti fra cittadinanza e sicurezza stanno all'incrocio tra due filoni di studi entram-

23 Cfr. A(FC) et al. V. Secretary of State for the Home Department (2004), UKHL56 (House of Lord), § 96.

24 Cfr. J. Waldron, *Torture, Terror, and Trade-offs*, Oxford, 2010, pp. 44-46: le misure cambierebbero le percentuali della probabilità di essere colpiti dal 52 al 53 %.

25 Come il divieto kantiano di usare le persone come mezzi, o il principio della separatezza e inviolabilità degli individui: cfr. R. Nozick, *Anarchia, Stato e utopia* (1974), trad. it., Firenze, 1981, p. 35.

26 Cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. cit., p. 601 (in termini di «presunzione fondamentale di libertà» o *in dubio pro libertate*).

bi fiorenti, separatamente presi: *citizenship studies* e *security studies*. Mentre però gli studi sulla cittadinanza, oggi, non possono eludere il tema della sicurezza, gli studi sulla sicurezza tendono a ignorare il tema della cittadinanza²⁷. Questo «deficit di cittadinanza negli studi sulla sicurezza», produce un atroce sospetto: non sarà che, una volta ridefiniti più rigorosamente i termini la cittadinanza diventi irrilevante per la sicurezza?

Temo sia proprio così: intanto, per ragioni concettuali. Cittadinanza e sicurezza appartengono a due famiglie di discorsi etici e pratici profondamente eterogenee. La cittadinanza appartiene al discorso repubblicano e democratico, nato con Machiavelli, la sicurezza al discorso liberale dei diritti, che inizia con Hobbes. I due discorsi convivono nel nostro senso comune, ma di fronte a problemi come l'emergenza terroristica la loro eterogeneità diviene esplicita, producendo irrilevanza della cittadinanza per la sicurezza.

Ma la cittadinanza diviene irrilevante per la sicurezza anche per ragioni empiriche. In tempi di *war on terror*, cioè, anche la cittadinanza tende a "securizzarsi", riducendosi alla protezione della nuda vita del cittadino da minacce interne ed esterne agli Stati. Questi si trasformano in enormi dipartimenti di polizia, e questi ultimi in sistemi di videosorveglianza, per risparmiare sul fattore umano²⁸. Ma consideriamo, finalmente, come la cittadinanza entri nelle dinamiche della sicurezza: specie nel suo senso giuridico, ma anche in quelli politico e sociale.

27 Lo registrano X. Guillaume, J. Huysmans, *Citizenship and Security*, introduzione a *Iid.* (ed.), *Citizenship and Security. The Constitution of Political Being*, London, 2014, pp. 1-17, specie p. 9. Da una rapida ricerca fatta in internet ad agosto 2016, fra i pochi lavori che accostino cittadinanza e sicurezza sin dal titolo è da citare solo T. Pitch, *Security Politics and Citizenship in the Eu*, <http://rfiea.fr/articles/security-politics-and-citizenship-eu>.

28 Così Z. Bauman, *Paura liquida* (2006), trad. it. Roma-Bari, 2008, p. 184 e, in termini di securizzazione, K. Rygiel, *The Securitized Citizen*, in E. F. Isin (ed.), *Recasting the Social in Citizenship*, Toronto, 2008, pp. 210-238, nonché P. Nyers (ed.), *Securitizations of Citizenship*. Abingdon (U. K.), 2009.

3. 1. Quanto alla cittadinanza *giuridica*, lo status di cittadino è coinvolto nei processi di securizzazione in molti modi. La vigilanza globale richiede cittadinanze nazionali: almeno una cittadinanza, possibilmente di un paese del Nord del mondo. Già la cittadinanza di un paese arabo genera sospetti; non parliamo poi di una *doppia* cittadinanza (*dual citizenship*), di un paese europeo e di un paese arabo. Da un lato, la cittadinanza è abbastanza importante che se ne minaccia il ritiro come sanzione, come vediamo subito; d'altro lato, non lo è a sufficienza, come vediamo subito dopo.

Il caso di scuola di ritiro della cittadinanza come sanzione è la costituzionalizzazione della *déchéance* dalla cittadinanza dei terroristi con *doppia* nazionalità (per non creare apolidi) proposta dal presidente francese Hollande dopo gli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi. Presentata dal primo ministro Manuel Valls come «un geste symbolique fort», e accolta dal novantadue per cento di favore nei sondaggi, la proposta ha prodotto le dimissioni di Christiane Taubira da ministro della giustizia, ed è stata infine ritirata²⁹.

Altrove ho considerato la misura indifendibile in base a tutti e tre i criteri del controllo di proporzionalità. La misura era *inadeguata* a produrre l'aumento della sicurezza, *non necessaria*, ossia sostituibile con misure meno lesive dei diritti, nonché *sproporzionata* rispetto allo scopo³⁰. Eppure, è bastato che in Germania si verificassero episodi di terrorismo lontanamente simili a quelli francesi perchè misure analoghe venissero riproposte: come se i governi seguissero una stessa sceneggiatura, scritta dalla politica-spettacolo³¹.

Altre volte la cittadinanza risulta rilevante per la sicurezza, ma solo in negativo. L'amministrazione Bush, ad esempio, ha inventato la categoria degli (*unlawful*) *enemy combatants* per detenere a Guantánamo prigionieri stra-

29 Cfr. C. Taubira, *Il mondo cade a pezzi, noi siamo il mondo* (2016), trad. it. Milano, 2016, specie pp. 59 ss.

30 Cfr. ancora M. Barberis, *Liberté, égalité, sécurité* cit..

31 In Germania, ad agosto 2016, si è discusso se ritirare la nazionalità a cittadini con doppia cittadinanza espatriati per unirsi all'Isis: misura che però presenta gli stessi inconvenienti costituzionali di quella francese.

nieri, altrimenti protetti dalle Convenzioni di Ginevra (1949)³². La cittadinanza straniera dei prigionieri, così, ha giovato loro solo quando alcuni paesi, come Regno Unito ed Emirati arabi, hanno consentito all'amministrazione Obama di rimpatriarli; ma con la nuova amministrazione Trump tornerà irrilevante.

La cittadinanza statunitense, invece, non ha evitato a oltre centomila nippo-americani residenti sulla West Coast l'internamento in campi di concentramento dopo Pearl Harbour, in base al sospetto che potessero collaborare a una (improbabile) invasione giapponese. La Corte suprema, d'accordo con l'amministrazione Roosevelt, considerò legittimo l'ordine d'internamento in *Korematsu v. United States* (1944); ma in *Ex parte Endo* (1944), lo stesso giorno, revocò l'ordine, rimandando a casa gli internati³³.

3.2. Quanto alla cittadinanza politica, essa viene talvolta presentata come versione "repubblicana" della retorica securitaria: e allora si propongono ronde anti-immigrati e anti-delinquenza, come s'è fatto recentemente in comuni emiliani governati dal Pd. Sempre nello stesso mood "cittadino", si appaltano i Centri d'identificazione ed espulsione dei migranti (Cie) – questi lager a cielo aperto – alle Cooperative sociali "rosse". Salvo scoprire che dei 35 euro per migrante pagati dallo Stato, solo 2 vanno ai migranti, e 33 a questo nuovo, e lucroso, business della sicurezza.

Allora ci si accorge che la cittadinanza è solo un impaccio per la sicurezza. Si pensi solo alla Ley orgánica sobre la protección de la seguridad ciudadana 4/2015, detta anche Legge bavaglio (*Ley mordaza*). Questa è stata approvata in Spagna dal penultimo governo Rajoy con il pretesto di assicurare la sicurezza. Ma lo sco-

32 Cfr. M. Evangelista, *Diritto, etica e guerra al terrore* (2008), trad. it. Milano, 2009, specie p. 71: secondo il Dipartimento della difesa, nel 2002, solo l'otto per cento dei prigionieri apparteneva ad al Qaeda, e solo l'undici per cento era stato catturato in combattimento.

33 Cfr. *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944), ma anche *Ex parte Endo*, 323 U. S., 283 (1944), di pari data. È appena il caso di ricordare che la Corte suprema era in gran parte nominata dal Presidente Roosevelt, con il quale si mosse chiaramente di concerto.

po vero era rendere più difficile l'esercizio dei diritti politici di manifestazione degli *indignados*: esercizio colpito da sanzioni pecuniarie spropositate (da 100 a 600.000 euro).

L'esercizio dei diritti politici di cittadinanza, insomma, è rilevante solo in negativo, quando disturba il business della sicurezza. Non si capisce, invece, come possa concorrere in positivo alle politiche anti-terrorismo. Nel Regno Unito i cittadini sono talvolta chiamati a esercitazioni di massa, un tempo contro il rischio atomico, più di recente contro il terrorismo. In Francia, il partito socialista chiama alla mobilitazione *citoyenne*. Ma come? Affollando le piazze per le esequie delle vittime?

In realtà, vi sono due importanti ragioni per cui la partecipazione politica non può costituire una risposta ai problemi della sicurezza. Intanto, cittadinanza e partecipazione sono in declino, sostituite dalla politica-spettacolo veicolata dai media e tale da surrogare la partecipazione politica, non da promuoverla. Il terrorismo fornisce alla politica-spettacolo straordinarie armi di distrazione di massa. Provvedendo alla sicurezza, i governi cercano di convincerci di controllare la situazione: e magari fosse così.

Poi, e soprattutto, le risposte *citoyennes* ai problemi della sicurezza, registrate da sondaggi, elezioni o referendum, non sono solo irrazionali: sono giuridicamente impresentabili. Pensiamo ancora alla *déchéance* dalla cittadinanza francese, acclamata nei sondaggi ma poi affossata per problemi di costituzionalità e, come se non bastasse, da una rivolta dei parlamentari socialisti. *L'état d'urgence*, invece, lascerà il posto all'ennesima draconiana legge antiterrorismo, che ribadirà i vincoli all'esercizio dei diritti politici e sindacali.

3.3. Quanto alla cittadinanza sociale – l'integrazione o inclusione sociale, cui sono finalizzate status di cittadino e partecipazione politica – anch'essa sarebbe un modo, forse l'unico efficace, per combattere l'emarginazione che alimenta il nuovo terrorismo. Ma dopo il tramonto del Welfare State, raso al suolo dalla governance globale neoliberista, e difeso solo dalle varie "terze vie" neoliberiste, da Blair a

Renzi, l'inclusione è diventata spaventosamente costosa.

In una situazione nella quale si centellinano ai cittadini i diritti sociali fondamentali, come si può pensare di dividere il bilancio della sicurezza sociale con i nuovi venuti, i migranti, con tutti quei loro imbarazzanti diritti umani, tipo la vita e la salute? E infatti lo si divide, il bilancio della sicurezza sociale, solo sinché il denaro dei contribuenti sgocciola (*spill over*) sulle cooperative sociali e sul business della sicurezza. Ma quando non sgocciola più, allora è più semplice e più economico rimandarli a casa, i migranti.

Un bel precedente per le politiche di rimpatrio coatto, e per la loro cecità-alla-cittadinanza (*citizenship-blindness*), è l'espulsione di un milione di messicani da parte del governo degli Stati Uniti, a guida prima repubblicana e poi democratica, nella prima metà degli anni Trenta del Novecento. Il sessanta per cento di loro erano cittadini statunitensi. Eppure, a differenza dei nippo-americani internati per ragioni di sicurezza nazionale, furono espulsi per non estendere pure a loro il privilegio della sicurezza sociale³⁴. Cosa potrebbe fare di peggio, ora, il presidente Trump?

A integrarsi, oltretutto, è di regola solo la prima generazione di migranti, uscita dall'incubo delle guerre e della fame. Ma siccome i migranti, oltre ad altri difetti, hanno anche un'incoercibile tendenza a riprodursi, allora succede che la seconda o terza generazione non si integrino affatto. Hai un bell'istruirli nelle scuole pubbliche, per non parlare di affidarli ai servizi sociali: figli e nipoti dei migranti possono diventare lupi solitari o *foreign fighters*. Rischio che corrono anche i nostri figli e nipoti, del resto.

Persa la comunità, ammesso sia mai esistita, figli e nipoti di immigrati e aborigeni sono egualmente esposti al solipsismo di massa generato dai social media. Infatti, specie per i *millennials*, ormai nativi digitali, i media non sono più strumenti d'integrazione, ammesso

34 Cfr. K. Johnson, *The «Huddled Masses». Immigration and Civil Rights*, Philadelphia, 2004 e, soprattutto, F. E. Balderrama, R. Rodriguez, *Decade of Betrayal: Mexican Deportation in the 1930s*, Albuquerque, 2006.

lo siano mai stati: sono un ambiente vitale, talora l'unico. Per chi vive connesso al proprio smartphone, allora, il guerriero con la bandiera nera dell'Isis può diventare più reale delle persone in carne e ossa: generando così una «guerra dei sogni», ma capace di uccidere proprio come le altre³⁵.

In conclusione. Cittadinanza e sicurezza sono diritti e beni diversi, normalmente compatibili, ma che possono entrare in conflitto in caso d'emergenza. Allora la cittadinanza può essere sacrificata alla sicurezza. Ma è tanto più facile sacrificarla in quanto la cittadinanza si sia già svuotata dei propri contenuti politici e sociali, e si sia ridotta a uno status giuridico prezioso, ormai, soprattutto per gli abitanti del Nord del mondo. Un privilegio, dunque, che può tranquillamente essere tolto ai nuovi arrivati: anche solo per rassicurare chi ha la fortuna d'essere arrivato prima.

Mauro Barberis (1956) è ordinario di Filosofia del diritto presso il IUSLIT dell'Università di Trieste. È autore di una trentina di libri sulla teoria analitica del diritto e la storia delle dottrine giuspolitiche. È condirettore di *Materiali per una storia della cultura giuridica*, *Ragion pratica* e *Il Mulino*, editorialista del *Secolo XIX* e blogger del *Fatto quotidiano* e di *Micromega*.

barberis@units.it

35 Cfr. M. Augé, *La guerra dei sogni. Esercizi di etno-fiction* (1997), trad. it., Milano, Elèuthera, 2011.

LA CITTADINANZA TRA NOTHOI E IDIOTAI

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il contributo, prendendo spunto dalla cittadinanza ateniese ai tempi di Pericle, esamina l'attuale ruolo discriminatorio di tale istituto nei confronti di esseri umani riconosciuti come non-cittadini e, pertanto, privati di tutti quei diritti che alla cittadinanza fanno capo. Nuovi bastardi, che si aggiungono ai cittadini oramai privi di ogni attributo sovrano ed in balia di potentati economico-burocratici privi di ogni rappresentanza politica, che dominano la vita sociale.

Citizenship can discriminate against foreigners resident in a State depriving them of the rights enjoyed by citizens, as in Athens, during the age of Pericles. Even citizens are deprived of political rights if political and economic decisions are the prerogative of techno-bureaucracy. New *nothoi* and new *idiotai*.

SOMMARIO

§ 1. UNA PREMESSA SCONTATA; § 2. INTORNO AI NUOVI NOTHOI, OVVERO I BASTARDI DELL'ERA CONTEMPORANEA; § 3. SUL PROLIFERARE DELLE INCAPACITÀ GIURIDICHE SPECIALI; § 4. GLI IDIOTAI: OVVERO SULLA GENTE SUPERFLUA; § 5. A GUISA DI CONCLUSIONE.

§ 1. UNA PREMESSA SCONTATA

Volendo osservare il concetto di cittadinanza, prescindendo cioè da ogni sua specifica

PAROLE CHIAVE

CITTADINANZA; DEFICIT DEMOCRATICO; INCAPACITÀ GIURIDICA SPECIALE; TECNO-BUROCRAZIA; NET-DEMOCRAZIA; POST-VERITÀ.

KEYWORDS

CITIZENSHIP; DEMOCRATIC DEFICIT; SPECIAL LEGAL INCAPACITY; TECHNO-BUREAUCRACY; NET-DEMOCRACY; POST-TRUTH.

concezione od invero storico, si scorge con agio il suo tratto caratteristico e, aggiungerei, il *pregio* rispetto ad altre forme di relazione tra il singolo e una comunità rappresentantesi come organizzazione politica.

La cittadinanza, infatti, si pone quale radicale opposizione alle forme di sudditanza; in queste il singolo appartiene all'organizzazione istituzionalizzata dei rapporti comunitari, che ne fa un suo strumento – da cui all'aristotelico rapporto dispotico.

È noto come per Aristotele la comunità politica è tale perché si costituisce ed opera attraverso rapporti di natura *politica*, i quali si caratterizzano e diversificano rispetto ad altre

forme di rapporti relazionali per riconoscere come protagonisti soggetti “liberi ed eguali”; infatti, l’attività politica “si esercita su uomini per natura liberi” (*Politica*, I, 7, 1255 b¹), i quali non sono rappresentabili come mezzi per raggiungere fini che non li appartengono.

In tal caso (ed è quello della sudditanza) il rapporto non si configura come *politico*, bensì come *dispotico*, ovvero quale rapporto padronale, nel quale, in funzione del padrone, “ogni oggetto di proprietà è strumento per la vita e la proprietà è un insieme di strumenti: anche lo schiavo è un oggetto di proprietà animato e ogni servitore è come uno strumento che ha precedenza sugli altri strumenti” (*Politica*, I, 4, 1253 b, 30-35).

Di converso, sussistono rapporti i quali prevedono che ognuno dei partecipanti, in quanto libero dagli altri ed eguale agli altri, sia fine a se stesso in un ambito informato dalla ricerca del bene comune – questi sono i rapporti politici – e si contrappongono a rapporti, definiti dispotici, nei quali l’uno è soggetto all’autorità dell’altro ed è finalizzato al raggiungimento di obiettivi che non gli sono propri, ma che gli vengono imposti dal padrone al fine di utilizzarlo per raggiungere le sue proprie finalità a prescindere da ogni ricerca del bene proprio alla comunità. In questo caso l’oggetto animato è pur sempre uno strumento, alla stessa stregua di qualsiasi altro utensile di proprietà del padrone che lo usa a suo piacimento.

In ambito comunitario questo quadro inibisce ogni relazione biunivoca; tra sovrano/padrone e suddito/schiavo non vi è, infatti, comunicazione in senso stretto, solo comandi unidirezionali, ordini (che possono declinarsi, ad esempio, lungo i diversi assi weberiani analizzati nella sua *Herrschaftssoziologie*²).

La cittadinanza esige invece una relazione biunivoca, una comunicazione tra il singolo e l’organizzazione politica, che genera un dop-

1 Si cita dalla trad. it. di R. Laurenti in Aristotele, *Opere*, vol. VIII, Roma-Bari, 1989.

2 Per Weber ogni dominio (*Herrschaft*) viene esercitato per mezzo di una struttura organizzativa, la quale può assumere, al fine di rappresentarsi come ordine legittimo e non solo come potenza (*Macht*) le sembianze di un potere tradizionale, carismatico oppure razionale. Cfr. *Economia e società*, vol. I, trad. it. Bologna, 1972, pp. 207 e segg.

pio legame per il quale il cittadino appartiene alla città e la città appartiene al cittadino³; la qual

3 Riferendoci ad un concetto di cittadinanza transepocale, si preferisce omettere l’utilizzo del termine *stato*, che rimanda inequivocabilmente ad un’entità propria solo alla modernità giuridico-politica. Il termine /stato/ è termine ambiguo; allo stesso infatti può essere ascritta, sempre nel linguaggio politico-giuridico, una definizione di natura generale (più che lessicale) per la quale lo /stato/ (da *status*) è la condizione di un paese nei suoi dati sociali e politici, nella sua costituzione materiale e, quindi, nel suo ordinamento; lo /stato/ è perciò tutto ciò che riguarda la vita umana organizzata e non direttamente rivolta ad un fine spirituale. In questo primo senso, lo stato descrive la struttura politica, quindi mondiale, di una comunità. Alla luce di quanto rilevato, qualsivoglia organizzazione dei rapporti politici può venire designata con il termine /stato/.

Accanto a questa definizione generale si colloca una seconda definizione, che qui definiamo – forse impropriamente – stipulativa, ai sensi della quale lo *Stato* (qui sinonimo di *potestas* – potere su – e non di *auctoritas* – potere di) non appare, per così dire, un concetto universale, onnicomprensivo di qualsiasi forma di organizzazione politica, ma indica e descrive unicamente una particolare forma di ordinamento politico sorto in Europa da un processo che affonda le proprie radici nel Tredicesimo secolo e giunge a compimento nel Diciannovesimo secolo. Carl Schmitt, in *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, scrive: “lo stato che nel XVII secolo sorse e si impose nel continente europeo è effettivamente un’opera dell’uomo differente da tutti i precedenti sistemi di unità politica. Lo si può considerare il più importante prodotto del secolo della tecnica, il primo meccanismo moderno in grande stile e, secondo una certa definizione di Hugo Fischer, la *machina machinarum*” (trad. it. in *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, 1986).

Questa particolare forma di stato diventerà nel lessico comune lo *Stato tout court* e si caratterizza, al suo concreto sorgere agli albori del secolo Diciannovesimo, attraverso tre momenti che fanno sì che lo *Stato* sia, per usare la nota espressione di Max Weber, il monopolizzatore delle forze legittime; cfr. *Economia e società*, cit., p. 53. I tre elementi che tra loro combinati danno vita a questa particolare prassi di gestione dei rapporti societari sono: il momento giuridico, per il quale nello *Stato* risiede il monopolio della produzione giuridica, nel senso che non vi è diritto al di fuori di quello prodotto dallo *Stato* (pertanto è questo ente che determina direttamente i comportamenti individuali); il momento politico, che implica l’eliminazione del pluralismo organico proprio alle società corporative per ceti, quindi l’assenza di ogni altro centro di autorità con autonome funzioni politiche (questo determina l’assenza di ogni mediazione fra il sovrano ed i consociati, tutti considerati eguali a fronte del potere); infine il momento sociologico che si

cosa risulta invece impossibile avuto riguardo al rapporto di sudditanza, nel quale il suddito appartiene all'entità sovrana, la quale è altra da lui. Per Aristotele, infatti, "un essere che per natura non appartiene a se stesso ma a un altro, pur essendo uomo, per questo è per natura schiavo: e appartiene a un altro chi, pur essendo uomo, è oggetto di proprietà: e oggetto di proprietà è uno strumento ordinato all'azione e separato" (*Politica*, I, 4, 1254 a, 15).

La cittadinanza si sviluppa in contesti opposti; seguendo ancora il magistero dello Stagiritia, riconosciamo come "lo stato non è comunanza di luogo né esiste per evitare eventuali aggressioni e in vista di scambi: tutto questo necessariamente c'è, se dev'esserci uno stato, però non basta perché ci sia uno stato: lo stato è comunanza di famiglie e di stirpi nel vivere bene: il suo oggetto è una esistenza pienamente realizzata e indipendente"; si evince, pertanto, come l'organizzazione politica è funzionale non soltanto al raggiungimento di obiettivi prettamente materiali, dalla difesa interna ed esterna al prosperare degli scambi economici, tutti riconducibili al solo benessere materiale; infatti, "il fine dello stato è il bene vivere e tutte queste cose sono in vista del fine". Va quindi ribadito come "lo stato è comunanza di stirpi e di villaggi in una vita pienamente realizzata e indipendente: è questo, come diciamo, il vivere in modo felice e bello. E proprio in grazia delle opere belle e non della vita associativa si deve ammettere l'esistenza della comunità politica" (*Politica*, III, 9, 1280 a - 1281 a). Una comunita attraverso uno Stato di tipo amministrativo, quindi dotato di uno strumento operativo burocratico, che agisce in modo razionale (come si suol dire efficace ed efficiente) verso obiettivi prefissati dal centro della sovranità. Come si evidenzia lo Stato è fenomeno prettamente moderno, che trova il proprio compimento con l'opera di codificazione. Su tale questione, che in questa sede non può ritrovare approfondimento, si vedano almeno le voci di P. Schiera, *Stato moderno*, e N. Matteucci, *Liberalismo*, entrambe redatte per il *Dizionario di politica* (rispettivamente pp. 1329-1333 e p. 576), nonché F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983. Più di recente è intervenuto su questi temi F. Riccobono, *sub voce Stato* in *Enciclopedia Italiana*, VII Appendice (2007). Sull'uso "improprio" del termine Stato per designare entità politiche pre-moderne si rimanda a P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 32-35.

munità politica la quale non può che essere costituita da cittadini, da esseri umani liberi, che interagiscono politicamente tra loro all'interno di una comunità istituzionalizzata da essi stessi e nella quale operano.

Abbandonando per il momento la greicità classica, osserviamo come ci si trova di fronte ad una sorta di sdoppiamento della categoria della cittadinanza: per un verso la *cittadinanza-appartenenza*, che genera principalmente obblighi, fra i quali spicca il vincolo di fedeltà che lega in cittadino all'ente politico di cui fa parte, per altro la *cittadinanza-partecipazione* (per Aristotele "cittadino in senso assoluto non è definito da altro che dalla partecipazione alle funzioni di giudice e alle cariche", *Politica*, III, 1, 1275 a, 20). La presenza di questo secondo elemento distingue l'istituto della cittadinanza da quello della sudditanza, caratterizzato dalla sola appartenenza all'entità sovrana di quel singolo che risulta essere centro di imputazione di soli doveri determinati dalla prima. In questo contesto, infatti, il suddito non ha obblighi, perché se così fosse a questi corrisponderebbero dei diritti che egli potrebbe opporre a quelli del sovrano, ma se così fosse quest'ultimo non sarebbe più sopra ogni cosa⁴. Per inciso, va solo evidenziato come, seguendo questo itinerario, lo stesso rapporto giuridico sfuma, sino a rappresentarsi quale rapporto dispotico; infatti al suddito, in linea di principio, non è riconosciuta, per lo meno da un punto di vista politico, alcuna capacità.

Sull'altro versante, a fronte degli obblighi il cittadino gode dei diritti, fra i quali emergono, proprio evidenziando l'elemento partecipativo dell'istituto della cittadinanza, i diritti politici, la cui vigenza risulterebbe caducante se non accompagnata dalla previa statuizione e dalla piena attuazione dei diritti civili (e poi dei diritti sociali), così come il concreto sviluppo della concezione moderna di cittadinanza ha, dalla Rivoluzione francese in poi, evidenziato⁵.

4 Cfr. in tema J.-J. Chevallier, *Storia del pensiero politico. I. Dalla città-stato all'apogeo dello Stato monarchico*, trad. it. Bologna, 1981, pp. 526-527.

5 Lampante esempio viene offerto dall'articolo 3, comma secondo del dettato costituzionale italiano che, come ampiamente noto, recita: "è compito della Repubblica

Va in proposito rammentato come la concezione moderna di cittadinanza viene fatta risalire proprio alla *Révolution*, che con *Déclaration* del 26 agosto 1789 sancisce i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà e, proprio con specifico riferimento ai diritti di partecipazione politica, all'articolo sesto nomina *les citoyens*, ricollegandosi in tal modo a quella tradizione politica democratica caratterizzante (parte) della grecità e della romanità classica, che verrà innestata sul vittorioso *Tiers État* esaltato pochi mesi prima da Sieyès nel suo immortale pamphlet: "*le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers? TOUT*"⁶.

Il concetto di cittadinanza, a prescindere da ogni sua concezione, è, pertanto, inscindibile dal rapporto politico (fra uomini liberi ammonisce lo Stagirita), ed è la radicale negazione del rapporto dispotico (fra il padrone ed il suo strumento).

§ 2. INTORNO AI NUOVI NOTHOI, OVVERO I BASTARDI DELL'ERA CONTEMPORANEA

Fin qui, seguendo le espressioni che fanno da cornice a codesto seminario di studi, *Il cittadino e lo straniero: prerogative e limiti della categoria della cittadinanza*, le prerogative – o, meglio, i pregi – della categoria della cittadinanza, che ci appare quale momento di *inclusione* attraverso lo sviluppo ed il declinarsi dialettico della reciproca appartenenza a cui sopra si è fatto cenno e che spezza il giogo della sudditanza.

Il cittadino nell'appartenere ad una città se ne prende cura, la città è, pertanto un suo bene; non bene personale, *privato*, da cui a quelle forme degenerate di governo – il riferimento è ancora ad Aristotele⁷ – che di fatto inibiscono

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

6 Si cita da *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Paris, 2002, p. 5 (vedi, fra le molte, la trad. it. a cura di U. Cerroni, Roma, 1992).

7 *Politica*, III, 6, 1278b -1279a.

il sorgere ed lo svilupparsi della cittadinanza⁸, ma *bene comune*, a cui tutti partecipano.

A fronte di questi indubbi pregi, la nostra categoria palesa dei forti limiti, talmente pregnanti da riuscire a rovesciare quell'attitudine all'inclusione che parrebbe, se colto nella cittadinanza solo questo aspetto, esserne la caratteristica principale. La cittadinanza, ed è questa la sua seconda dimensione, risulta, nel contempo, anche categoria di *esclusione*, ovvero momento di privazione del godimento di diritti propri al cittadino di colui che cittadino non è (o non ha le caratteristiche per essere un *cives optimo iure*⁹).

Al fine di evidenziare questo secondo aspetto, influenzato da un interessante studio presentato da Anna Jellamo in un simposio su "Diritto e Letteratura" e intitolato *La "legge sulla cittadinanza" nel teatro di Euripide*¹⁰, mi permetto di andare ancora a ritroso nel tempo sino a giungere al 451-450 a.c. e collocarmi nella Atene democratica (*politia*) di allora, ove, su pressione di Pericle, vengono ridefiniti i requisiti per accedere alla cittadinanza ateniese¹¹.

Per ciò che ci può riguardare, viene stabilito che la cittadinanza ateniese possa essere acquisita soltanto da figli di genitori entrambi cittadini ateniesi, con l'esclusione però dei figli naturali, quindi dei cosiddetti *bastardi* (*nothoi*). Quest'ultimi, pur risultando di sangue

8 *Politica*, III, 6, 1275a -1275b.

9 Tale questione, il limite all'esercizio della piena cittadinanza, è presente già agli albori della cittadinanza moderna, se, come ampiamente noto, il Sieyès sopra richiamato escludeva dai diritti politici i *citoyens* non proprietari (si rimanda alla nota 15).

10 La Relazione è stata presentata all'interno dell'incontro *A Picture of Law. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* tenutosi a Trento il 16 e il 17 giugno 2016 (ora in corso di pubblicazione).

11 Cfr. in argomento L. Prandi, *Ricerche sulla concessione della cittadinanza ateniese nel V sec. a.c.*, Milano, 1982; per un primo approccio alla visione politica nella grecità classica si rimanda a K. Rosen, *Il pensiero politico dell'antichità*, trad. it. Bologna, 1999 (il volume si raccomanda oltre che per la chiarezza espositiva per l'accurata nota bibliografica). Cfr. anche il numero monografico della rivista "Etica e Politica", IX (2007), n. 1, *Nomos e despotes: legge e prassi giudiziaria nella società greca antica* (con contributi di C. Bearzot; J.-M. Bertrand; M. Faraguna; S. Ferrucci; E. M. Harris; A. Maffi; G. Thür e R. W. Wallace).

ateniese, sono esclusi, per ragioni da loro non dipendenti e precedenti al loro stesso concepimento, dall'esercizio di quelli che noi definiremmo i diritti politici, nonché, cosa di non secondaria importanza, dall'asse ereditario dei genitori. Sono quindi privati della gestione della cosa pubblica e della gestione della cosa privata, la proprietà degli avi.

I *nothoi* si ritrovano quindi in una situazione di chiara minorità nei confronti dei cittadini ateniesi, pur appartenendo alla medesima stirpe. Oltre a questi risulta esclusa dalla cittadinanza anche la prole legittima di coppie *miste* (ateniese e non ateniese), per tacer dei figli degli stranieri dimoranti in Atene. Tutte categorie escluse a priori dalla possibilità di accedere allo *status* di cittadino.

Si evidenzia, pertanto, che sin dai suoi albori, la categoria della cittadinanza sia sì momento di inclusione egualitaria, ma nel contempo possa assumere valenze discriminatorie nei confronti dei non cittadini, esseri umani che non potendo aprioristicamente accedere a tale *status* non godono i diritti che (solo) da questo derivano. La cittadinanza si tramuta in uno strumento di divisione ed esclusione.

Tale connotato pare radicarsi sempre più nell'attuale uso della cittadinanza, se, come è stato con autorevolezza riconosciuto, la cittadinanza, ancora attualmente, acquista i contorni di uno "status privilegiato cui conseguono diritti non riconosciuti ai non cittadini"¹². In questo quadro, la cittadinanza appare come "l'ultimo privilegio di status, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali"¹³.

12 L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo, a cura di, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, Laterza, p. 291 (con contributi di L. Baccelli, R. Bellamy, A. Brillante, P. Costa, S. Rodotà, E. Santoro, F. P. Vertova e dello stesso curatore).

13 *Ibidem*, p. 288. Cfr. in proposito anche lavoro di L. Bonzano, *Uno studio socio-politico sul diritto d'asilo: Italia e Inghilterra a confronto nei racconti dei rifugiati del Darfur*, dissertazione presentata al Dottorato di Ricerca in Filosofia del diritto - curriculum di Sociologia del diritto, Università degli Studi di Milano, anno accademico 2010-2011. Più di recente interviene in tema, fra i molti,

Al fine di comprendere se ancor oggi, come palesato dall'opinione di Ferrajoli, ci troviamo di fronte a dei *nothoi*, ovvero *bastardi* discriminati per ruoli ascritti e non acquisiti, è bene volgere ancora una volta lo sguardo a ritroso verso l'Atene di Pericle, ove ci viene ribadito come l'istituto della cittadinanza si opponga sin dal suo sorgere alla valenza sociale e politica dei ruoli ascritti per nascita, sviluppandosi dall'idea di eguaglianza di tutti gli esseri umani.

È, infatti, lo stesso Pericle nell'*Orazione funebre per i primi morti della guerra del Peloponneso* tramandataci da Tucidide¹⁴, a rammentarci, delineando "i principi di vita che ci hanno diretti a tanta potenza, e la costituzione e i costumi civili in virtù dei quali s'è potuta estendere e consolidare", come in Atene conti il merito personale non la nascita; nella città dell'Attica vige infatti la "democrazia, governo nel pugno non di pochi, ma della cerchia più ampia di cittadini: vige anzi per tutti, da una parte, di fronte alle leggi, l'assoluta equità di diritti nelle vicende dell'esistenza privata; ma dall'altra, si costituisce una scala di valori fondata sulla stima che ciascuno sa suscitarsi intorno, per cui, eccellendo in un determinato campo, può conseguire un incarico pubblico, in virtù delle sue capacità reali, più che nell'appartenenza a questa o a quella fazione politica".

Dunque, eguaglianza di tutti i cittadini nella gestione del bene pubblico e cariche pubbliche fondate sulle capacità reali, non sulle relazioni sociali; cariche alle quali chiunque può accedere per merito e senza distinzione di censo; infatti, "se si considera il caso di un cittadino povero, ma capace di operare un ufficio utile allo stato, non gli sarà d'impedimento la modestia della sua condizione".

Gli ateniesi sono dunque posti dall'ordine politico che regge la città tutti sullo stesso piano ("siamo noi stessi a prendere direttamente le decisioni o almeno a ragionare come si conviene sulle circostanze politiche"), dando vita ad una democrazia che la fa esempio per l'Ellade.

E. Greblo, *I confini della cittadinanza*, in "Etica e Politica", XVI (2014), n. 2.

14 Questa, come noto, è riportata nel Libro secondo del *La Guerra del Peloponneso*. Cfr. la trad. it. curata da E. Savino, Milano, 1995.

Non vi è apparente discriminazione nemmeno dei confronti dei non cittadini; infatti, è ancora Pericle, “la città accoglie tutti, senza provvedimenti d’espulsione per segregare i forestieri”.

Se tale è il contesto, quale è allora la ragione che ha indotto lo stesso Pericle a volere fortemente una legge sulla cittadinanza fondata su quello che noi chiameremmo *ius sanguinis* a totale discapito dello *ius soli*? Va pertanto ricercata la *ratio* di una legge sulla cittadinanza che privilegia l’ateniese rispetto al forestiero (non al *barbaros*, ma all’elleno confluente in Atene), ed in particolare l’ateniese figlio legittimo rispetto al *nothos* ed alla prole di un’unione mista (fra l’altro, al fine di stornare ogni dubbio sull’intento politico e non morale della legge voluta da Pericle, va rilevato come lo stesso ha una consolidata relazione *more uxorio* con Aspasia di Mileto, la quale gli darà un figlio, Pericle il Giovane, che solo per particolare concessione del popolo di Atene – i figli legittimi di Pericle sono periti nella pestilenza ed egli è privo di discendenza – potrà acquisirne la cittadinanza).

Tale provvedimento si inserisce, in buona sostanza, nel quadro del perseguimento, da parte dello stesso Pericle, dell’egemonia ateniese nella vita politica dell’intera Ellade, in un momento in cui la città di Atene conosceva un notevole afflusso di forestieri dovuto principalmente a ragioni economiche; la città vive infatti una notevole prosperità, non a caso ci collochiamo nell’epoca della costruzione del Partenone e dell’ampliamento del porto del Pireo (Pericle, nell’*Orazione*, rivolgendosi agli ateniesi li sprona ad “esplorare con occhi d’amanti il crescere in concreta potenza, giorno dopo giorno, della nostra città, e ardere per lei”).

In una realtà destinata, nel disegno di Pericle, ad assumere un ruolo più che centrale nella vita della Grecia, il controllo dei suoi organi politici, ove “siamo noi stessi a prendere le decisioni”, deve rimanere agli ateniesi; bisogna pertanto escludere, anche attraverso l’espediente d’una cittadinanza fondata esclusivamente sul sangue, gli stranieri da quello che noi definiremmo il gioco democratico.

La legge sui *nothoi* ha fundamentalmente questa funzione, escludere i non ateniesi dalla vita politica della città, relegarli, da questo

punto di vista, in un ruolo marginale; tutto ciò a fronte del fatto che, nella *scuola dell’Ellade* (“la città nostra è, nel suo complesso, una viva scuola per la Grecia”), per i suoi cittadini, si inverino i fondamenti della *politeia*: eguaglianza, libertà e piena partecipazione politica. Ma solo per i suoi cittadini¹⁵.

§ 3. SUL PROLIFERARE DELLE INCAPACITÀ GIURIDICHE SPECIALI

Estrapolando da tale realtà la figura del *nothos* e legandola idealmente a tutti coloro che risultano discriminati per ruoli ascritti, possiamo riconoscere la sua presenza anche ai giorni nostri attraverso la constatazione del depauperarsi, per taluni, della vigenza di diritti legati in linea di principio ad ogni essere umano, ma che, nel caso di non cittadini, perdono il loro originario vigore, sino a ridursi, nei casi estremi, alla proverbiale lettera morta.

Nel seguire questo itinerario, va preventivamente riconosciuto che se, per lo meno nel caso italiano, ci troviamo di fronte ad un istituto della cittadinanza unitario, la categoria del non cittadino risulta invece variegata, declinandosi in differenti modi, i quali ritrovano distinte regolamentazioni giuridiche originanti altrettanti *status* giuridici caratterizzati da un graduale aumento delle *incapacità giuridiche speciali* man mano che ci si allontana dal *cives optimo iure*.

A comprova dell’attuale unitarietà dell’istituto va richiamata anzitutto la nostra Costituzione

¹⁵ Va richiamata a tale proposito la vicenda dello statonazione, il quale si caratterizza per la presenza di un sistema elettorale censitario, che esclude, in ragione della proprietà, dall’esercizio dei diritti politici la gran parte della popolazione; una realtà ove il *cives optimo iure* era, come del resto chiaramente teorizzato dallo stesso Sieyès sopra richiamato, il *borghese*. Tale esperienza può venire accostata, avuto riguardo al discorso che qui si svolge, alla legge sui *nothoi* di Pericle, certo i contesti sono totalmente differenti, quello ottocentesco è addirittura informato dai *droits de l’homme* frutto della *Déclaration*, pur tuttavia le finalità ci appaiono simili: il mantenimento del controllo politico ed economico sulla società, in un contesto ove alla creazione del benessere, che sarà gestito da una parte, partecipa la totalità della popolazione e non solo i cittadini in senso stretto. Ma non è certamente questa la sede per approfondire questo tema.

ne, che si rivolge sempre, nell'enunciare diritti e nel porre doveri, a tutti i cittadini (fa eccezione l'articolo 53 che si rivolge a chiunque – cittadini e stranieri – acquisisca reddito in Italia).

Al contrario, la categoria degli stranieri risulta variegata sin dalla sua enunciazione nell'articolo 10, comma secondo della Costituzione che stabilisce che la loro condizione sia “regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”, permettendo di stabilire per legge un regime differenziato per categorie di stranieri, anche avuto riguardo al tutt'ora in vigore articolo 16 delle Disposizioni sulla legge in generale, che prevede, nel trattamento dello straniero, la “clausola della reciprocità”.

Fra i differenti *status*, quello più prossimo alla cittadinanza è tradizionalmente ascrivibile agli “italiani non appartenenti alla Repubblica” (gli *ex regnicoli*), di cui fa menzione l'articolo 51 del Dettato costituzionale e che, fra l'altro, rappresenta, nei limiti previsti dall'articolo 17 *bis* della legge n. 91 del 1992, titolo per richiedere il riconoscimento del diritto alla cittadinanza italiana. Come noto “la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificar[li] ai cittadini italiani”.

Tale categoria può di fatto restringersi ai soli *ex* cittadini italiani “già residenti nei territori facenti parte dello Stato italiano successivamente ceduti alla Repubblica jugoslava in forza del Trattato di pace firmato a Parigi il 10 febbraio 1947 [... ed ...] alle persone di lingua e cultura italiane che siano figli o discendenti in linea retta dei soggetti” di cui sopra, così al richiamato articolo 17 *bis* della legge 91/1992¹⁶. A questi si affianca, per la sola concessione della cittadinanza secondo i criteri dello *ius sanguinis*, nettamente prevalenti nella legislazione italiana in materia¹⁷, lo “straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini

16 Cfr. in tema P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1983, p. 43, il quale esclude che all'interno di tale categoria possano annoverarsi gli italiani di Nizza, del Canton Ticino, di Malta e della Corsica. Vedi anche C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p. 132.

17 Cfr. in tema il volume collettaneo curato da Giovanna Zincone, *Familismo legale. Come (non) diventare italiani*, Roma-Bari, 2006.

italiani per nascita”, purché “vi risieda legalmente da almeno tre anni”.

A questa prima categoria di non cittadini seguono i “cittadini degli Stati membri dell'Unione europea”, di cui all'articolo 2 del *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*; ai predetti non cittadini tali disposizioni non si applicano “se non in quanto si tratti di norme più favorevoli”. Tali non cittadini, in quanto *comunitari*, sono, di fatto, parificati ai cittadini italiani nel godimento dei diritti civili e sociali e, in seguito alla cosiddetta cittadinanza europea, di diritti politici limitati alle elezioni amministrative ed europee.

Straniero, in quanto *extraneus*, appare certamente il non cittadino richiamato dall'articolo 10 della Carta costituzionale ai commi secondo, terzo e quarto. In particolare il comma terzo introduce il diritto d'asilo per “lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”. Per inciso, va notato che la circoscrizione degli aventi diritto d'asilo prevista dal predetto articolo del Dettato appare non comprensiva dell'intera categoria dei *rifugiati* così come è venuta sviluppandosi dall'articolo 1 della Convenzione di Ginevra del 1951¹⁸. All'intero di questo quadro, sia pur con alcuni distinguo (vedi ad esempio il primo comma dell'articolo 16 della legge 91 del 1992 in merito agli obblighi del servizio militare), può collocarsi la categoria degli *apolidi*. Tale straniero, se “regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano” (così al secondo comma dell'articolo 2 *Testo unico* del 1998).

Gli stranieri non rientranti nelle categorie sopra descritte, salvo accordi bilaterali, risulta-

18 Ai sensi di detto articolo, rifugiato è “chiunque, nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi”.

no titolari dei soli diritti civili, mentre l'erogazione dei diritti sociali risulta legata allo *spirito di carità* dello Stato ospitante¹⁹.

Differente appare il caso del non cittadino non comunitario e non *ex regnicolo*, il quale versa in condizioni di irregolarità; a questo "sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti" (così al primo comma dell'articolo 2 del Testo unico del 1998).

Va osservato, seguendo la scala qui proposta, un graduale depauperarsi della protezione giuridica sino a giungere alla generale ascrizione, al cosiddetto extracomunitario clandestino, dei "diritti inviolabili dell'uomo" di cui alle enunciazioni di principio contenute nell'articolo secondo della Costituzione.

Dalla breve indagine tassonomica si può senza difficoltà rilevare una sostanziale riduzione delle *garanzie* offerte all'essere umano da parte del ente statale presso il quale lo stesso risulta, sia pur in differente maniera, domiciliato o riconducibile (è questo il caso degli italiani non appartenenti alla Repubblica). Man mano che ci si allontana dalla figura del *cives optimo iure*, che nel caso di uno stato appartiene all'Unione europea, ricomprende, per ciò che concerne i diritti civili, sociali e in parte politici ogni cittadino di uno stato membro, si coglie una progressiva riduzione di diritti protetti ed erogati dall'ente statale, sino a giungere al caso estremo di coloro che, pur essendo privi di alcun titolo giuridico, dimorano nel territorio dello Stato.

19 Rileva in proposito con lucidità Biscottini: "i cittadini hanno [...] il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale, quando siano inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi di sussistenza. Gli stranieri che versino in tali condizioni, se non esistono norme convenzionali che ne parifichino la condizione a quella dei cittadini [...] possono formare oggetto di provvedimento di espulsione. E se ciò, di regola, non accade, si deve a motivi di ordine morale e non ad un diritto soggettivo dello straniero. Non va perso di vista a questo proposito che la nostra legge, mentre prevede che i connazionali abbiano, in ogni caso, un domicilio di soccorso, per gli stranieri prevede che lo acquistino solo a determinate condizioni", *sub voce Cittadinanza*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 158.

Se, come è manifesto, i diritti civili, politici e sociali vigenti rappresentano all'interno di precisi istituti giuridici i diritti fondamentali che informano la cultura di un dato contesto sociale, allora la riduzione della loro esercitabilità a fronte di categorie di persone diverse dai cittadini implica per le prime anche una riduzione di vigenza dei diritti fondamentali, che in linea di principio vengono ad ogni persona umana riconosciuti, tanto da ritenere che, se tale impostazione risulta corretta, agli *ultimi* vengano di fatto negati la maggior parte di quei diritti che in linea di principio apparterebbero a tutti gli esseri umani riconosciuti quali persone²⁰.

Si assiste perciò nella prassi quotidiana ad una concreta infrazione dei diritti riconosciuti ed enunciati quali fondamentali, discriminazione che ritrova la propria base proprio nell'istituto della cittadinanza. Infatti, ai cosiddetti clandestini la maggior parte dei diritti viene negata oppure, a causa della loro condizione irregolare, non può venire da loro rivendicata nelle vie formali.

Ne consegue che l'essere umano, colto nel quadro tratteggiato dall'istituto della cittadinanza, può perdere (se non qualificato come cittadino) parte dei suoi diritti fondamentali avuto riguardo al territorio di sua residenza, generando una realtà socio-politica in cui questi è in linea di principio pienamente titolare dei diritti fondamentali, ma, in considerazione della specificità territoriale di domicilio o residenza e della sua condizione personale, può ritrovarsi in una situazione di assoluta minorità rispetto ai suoi simili.

20 Ciò risulta particolarmente grave in un contesto ove "il riconoscimento della soggettività giuridica agli incapaci non è dato in vista della loro maturità futura o del loro ritorno alla normalità. Sono i fondamentali valori umani che essi portano in sé, a rendere gli incapaci soggetti giuridici con la medesima pienezza di tutela che viene accordata a coloro i quali la legge riconosce capacità di agire", A. Falzea, *sub voce Capacità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 22. Come avremo modo di osservare, pare che queste argomentazioni non ritrovino applicazione in determinati ambiti di lavoratori stranieri, i quali, in quanto posti a margine (se non addirittura al di fuori) della tutela giuridica risulterebbero esclusi dal godimento dei fondamentali valori umani, riducendosi al ruolo di oggetti di diritto.

L'incidenza dei non cittadini sulle società occidentali e su quella italiana in particolare ha visto un notevole incremento, vuoi in considerazione al cosiddetto fenomeno della globalizzazione, vuoi per il proliferare di conflitti regionali, che hanno, fra i suoi molteplici effetti, indotto masse sempre maggiori di persone a gravitare verso le aree più ricche dell'Occidente al fine di sfuggire alla miseria e all'incertezza che piaga le loro terre d'origine. Migrazioni conseguenza di scelte di vita indubbiamente legate a ragioni di sopravvivenza difficilmente riconducibili a quelle libere opzioni nel determinare e nel delimitare la propria personalità, alle quali la dottrina faceva riferimento per giustificare le incapacità giuridiche speciali²¹.

In questo (nuovo) quadro sociale, uno degli interrogativi da porsi è relativo alle ripercussioni delle incapacità giuridiche speciali sul mantenimento e lo sviluppo della dignità di persona umana (quindi, di pieno soggetto giuridico) in coloro che vengono coinvolti, il più delle volte loro malgrado, nel processo di migrazione e che ritrovano, sia pure in differente maniera, collocazione, nella quasi totalità dei casi come lavoratori, all'interno del tessuto sociale della società ospitante, la quale erige proprio con l'istituto della cittadinanza una barriera, anche giuridica, a fronte dello straniero. Barriera, che può riflettere i suoi effetti sulla effettiva vigenza di quei diritti fondamentali che fanno sì che l'essere umano possa essere qualificato (e qualificarsi) come persona umana.

Questa attenuazione rileva particolarmente nella categoria dei non cittadini, stranieri lavoratori domiciliati nel paese ospite, che, nonostante contribuiscano fattivamente al progresso e al benessere complessivo della popolazione, si ritrovano in una situazione di minorità rispetto ai cittadini, poiché viene loro inibita la piena partecipazione alla vita sociale. E di più: nel caso in cui versino in particolari situazioni (vedi il fenomeno della cosiddetta clandestinità), anche il godimento di quei diritti sociali di garanzia, di partecipazione e di prestazione, che sono garantiti pienamente ai lavoratori cittadini, ma che parimenti dovreb-

21 Cfr. A. Falzea, *sub voce* Capacità, cit. e G. Arena, *sub voce* Incapacità, in *ibidem*.

bero essere concessi anche agli stranieri in modo equo, viene loro precluso.

Le attuali dinamiche del mercato del lavoro, frutto dell'evolversi del fenomeno della globalizzazione, potrebbero pertanto determinare la riproposizione nelle società occidentali di marcate tendenze dispotiche, nel momento in cui recepiscono categorie di lavoratori alla stessa stregua di mezzi di produzione (*robot*), non tanto negando loro ogni soggettività giuridica, ma facendo sì che agli stessi non si estendano delle garanzie che permettono ai cittadini ed agli stranieri a questi parificati di mantenere e sviluppare la loro umana dignità. Quella stessa dignità che in linea di principio i diritti fondamentali ascrivono all'intero genere umano. I diritti di cittadinanza possono in questo quadro rappresentare un momento di forzatura dell'intreccio di garanzie posto a protezione dell'essere umano dai diritti fondamentali.

La contrapposizione fra cittadinanza e diritti fondamentali, che qui viene rappresentata, può essere strumentale e funzionale al mantenimento ed allo sviluppo di un mercato del lavoro ove il costo complessivo del lavoratore (straniero) sia inferiore al costo del cittadino lavoratore.

Un inciso. Il 25 settembre 2016 esce sulle colonne de "Il Sole24Ore" un interessante articolo a firma di Luca Ricolfi e intitolato *Perché la crisi non è uguale per tutti. Quando a crescere è il lavoro degli immigrati*. L'attento analista rileva come dal 2008 al 2016, a fronte di una contrazione del prodotto interno lordo di circa il 10%, di una riduzione della capacità produttiva industriale del 20-25%, di una diminuzione degli occupati totali di oltre un milione di unità, il numero degli occupati stranieri, in questo quadro economico non certamente idilliaco, è aumentato di 800 mila unità (gli occupati italiani, nello stesso periodo, sono calati di un milione e 200 mila unità). Varie sono le ragioni addotte per spiegare questo insolito fenomeno, dall'aumento progressivo degli stranieri, dall'aumento della domanda relativa a posizioni lavorative di bassa qualificazione (di norma, secondo l'autore, rifiutate dagli italiani, che ricercano posizioni qualificate anche dal punto di vista retributivo). Certo che fra le

righe traspare anche qualcosa di altro; ovvero si può supporre, al fine di spiegare il divario, “che la condizione degli stranieri sia di puro e bieco sfruttamento (come in effetti talvolta è)”, oppure, al di là della piaga del lavoro nero, che “gli stranieri immigrati in Italia [...] vivono in un altro tempo che noi abbiamo vissuto negli anni '50 e '60”. Forse quest'ultima è la spiegazione più convincente del fenomeno: i lavoratori stranieri qui occupati rivendicano *meno diritti* dei colleghi italiani, tanto di rappresentarli quali lavoratori con una mentalità da *dopo-guerra* (fame, bisogno di lavoro, supina accettazione di ciò che passa il convento e così via), e pertanto non propensi a rivendicare, al fine di conservare il bene-lavoro, quei diritti, che dagli anni Settanta in poi hanno caratterizzato e qualificato il mondo del lavoro italiano.

Ecco allora riapparire all'orizzonte il *nothos*, il novello bastardo; un essere umano depotenziato, rispetto ai suoi simili, nei diritti che dovrebbero, in linea di principio, proteggerlo da moderne forme di *angaria*, di odiosa ed avvilente vessazione.

§ 4. GLI IDIOTAI:

OVVERO SULLA GENTE SUPERFLUA

Individuati così in novelli *nothoi*, è d'uopo ritornare a quella che ambiva definirsi la scuola della Grecia, l'Atene di Pericle, da egli cantata nella *Orazione funebre* del 431 a.c. In questa, come noto e già accennato, il regime democratico (la *politeia*) viene esaltato ed esplicitato nei suoi fondamenti: l'eguaglianza davanti alla legge (*l'isonomia*), da cui la centralità del merito personale nell'accedere alle cariche pubbliche, correlata dalla libertà personale e politica. Se la prima si esplica attraverso una tolleranza, che pare precorrere di secoli certi passi lockiani, la seconda, la libertà politica, si inverte nella partecipazione alla gestione della *polis* e nell'adesione alle sue leggi²². Da qui la

22 “Nella nostra città, non solo le relazioni pubbliche s'intessono in libertà e scioltezza, ma anche riguardo a quel clima di guardinga, ombrosa diffidenza che di solito impronta i comuni e quotidiani rapporti, non si va in collera con il vicino, se fa un gesto un po' a suo talento, e non lo si annoia con visi duri, sguardi lividi,

isegoria che informa la vita della democratica Atene.

Il cittadino ateniese non solo ha il diritto di partecipare alla vita pubblica e in questa sua partecipazione si manifesta l'eguaglianza nel diritto di parlare, ma, a sentire Pericle, anche il dovere morale di parteciparvi. Infatti, “in ogni cittadino non si distingue la cura degli affari politici da quella dei domestici e privati problemi, ed è viva in tutti la capacità di adempiere egregiamente agli incarichi pubblici, quantunque sia per natura la consueta mansione. Poiché unici al mondo non valutiamo tranquillo un individuo in quanto si astiene da quelle attività, ma superfluo”.

In questo senso, coloro che fra i cittadini si disinteressano della cosa pubblica sono gente inutile, *idiotai* (ovvero gente che si rifugia nel proprio privato – *idios* –, abdicando alla funzione pubblica/politica e contrapponendosi alla categoria virtuosa dei *politai*).

È questo secondo aspetto della questione, il rifluire nel privato abbandonando la dimensione politica del vivere sociale, che qui interessa cercando di comprendere se il termine *idiotai* possa riconnettersi attualmente ad una specifica categoria di cittadini: ovvero se sono riscontrabili al giorno d'oggi dei nuovi *idiotai*, che non partecipando (in varia maniera) alla vita politica, non decidono “l'azione pubblica”.

Va detto, a scanso d'equivoci, che in tale supposta categoria non andrebbero annoverati, per lo meno in questa sede, coloro che all'interno delle attuali democrazie occidentali danno vita al fenomeno, oramai più che evidente, del cosiddetto astensionismo elettorale²³. La sempre più diffusa prassi di diser-
che senza voler esser un castigo, riescono sempre molesti. La tollerante urbanità che ispira i contatti tra persona e persona diviene, nella sfera della vita pubblica, devoto rispetto: seguiamo le autorità di volta in volta al governo, ma principalmente le leggi e più tra esse quante tutelano le vittime dell'ingiustizia e quelle che, sebbene non scritte, sanciscono per chi le oltraggia un'indiscutibile condanna: il disonore”.

23 Per quanto riguarda il caso italiano va rilevato che, se nel primo trentennio di vita della Repubblica (1948-1976) la percentuale dei votanti sugli aventi diritto nelle elezioni politiche era di gran lunga superiore al 90% (nel 1976 la percentuale è del 93,39%), dal 1979 si assiste ad un costante calo degli elettori che si recano alle urne,

tare le urne elettorali merita una attenta analisi sociologica e politologica²⁴, che qui non può essere effettuata e che non necessariamente condurrebbe a ricomprendere gli astensionisti nel loro complesso nella categoria degli *idiotai*, di gente chiusa nel proprio privato, i quali, a differenza dei *politai*, si disinteresserebbero della cosa pubblica. Potrebbe darsi che (parte) degli stessi sia innamorata della *polis*, ma che espliciti tale sentimento lungo diversi (ed a loro dire, più proficui) itinerari (dalla sussidiarietà alla solidarietà e così via senza passare attraverso le istituzioni). Non è quindi corretto escludere a priori che gli astensionisti (o parte di questi) siano (a loro modo) dei *politai*.

Stante così le cose, dove ricercare allora il novello *idiotes*? Il cittadino che non decide “l’azione pubblica”?

Utile al fine di operare tale rinvenimento risulta un passo tratto da un saggio apparso quasi una quindicina d’anni or sono. Nel 2003, infatti, sulle colonne della *Enciclopedia giuridica Treccani* veniva pubblicata al voce *Cittadinanza (teoria generale)* a firma di Carlo Amirante, ove si può leggere: “oramai è riconosciuto da una pluralità di autori anche partendo da premesse metodologiche ed ideologiche diverse [come] è soprattutto la dimensione esterna della sovranità popolare che viene ad essere di fatto neutralizzata dalla crisi del ruolo complessivamente ben più dimesso dello stato-nazione in un sistema mondiale caratterizzato dalla prevalenza di reti di poteri economici, finanziari e politici sia internazionali (*in primis* l’Organizzazione Mondiale del Commercio) che informali (tra le quali particolarmente

sino a giunge, nel 2013, alla percentuale del 72,25. Le elezioni europee del 2014 segnano una percentuale di votanti del 57,22; le più recenti elezioni amministrative del 2016 vedono i votanti al 62% (giungendo al 50,52% nell’ambito dei ballottaggi). Il *referendum* istituzionale del dicembre 2016 vede una percentuale di votanti pari al 65,47 degli aventi diritto.

24 Cfr. a titolo esemplificativo i lavori di D. Tuorto, *Apatia o protesta? L’astensionismo elettorale in Italia*, Bologna, 2006; G. Legnate – P. Segatti, *Intermittent abstentionism and multi-level mobilisation in Italy*, in “Modern Italy”, XIV (2009), n. 2, pp. 167-181; M. Cerruto, *La partecipazione elettorale in Italia*, in “Quaderni di sociologia”, (2012), n. 1, pp. 17-39.

rilevanti sono oggi il G8 ed il G20). Ma, allo stesso tempo, le politiche di globalizzazione di netto stampo neoliberale e lo stesso processo di integrazione europea, mentre provocano tale *deficit* democratico a livello internazionale, non mancano di comprimere l’autonomia programmatica e decisionale degli stati e dei governi in campo economico, con la conseguenza che la dimensione e la qualità dei servizi pubblici si riconducono drasticamente, riducendo così l’esercizio concreto di quei diritti di cittadinanza consolidatisi tra gli anni ’50 e ’70 del secolo scorso”²⁵.

L’autore in maniera più che esplicita ci indica come l’istituto della cittadinanza abbia man mano perduto (all’interno delle democrazie occidentali) quelle prerogative che lo indicavano quale momento di piena e totale partecipazione alla formazione della “azione pubblica”, legandolo indissolubilmente con l’idea di sovranità. Il cittadino nell’era contemporanea, caratterizzata da una globalizzazione retta da poteri privi di rappresentanza popolare, viene escluso pesantemente dall’area della sovranità, che ritrova i propri titolari non più nei *politai* impegnati nella ricerca del bene della comunità, ma, all’incontrario, in centri di potere sovraordinati alla *polis* stessa, che imprimono su di essa il loro volere.

Un depauperamento della sovranità popolare che si ripercuote sulla cittadinanza, la quale perde sempre di più il suo caratterizzarsi come *partecipazione* a tutto vantaggio del suo palesarsi sempre più come *appartenenza* attraverso “la sostanziale esclusione dei cittadini e delle loro rappresentanze parlamentari dalla determinazione della [...] politica economica, un deficit che non può non essere ricollegato al più generale deficit democratico. Con tale termine si allude all’insoddisfacente influenza dei cittadini europei e dei rappresentati da essi eletti al Parlamento europeo, alle scelte degli organismi istituzionali dell’U.E. alla mancanza di trasparenza delle decisioni, soprattutto del Consiglio dei Ministri dell’U.E., senza dimenticare la difficile imputazione di quella responsabilità politica

25 C. Amirante, *sub voce* *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, p. 5.

che sembra tuttora carattere irrinunciabile di un ordinamento politico democratico”²⁶.

In questo quadro, ora, a distanza di quasi cinque lustri, dai toni certamente più marcati²⁷, si assiste al progressivo depotenzializzarsi (se non dissolversi) della principale prerogativa legata all’istituto della cittadinanza sin dal suo sorgere: quella partecipazione alla vita della *polis*, che faceva sì che la stessa potesse appartenere al cittadino (più che il cittadino appartenere a questa).

All’interno di questa prospettiva i nuovi *idiotai* siamo tutti noi, succubi di potentati che ci espropriano quotidianamente di capacità politiche relegandoci sempre di più nel ruolo di (forse inconsapevoli) sudditi.

§ 5. A GUISA DI CONCLUSIONE

In definitiva, come ebbe ad indicarci il Ferrajoli qui richiamato, la categoria della cittadinanza è categoria escludente i non cittadini dal pieno godimento di diritti civili, politici e sociali; si palesa pertanto quale privilegio di taluni a fronte di altri: i *nothoi*. Ma la stessa categoria così come si è venuta a svolgere negli ultimi decenni diviene sempre di più una categoria di esclusi, al pari dei non cittadini, dalle decisioni politiche, tanto da richiamare per quest’ultimi – ovvero per noi tutti – l’appellativo di (involontari) *idiotai*.

Un’ultima considerazione va effettuata in sede conclusiva e questa riguarda una possibile inversione della tendenza di privare i cittadini del controllo dell’azione pubblica, a cui si è fatto ora cenno. A fronte dello spossamento di capacità politica indotto dai potestati economico-burocratici si assiste, infatti, ad una ripresa del dibattito da parte dei cittadini, che si avvalgono, per far circolare informazioni (che si presume altrimenti

²⁶ *Ibidem*, p. 2.

²⁷ Cfr. in proposito ed a mero titolo esemplificativo i recenti contributi apparsi in tema su codesta rivista: R. Mastroianni Ianni, *L’inclusione attraverso i diritti: verso un nuovo modello di cittadinanza*, VI (2014), n. 1, pp. 101-125; C. Gazzetta, *Governance e organizzazioni: il ruolo dello stato nazionale*, VII (2015), n. 1, pp. 64-70; L. Mellace, *La crisi dell’integrazione europea*, VIII (2016), n. 1, pp. 53-65.

rimarrebbero ai più occultate), opinioni (che avrebbero in altro modo difficoltà di manifestazione), dei cosiddetti nuovi *media*, internet *in primis*. Questo fenomeno²⁸ darebbe l’avvio ad un processo che dovrebbe condurre ad una forma di *net-democrazia* da sostituire alle tradizionali ed oramai caducanti forme di dibattito democratico che hanno caratterizzato l’Occidente negli ultimi due secoli.

La partecipazione a queste reti di dibattito socio-politico offre però, il più delle volte, ai soggetti ivi impegnati solo l’illusione di poter offrire il loro contributo a determinare quell’azione pubblica la quale nell’Ellade di Pericle vedeva il proprio centro nell’*agorà* attraverso la presenza attiva dei *politai*.

Dubbio appare il ruolo degli attuali *politai* virtuali, intendi, il più delle volte, a dibattere intorno a informazioni prive di riscontro e di fonte (tanto indurre gli osservatori a parlare di superamento della verità, di verità sospese in rete²⁹ o di post-verità³⁰), quasi che questo tentativo di recupero *post-moderno* delle modalità democratiche classiche, oramai in disuso, si risolva in un affermarsi sempre più pernicioso di una prassi demagogica che, pur partendo con l’intento di squarciare il velo d’ignoranza che ricoprirebbe la pubblica opinione, apporta ulteriore nebulosità introno ai fatti politici e sociali.

²⁸ Cfr. in merito, fra i molti, gli studi di P. Stringa, *Blogdemocrazia. Come si forma oggi l’opinione pubblica*, Roma, 2010; AA.VV., *Manuale di comunicazione politica in rete. Costruire il consenso nell’era del web 2.0*, Roma, 2011; L. Mosca, *La web politica. Istituzioni, candidati e movimenti fra siti, blog e social network*, Firenze, 2013; A. Dal Lago, *Clic. Grillo, Casalegno e la demagogia elettronica*, Napoli, 2013; G. Santoro, *Un Grillo qualunque. Il Movimento 5 Stelle e il populismo digitale nella crisi dei partiti italiani*, Roma, 2013; Id., *Cervelli sconnessi. La resistibile ascesa del net-liberismo e il dilagare della stupidità digitale*, Roma, 2014; G. Giansante, *La comunicazione politica online. Come usare il web per costruire consenso e stimolare la partecipazione*, Roma, 2014.

²⁹ Cfr. G. Boccia Artieri, *Gli effetti sociali del Web. Forme di comunicazione e metodologia della ricerca online*, Milano, 2015.

³⁰ Cfr. a titolo esemplificativo il recente contributo di Francis Fukuyama, *Un pericolo per le democrazie*, apparso sulle colonne de “IlSole24ore” il 5 marzo 2017.

La *net*-democrazia manifesta, infatti, un duplice ed inquietante aspetto; per un verso appare quale moto di riconquista di quegli spazi democratici che le tecno-burocrazie hanno eroso, per altro si palesa come un arengo virtuale ove risuonano voci sregolate, tanto da farlo accostare (non solo etimologicamente) ad un *hring*, ove prevale colui che grida più forte. La parola in libertà non equivale alla (e non è ricompresa nella) libertà di parola.

Se in questo arengo si ritrovano, come è da tradizione, i cittadini in rivolta contro i nuovi feudatari, che li hanno spogliati dalle loro prerogative, non appare certo che da questo possa sorgere una nuova ondata democratica, piuttosto che una palude demagogica ove gli *idotai* si illudono, con il consenso occulto dei nuovi padroni dell'azione pubblica, di essere ritornati ad essere dei *politai*, pur rimanendo (inconsiamente) degli oggetti manipolati da cui comanda la politica.

Senza per questo voler denigrare a priori tali nuove (e per certi versi lodevoli) forme di partecipazione democratica, va in ogni caso ribadito che le stesse di per sé non costituiscono un argine al montare del dispotismo ed anzi, possono venire utilizzate quale forma di occultamento di quelle tendenze dispotiche che tendono a ricondurre la cittadinanza verso forme (magari rivedute e perciò più attuali – nel senso di accettabili) di sudditanza, facendo aumentare sempre di più fra i comuni mortali il numero dei *nothoi* e degli *idiotai*.

Marco Cossutta professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste

cossumar@units.it

Lo straniero come bene comune

Luigi Di Santo

ABSTRACT

Lo straniero come bene comune interpersonale propone una mancanza che è costitutiva. L'incontro diventa, in un tale contesto, una necessità. L'idea di straniero come bene comune interpersonale, antropologicamente inteso, supera la struttura concettuale di una tale alternativa. Proporre il novum indica una prospettiva strategica. Il mondo che accoglie è obbligato, sul piano giuridico e culturale, ad interrogarsi e dare risposte. Se chi arriva rimette in discussione il livello acquisito dei diritti nella società che accoglie, siamo dinanzi ad una revisione qualitativa dei diritti. I migranti con le loro domande di civiltà ci pongono davanti allo specchio delle nostre mancanze e dei nostri arretramenti sul piano della dignità sociale, unica unità di senso essenziale.

The stranger as common good interpersonal proposes a lack which is constitutive. The meeting becomes, in this context, a necessity. The idea of foreigner as interpersonal common good, understood anthropologically, exceeds the conceptual

structure of such an alternative. Propose the novum indicates a strategic perspective. The world that welcomes is obligated, legally and culturally, to question and give answers. If those arriving calls into question the level of acquired rights in the host society, we are faced with a qualitative review of the rights. Migrants with their civilization questions we pose in the mirror of our shortcomings and our setbacks in terms of social status, only essential meaning units.

PAROLE CHIAVE

MIGRANTI; DIGNITÀ SOCIALE;
STRANIERI; ECOLOGIA UMANA.

KEYWORDS

MIGRANTS; SOCIAL DIGNITY;
STRANGER; HUMAN ECOLOGY.

1. ALLA RICERCA DELLO SPAZIO VITALE

Nel tempo presente, il punto nodale da affrontare è il sempre possibile scontro tra culture, generato dalla virulenza della incomprendimento segnata dalla assenza di un piano comunicativo capace di individuare la presenza di uno strumento di conversione tra idee di umanità e modelli identitari. Con l'incedere massivo delle migrazioni, ciò che entra in crisi è la soglia dell'identità

minacciata dal necessario confronto con l'alterità da sostenere sul piano dell'ignoto, della paura indotta dalla presunta perdita di centralità rispetto a chi si erge per richiedere di condividere il proprio status di vita o al contrario di mutarlo in relazione alle tradizioni culturali altre. Entrano in gioco richiami persecutori che spesso sfociano in una delirante ricerca del capro "espiatorio", scatenata da una sorta di una nuova angoscia polarizzante che vede da un lato «l'emergere

di un individualismo narcisistico, dall'altro il configurarsi di un comunitarismo tribale»¹. Il ripristino del senso comunitario nelle sue forme perverse per l'affermazione della identità individuale e sociale in crisi, può ritrovare tra gli effetti funzionali insiti nella diade sicurezza-insicurezza relativa all'emergenza criminale come naturale prodotto dell'immigrazione, gli elementi simbolici per la ricomposizione del "sentire comune" collettivo. La riconquista dell'identità collettiva, in un contesto di tale natura, tende ad acquisire forme di chiusura di tipo protezionistico con l'essenziale esclusione dell'"altro", inteso come minaccia alla stessa esistenza del proprio spazio sociale e politico. In quest'ottica «i migranti sono un nemico pubblico ideale per ogni tipo di rivendicazione di 'identità'»². Il fenomeno migratorio, attraverso il deformante specchio mediatico, comunica segnali ostili e offre i contenuti necessari per la formazione di una piattaforma di tipo ideologica xenofoba che tende non solo a "nullificare" il migrante nel suo essere umano, ma ancor di più essa si protende nella identificazione col proprio "spazio vitale". Nello spazio ogni uomo "vive" il suo tempo, ricerca i propri ambiti di vita nel confronto con gli "altri", modifica le proprie abitudini, "mette alla prova" la propria vitalità nel fare, innesca la propria immaginazione nel pensare un mondo che prima di essere esterno risiede e prospera nella propria coscienza. La dimensione spaziale è costitutiva dell'essere umano. Il migrante, per utilizzare una metafora, quanto mai attuale dell'uomo in movimento, ad un certo punto del suo "viaggio" si ferma. Ed in questo spazio si vivificano le "inquietudini" della crisi sociale alla ricerca di nuovi equilibri che si richiamano a sistemi di valori, o in questo caso, di disvalori, idonei ad escludere l'"altro" o a sostenere una condizione di inferiorizzazione/segregazione nella quale necessariamente il "diverso" deve essere collocato per favorire i meccanismi istintuali di sicurezza della nostra società, come risultato generato da spirali emozionali

1 E. Pulcini, *L'Io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, in Aa.Vv., *Filosofie della globalizzazione* (a cura di D. D'Andrea-E. Pulcini), Pisa, 2001, p. 57.

2 A. Dal Lago, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999, p.11.

e regressive di massa. Il deficit di socialità che caratterizza le comunità dinanzi alle tendenze di mobilità globale che mettono in discussione modelli consolidati di coesistenza, necessita dunque di meccanismi di difesa che si concretano nella costruzione simbolica dell'altro, in veste di 'nemico', attraverso i mezzi di comunicazione che operano la decostruzione del reale, per la quale, vi è una semplificazione eccessiva dell'immagine dell'altro tutta giocata in termini di allarme sociale.[...] un'immagine imperniata sulla contrapposizione "noi"/"loro" e sui tratti di una caratterizzazione positiva per "noi" e negativa per "loro". "Noi" implica "ordine", "razionalità", "solidarietà"; "loro", invece, implica "disordine", "irrazionalità", "bisogno". In altri termini, la comunicazione sull'immigrazione legittima la "nostra" superiorità e la "loro" inferiorità³. Per tutto questo, il richiamo ad un linguaggio comune per l'edificazione di una civiltà interetnica, si delinea nella sua inevitabilità, in quanto, in modo consapevole o inconsapevole, nessuno oramai può aspirare al dominio della dimensione della centralità, in quanto la prospettiva dell'altro «come essere di bisogno»⁴ ci rende prossimi a una molteplicità di vissuti. Una cultura di confine senza muri simbolici o reali che aspiri alla scoperta di un pluralismo diverso, da sperimentare, non di tipo quantitativo del "c'è posto per tutti" ma, come insegna Panikkar, quello dell'incontro delle incompletezze delle culture. Un pluralismo sostenibile, che non ci parla solo di preservare l'ambiente ecologico ma di dare significato al livello culturale, in cui al centro dell'attenzione è la conquista di un terreno interculturale in cui le diverse culture, possano coesistere e interagire⁵. Esistono certamente valori interculturali, sostiene ancora il filosofo, ma non ne esistono di trans-culturali, cioè valori che stanno al di sopra di tutte o di alcune culture, senza appartenere specificamente a nessuna di esse. Non è pensabile dunque che l'idea di Stato-

3 V. Cotesta, *Sociologia dei conflitti etnici. Razzismo, immigrazione e società multiculturale*, Roma-Bari, 2001, p. 275.

4 A. Rizzi, *L'Europa e l'altro. Abbozzo di una teologia europea della liberazione*, Cinisello Balsamo, 1991, p.111.

5 Cfr. R. Panikkar, *Pace e disarmo culturale*, Milano, 2003.

confinario possa essere rivista sulla scorta di una erosione della “barriera” dall'esterno nel senso della pressione esercitata dai migranti, ma paradossalmente può avvenire dall'interno, nel senso della presa di coscienza valoriale del soggetto solidale che riconosce nell'altro la propria vicenda umana. L'uomo concreto, snodo essenziale per una apertura radicale verso una *ecologia umana* che trova nell'altro la risorsa evidente che vada oltre, per dirla con Amartya Sen, il modello classico dell'economia, fondato su un concetto dell'“utile”⁶.

2. LO STRANIERO COME BENE COMUNE

La strada da percorrere verso la fondazione di una necessaria civiltà interetnica, ci impone di costruire l'incontro tra i vissuti. In tal senso è importante, a nostro avviso, riferirsi al concetto di “straniero”, in particolare nel suo essere portatore di “riserva di senso”. Davvero l'idea di “straniero” può aprire, sul piano metaculturale, nuovi viraggi di senso. Attraverso la filosofia di Waldenfels possiamo immaginare lo straniero come essere di confine nella proposizione di un *pathos* in cerca di risposta, che si presta alla dimensione della soglia di attenzione in una ridefinizione della interculturalità di nuovo tipo⁷. A partire dall'intendere la distinzione tra il “bisogno” e la “domanda”. Cosa nasconde il bisogno dei vissuti diversi dei migranti se non la domanda inespressa sulla nostra condizione esistenziale? Come ha scritto Dal Lago, «l'immigrazione più di ogni altro fenomeno, è capace di rivelare la natura della società detta di accoglienza. Quando parliamo di immigrati, noi parliamo di noi stessi in relazione agli immigrati»⁸. Il barbaro alle porte, tale perché etimologicamente nel mondo classico “balbettava” la nostra lingua, quindi oggi i nostri valori, può significare, nella contemporaneità, *passaggio epocale* per la scoperta di un “bene comune interpersonale”,

6 Cfr. A. Sen, *Identità e violenza*, Roma - Bari, 2006.

7 Cfr. B. Waldenfels, *Dentro e fuori l'ordine. Ordinamenti giuridici dal punto di una fenomenologia dell'estraneo*, Milano, 2008, p. 40.

8 A. Dal Lago, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., p. 13.

corda vibrante delle comuni fragilità, alla stregua del dire della visione trinitaria della dottrina cattolica, dove oltre la razionalità gnosica, “uno può essere anche tre”. Lo straniero è il punto di sintesi terzo che stabilisce che “uno può anche essere tre”. L'incontrante e l'incontrato nella dimensione terza del *novum*, dove vivono *figure pensate in relazione*. Ogni figura, è costitutivamente difettiva dell'altra se pensata senza l'altra. Non è in gioco la singolarità dell'individuo, per dirla con Habermas⁹, per il quale va prestata attenzione alla tutela degli equilibri sociali in una realtà multietnica dove il pericolo di una «coesistenza giuridicamente equiparata di comunità etniche, gruppi linguistici, confessioni e forme di vita diverse non deve essere pagata con la frammentazione della società»¹⁰, né semplicemente immaginare, come afferma Walzer, «una società capace di rappresentare le pulsioni libertarie dei suoi cittadini, mantenendo però attenzione verso la pluridimensionalità delle appartenenze, che spesso costituiscono i profili identitari di molti suoi soggetti, tentando così di traghettare i propri membri oltre la conflittualità»¹¹. Ciò che va evitato per entrambe le condizioni, e che l'altro possa essere ritenuto solo un corollario per identificare “meglio” il soggetto o, nella migliore delle ipotesi, fare dell'altro un essere riconosciuto nella misura in cui lo si riconosce su un piano di omologazione come un *mimetico calco*, riprodotto una semplice immagine distorta del nostro io che pensiamo essere l'altro.

3. LA “CRISI DEI FONDAMENTI” E IL RITORNO ALLA DIGNITÀ

Per le condizioni di incompletezza che ci “fanno simili nella fragilità del *pathos*”, appare chiaro il senso del bene comune interpersonale come spazio di comprensione a partire dal principio dell'incompletezza. Il bene comune

9 Cfr. J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas-C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.

10 Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, p. 158.

11 M. Walzer, *Sulla tolleranza*, Roma - Bari, 1998, p. 65.

interpersonale è un *novum*, perché è *relazione*, *differenza* e discute ogni universale già formato. Lo straniero come bene comune interpersonale propone una mancanza che è *costitutiva*. L'incontro diventa, in un tale contesto, una necessità. Secondo le teorie "liberali" e "comunitarie", per provare a salvare la nostra storia identitaria, o dovremmo rifugiarci nella nostra individualità o nasconderci nella comunità di appartenenza. La netta distinzione tra liberali e comunitaristi, oggi, assume significati sempre meno importanti, nonostante le indubbie premesse teoriche e metodologiche differenti, a partire dalle tesi di Kymlicka che vedono nella relazione tra scelta dell'individuo e appartenenza alla comunità le modalità per salvaguardare diritti fondamentali e diritti culturali¹². L'idea di straniero come bene comune interpersonale, antropologicamente inteso, supera la struttura concettuale di una tale alternativa. Proporre il *novum* indica una prospettiva strategica. Il mondo che accoglie è obbligato, sul piano giuridico e culturale, ad interrogarsi e dare risposte. Se chi arriva rimette in discussione il livello acquisito dei diritti nella società che accoglie, siamo dinanzi ad una revisione qualitativa dei diritti. Cosa decisiva oggi, al tempo della crisi dello stato sociale, dove la sostenibilità è calcolante. In più appare nella sua evidenza la frattura tra diritti civili e sociali con prevalenza dei primi sui secondi. I migranti con le loro domande di civiltà ci pongono davanti allo specchio delle nostre mancanze e dei nostri arretramenti sul piano della *dignità sociale*, unica unità di senso essenziale. La dignità è il bene plurale di ogni persona. Non tutti i beni sono bene comune ma il bene comune caratterizza, sul piano della dignità sociale, tutti i beni. La dignità è il bene comune *non* riducibile alla concessione delle Istituzioni che lo dichiarino, ma nascente dalla prospettiva di contesto culturale dialogato. Un dialogo dialogante e non dialettico che convoca tutti nell'agorà e non nell'arena, non limitato da razionalismi e connotati logici. E la dignità dell'uomo concreto è il suo diritto al *novum* che è il suo diritto ad avere rispetto

12 W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, pp. 50-58.

e a meritare speranza, come radice del diritto ad avere diritti. Ogni Carta dei Diritti peraltro è investita da questa missione dialogante. La dignità va *intesa* tenendo conto di tutti i vissuti che compongono la città interculturale, a partire dalla comprensione dei linguaggi, non solo segnici. «Senza fiducia nelle altre culture l'interculturalità degenera nel multiculturalismo, che è una strategia, per lo più a livello inconscio, per assorbire le altre visioni del mondo e perpetuare così la sindrome dell'ideologia di una cultura superiore»¹³. Bisogna avanzare la pretesa culturale del passaggio di senso dal multiculturalismo all'interculturalismo, in quanto solo in questa prospettiva il bene comune interpersonale può abbattere i punti di resistenza che frenano l'accoglienza dei migranti, incapaci di esprimere i propri vissuti nella condivisione con i vissuti di chi accoglie. Non i centri per accogliere ma l'accogliere al centro. Fin quando si riterrà che "accogliere" significhi solo offrire servizi (che sono imprescindibili) e non pensare a chi arriva come fonte di interrogazione su noi stessi e risorsa per tutti, sarà difficile superare i pre-giudizi. «Il pericolo è che i timori collettivi per l'aumento degli immigrati e l'entrata dei nuovi rifugiati stiano soffocando un dibattito salutare rivolto all'elaborazione di solide politiche a lungo termine sul fenomeno dell'immigrazione e sull'integrazione»¹⁴. Entrano in gioco meccanismi psicologici che si fondano su quella che può essere definita come "ostilità strategica"¹⁵, ossia il senso della "minaccia oggettiva" che insorge per la sola presenza del migrante pur in un quadro di pseudo-tolleranza e nel rispetto di "culture altre". La categoria della "sopportazione" mantiene viva la sottile linea di distinzione tra immigrazione e devianza, in una sorta di inevitabile intreccio dove lo "spettro della differenza" si nutre di sentimenti diffusi di paure che rivelano nevrosi e insicurezze della società sviluppata. Il riconoscimento dell'

13 Cfr. R. Panikkar, *Pace e interculturalità*, Milano, 2002.

14 M. Abella, *Globalizzazione, povertà e migrazioni internazionali*, in Roberto Papini (a cura di) *Globalizzazione: solidarietà o esclusione*, Napoli, 2001, p. 81.

15 A. Dal Lago, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., 1999, p. 43.

“altro” avviene in forma mediata, sulla base dell'espressione di un pre-giudizio che istituisce «lo spazio sociale e morale delle non-persone, cioè di quegli esseri umani che sono intuitivamente delle persone come noi (esseri umani viventi dotati di una persona sociale e culturale), cui però vengono revocate, di fatto o di diritto, implicitamente o esplicitamente, nelle transazioni ordinarie o nel linguaggio pubblico, la qualifica di persona e le relative attribuzioni»¹⁶. Diceva Albert Einstein, come è noto, che è più facile spezzare l'atomo che un pregiudizio. Ma per questo motivo occorre ripensare i fondamenti ed aprire uno spazio vero per il dialogo. Un dialogo dialogante che offre per la discussione il proprio punto di vista iniziale nel segno di una dimensione della interculturalità che eviti l'assenza di contatto reale tra le diverse culture e favorisca uno spazio in cui le etnie sono mescolate in una logica di dialogo che permetta a tutti di “lasciarsi contaminare”. È da articolare, quanto sostenuto, come una sorta di coraggiosa pratica ermeneutica permanente, partendo sempre dalla convinzione per cui non è l'uomo che è fatto per la legge ma la legge che è fatta per l'uomo, affermando sempre che di fronte alla potenza della primarietà dello Stato, nel senso del *das Erste* hegeliano¹⁷, sarà senza dubbio auspicabile che è l'ultimo degli uomini che avrà il primato sul *Nomos*, nella introduzione di un percorso di teorizzazione per una ermeneutica della “Teologia dell'ultimo” dove gli ultimi sono i primi nella misura in cui essi giudicheranno più o meno degni¹⁸, coloro i quali detengono il potere delle decisioni sulle vite di tutti.

4. ANCHE KELSEN...

Nel ritenere fondata questa ipotesi, ne troviamo conforto, paradossalmente, proprio nel pensiero positivista di Kelsen, a proposito di

¹⁶ Ivi, p. 213.

¹⁷ Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, Roma-Bari, 2004.

¹⁸ Cfr. L. Di Santo, *Per una Teologia dell'Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, Napoli, 2012.

un tema tipico della relazione tra diritto e tempo, in questo caso del diritto nel tempo, ossia della struttura concettuale del *rinvio*. Che cosa dice Kelsen nei *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*¹⁹? Che un ordinamento giuridico positivo di uno Stato costituzionale può fare rinvio alla cultura all'interno della quale i fatti si auto-qualificano ancor prima di essere giuridicamente normati. Ciò ha a che fare con i diritti umani che possono essere pensati come il nucleo di quella auto-qualificazione a cui il diritto normato rinvia e che garantiscono la coerenza dell'ordinamento giuridico con le assunzioni di valore sostanziale a partire dalla proclamazione della dignità come bene comune interpersonale. E nel caso che ciò non avvenga è possibile pensare al *rinvio* come a una possibilità di far emergere le culture altre nella loro espansione dinamica di fronte alla staticità latente della norma. Da un lato lo Stato costituzionale dà *forma* all'ordine costituito, dall'altro tiene conto della condizione *deformante* del *novum* pensato nei suoi bisogni e nelle sue domande concrete e indisponibili. È indispensabile rinnovare la soglia di attenzione verso la dimensione del “pubblico” perché come afferma Maffettone, a proposito di una metafisica pubblica, «ci consente di costruire visioni della vita e del suo valore compatibili con i modi più generali in cui organizziamo l'esperienza e progettiamo l'azione. Per cui, quando trovandoci al cospetto di un nodo esistenziale saremo portati a porci la questione sul valore della vita, avremo la possibilità di trattarla in maniera profondamente coerente con la visione più generale dell'esistenza e del suo significato»²⁰.

5. DALLA ECOLOGIA AMBIENTALE ALLA ECOLOGIA UMANA

Come scrive Bauman, «il nesso esistente tra una maggiore probabilità di diventare una *vittima collaterale* e l'occupare una condizione svantaggiata sulla scala della disuguaglianza

¹⁹ Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

²⁰ Cfr. S. Maffettone, *Il valore della vita. Cosa conta davvero e perché*, Roma, 2016.

è il risultato della convergenza di due fattori: l'invisibilità endemica o progettata delle vittime collaterali da un lato, e, dall'altro, l'invisibilità imposta agli stranieri in mezzo a noi»²¹. Ma l'essere umano inteso come persona non è "calcolabile", nella sua proposizione relazionale ed esclusiva. Non è mai *invisibile*, nel suo aver un Volto che si ritrova nell'*Imago Dei*, nucleo di ogni principio ed ispiratore della dignità umana. Non è sufficiente volgere lo "sguardo" verso il mondo naturale in chiave fenomenologica, rimarcondone la distanza, ma, nella situazione attuale di "penuria", sembra rimarchevole illuminare la prossimità attraverso un atteggiamento di profondo "ri-guardo". Non si tratta del semplice rapporto tra uomo e natura ma di una condizione più ampia, che potrebbe essere definita come "ecologia umana", nel segno di un rifiuto della attuale "cultura dello scarto", dove si confonde il senso del bisogno con lo spreco delle risorse che appartengono a tutti, nessuno escluso. Già Giovanni XXIII, nel documento conciliare *Gaudium et spes*, Costituzione pastorale della Chiesa del 1965, sollevava il problema dello spreco dinanzi alla indefettibile esigenza di tutelare la dignità dell'uomo. Linea di pensiero e azione che pone l'accento sulla iniqua distribuzione dei beni sul pianeta, riaffermando la centralità del richiamo ad una necessaria e sostanziale eguaglianza in direzione della definizione di un bene non astratto ma comune. Si legge nel documento che «Dio ha destinato la terra e tutto quello che essa contiene all'uso di tutti gli uomini e di tutti i popoli, e pertanto i beni creati debbono essere equamente partecipati a tutti, secondo le regole della giustizia, inseparabile dalla carità»²². Il richiamo alla responsabilità verso un "destino diventato comune" sembra ineludibile. E con il magistero di Papa Wojtyła che l'approccio "ecologista" passa da una idea quantitativa (ce ne deve essere per tutti) ad una idea qualitativa. Ad una esigenza di soddisfare i bisogni degli uomini si affianca il diritto ad avere una qualità migliore di ambiente e quindi di vita. Lo spazio esteriore coincide con quello interiore. Il corpo e lo spirito. Una corporeità che pretende uno

21 Z. Bauman, *Danni collaterali*, Roma-Bari, 2013, p. XV.

22 *Gaudium et spes*, promulgata l'8 dicembre 1965.

spazio fondato sul perseguimento dei beni comuni che sono tutt'uno col Bene comune. Non è sufficiente conseguire il soddisfacimento dei bisogni, spesso marcati dal dispotismo del regime pubblicitario, ma sembra sempre più impellente innescare processi che traccino il sentiero del ben-essere spirituale nel segno di un'armonia tra spazio interiore e spazio esteriore. "Abitare secondo giustizia" il mondo terreno significa "vigilare" sul Creato nel segno del diritto delle nuove generazioni di ogni etnia, nessuna esclusa. Coscienza morale e coscienza ambientale trovano un punto d'incontro nella consapevolezza, anche normativa, nella giusta concezione dello sviluppo, dato che «oltre all'innaturale distruzione ambiente naturale, è da ricordare quella, ancora più grave, dell'*ambiente umano*, a cui peraltro si è lontani dal prestare la necessaria attenzione»²³. Papa Wojtyła ritiene che l'uomo, in quanto dono di Dio deve rispettare la struttura stessa del dono, nella doppia dimensione morale e naturale. Come si diceva, *l'ecologia* non possiede solo un *habitus* conservativo, ma si espande e si dilata in relazione alle regioni della formazione strutturale delle comunità sociali. In tal senso si può certamente asserire dell'esistenza di una *ecologia sociale* in merito alla dimensione valoriale del lavoro, non vincolata ad insostenibili esiti mercantili. «L'economia, infatti, è solo un aspetto e una dimensione della complessa attività umana. Se essa è assolutizzata, se la produzione e il consumo delle merci finiscono con l'occupare il centro della vita sociale e diventano l'unico valore della società, non subordinato ad alcun altro, la causa va ricercata non solo e non tanto nel sistema economico stesso, quanto nel fatto che l'intero sistema socio-culturale, ignorando la dimensione etica e religiosa, si è indebolito e ormai si limita solo alla produzione dei beni e dei servizi»²⁴. Con queste parole si chiariscono i punti di distinzione tra una visione della supremazia dominante e illimitata del mercato unipolare e un richiamo ai limiti dell'azione umana che non può usare e abusare della natura. Non era possibile simbolicamente "man-

23 *Centesimus annus*, promulgata il 1 maggio 1991. Cfr. *Sollicitudo rei socialis*, promulgata il 30 dicembre 1987.

24 *Ivi*.

giare il frutto dell'albero", senza implicazioni morali al di là delle mere leggi biologiche²⁵. Il testimone raccolto da Papa Benedetto XVI rappresenta la non più rinviabile emergenza educativa nel recupero del primato dell'essere in chiave personalista in una rinnovata antropologia cristiana. Nella *Caritas in Veritate*, il Pontefice tedesco ritiene che «i progetti per uno sviluppo umano integrale non possono ignorare le generazioni successive, ma devono essere improntati a solidarietà e a giustizia intergenerazionali, tenendo conto di molteplici ambiti: l'ecologico, il giuridico, l'economico, il politico, il culturale»²⁶. E rimettendo l'uomo al centro del Creato ribadisce che «quando l'ecologia umana è rispettata dentro la società, anche l'ecologia ambientale ne trae beneficio»²⁷. Si innesca la proposizione di un modello alternativo alla realtà globale e postmoderna, in particolar modo nel percepire la dimensione spaziotemporale. Se nei flussi globali lo spazio è avvertito come primato del nulla sull'essere, a partire dalla deiezione del soggetto relazionale, al contrario nella presa di coscienza della responsabilità, il primato del tempo sullo spazio significa riaprire le porte del nulla da cui l'essere si eleva, nel «riferimento alla pienezza come espressione dell'orizzonte che ci si apre dinanzi»²⁸. Migranti, asilanti, rifugiati sono da considerare come indicatori dell'anima di una comunità mondiale, che deve adoperarsi per mettere al bando la "categoria esclusi", anche perché ciò «sottende forse la scarsa consapevolezza del fatto che il progressivo ampliamento delle fila degli Esclusi, oltre al rischio di un sostanziale "declassamento" della democrazia, da termine di valore a mera tecnica di decisione, finirebbe per ridurre l'ordinamento giuridico pluralista ad una finzione priva di reali contenuti»²⁹.

25 Cfr. *Evangelium vitae*, promulgata il 25 marzo 1995.

26 *Caritas in Veritate*, promulgata il 29 giugno 2009.

27 *Ibidem*.

28 Francesco (Jorge Mario Bergoglio), *Evangelii Gaudium. Esortazione apostolica*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2013, p.15.

29 V. Baldini, *Diritto, Pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale 'precomprensione' per l'interpretazione dei 'valori' costituzionali* in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova 2012, p. 12.

L'ecologia umana è pienezza. L'abitare dell'uomo sulla Terra non è limitato dagli "spazi aperti" del Creato ma semplicemente dalla fragilità del "vivere chiuso" che non sperimenta la speranza dell'includere e dell'esser inclusi.

Luigi Di Santo insegna Filosofia del diritto, Teoria dell'Interpretazione e Informatica giuridica, Sociologia del diritto presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale. È Responsabile Scientifico del Laboratorio di Ricerca dipartimentale di Ermeneutica della Temporalità Giuridica (ETG).

disanto.luigi100@tiscali.it

BIBLIOGRAFIA

M. Abella, *Globalizzazione, povertà e migrazioni internazionali*, in Roberto Papini (a cura di), *Globalizzazione: solidarietà o esclusione?*, Napoli, 2001.

V. Baldini, *Diritto, Pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale 'precomprensione' per l'interpretazione dei 'valori' costituzionali* in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012.

Z. Bauman, *Danni collaterali*, Roma-Bari, 2013.

V. Cotesta, *Sociologia dei conflitti etnici. Razzismo, immigrazione e società multiculturale*, Roma-Bari 2001.

A. Dal Lago, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

L. Di Santo, *Per una Teologia dell'Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, Napoli, 2012.

Francesco (Jorge Mario Bergoglio), *Evangelii Gaudium. Esortazione apostolica*, Bologna, 2013.

J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas-C. Taylor,

Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento, Milano, 1998.

J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002.

G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, Roma- Bari, 2004.

Kelsen H., *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

W. Kymlica, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

S. Maffettone, *Il valore della vita. Cosa conta davvero e perché*, Roma, 2016.

R. Panikkar, *Pace e interculturalità*, Milano, 2002.

R. Panikkar, *Pace e disarmo culturale*, Milano, 2003.

E. Pulcini, *L'io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, in AA.VV., *Filosofie della globalizzazione* (a cura di D. D'ANDREA-E. PULCINI), Pisa, 2001.

A. Rizzi, *L'Europa e l'altro. Abbozzo di una teologia europea della liberazione*, Cinisello Balsamo, 1991.

A. Sen, *Identità e violenza*, Roma - Bari 2006.

B. Waldenfels, *Dentro e fuori l'ordine. Ordine giuridici dal punto di una fenomenologia dell'estraneo*, Milano, 2008.

M. Walzer, *Sulla tolleranza*, Laterza, Roma - Bari 1998.

Come si diventa cittadini*

Alessandro Martini

ABSTRACT

Lo scritto esamina, in breve, la nozione di cittadinanza secondo la dottrina e la normativa che regola l'acquisto della cittadinanza.

Secondo la dottrina la cittadinanza è uno status (status civitatis) che indica l'appartenenza di un soggetto (persona fisica), ad un ordinamento e dalla quale derivano diritti e doveri verso l'ordinamento stesso. Coloro che non hanno la cittadinanza di quello Stato sono i non-cittadini i quali godono comunque di diritti fondamentali.

Le norme relative all'acquisto della cittadinanza italiana sono previste da una legge (la n. 91/1992) di cui si propongono alcune modifiche (ddl AS n. 2092). In particolare in Italia si diventa cittadini per nascita da genitori cittadini (ius sanguinis) o per adozione da parte di questi, ovvero per nascita nel territorio dello Stato (ius soli) o per beneficio di legge, oppure ancora per effetto di matrimonio e unione civile o per naturalizzazione.

Infine, nello scritto si tratta dei nuovi concetti di "cittadinanza digitale" e di "reddito di cittadinanza".

The paper examines, in short, the notion of citizenship according to the doctrine and the legislation on the acquisition of citizenship.

According to the doctrine, citizenship is a status (status civitatis) that indicates membership of a natural person (persona fisica) to a legal system, from which rights and obligations to the legal system itself derive. Those who have no citizenship

of the State they live in, are foreigners, although they still have fundamental rights.

The legal standards relating to the acquisition of Italian citizenship are provided by an act (act n. 91/1992) to which some changes have been proposed (ddl AS n. 2092). In particular in Italy will become citizens those who are born to Italian parents (ius sanguinis) or adopted by them, or by birth in the State (ius soli), or by benefit of the law, or even as effect of marriage and civil union or by naturalization.

Finally, the paper takes into consideration the new concepts of "digital citizenship" and of "citizenship income".

PAROLE CHIAVE

CITTADINANZA; CITTADINANZA DIGITALE;
DIRITTI; DOVERI; PERSONA FISICA;
REDDITO DI CITTADINANZA;
STATUS; STRANIERO.

KEYWORDS

CITIZENSHIP; DIGITAL CITIZENSHIP; RIGHTS;
OBLIGATIONS; NATURAL PERSON;
CITIZENSHIP INCOME; STATUS; FOREIGN.

SOMMARIO

1. LA CITTADINANZA COME status. – 2. I CITTADINI E I NON-CITTADINI. – 3. L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA. – 3.1. LA CITTADINANZA PER

NASCITA O PER ADOZIONE. – 3.2. LA CITTADINANZA PER BENEFICIO DI LEGGE. – 3.3. LA CITTADINANZA PER UNIONE CONIUGALE E PER UNIONE CIVILE. – 3.4. LA CITTADINANZA PER NATURALIZZAZIONE

(O CONCESSIONE). – 4. DIVENTARE CITTADINI OGGI: LA CITTADINANZA DIGITALE E IL REDDITO DI CITTADINANZA.

1. LA CITTADINANZA COME *status*

Per rispondere alla domanda posta dal titolo di questo breve saggio sarebbe buon inizio dare la nozione di cittadinanza. Il compito si fa già arduo perché nessuna disposizione normativa contiene la nozione di cittadinanza. Ci soccorrono, allora, le elaborazioni formulate dagli studiosi del diritto che pure non nascondono la difficoltà di dare una compiuta nozione di cittadinanza¹. Tralasciando le molte ed autorevoli nozioni di questo concetto²,

* Il presente scritto riproduce, aggiornato ed integrato anche con l'aggiunta di note, la relazione svolta il 3 settembre 2016 alla Scuola Estiva – Seconda edizione, tenutasi ad Arpino (1-3 settembre 2016) su *Il cittadino e lo straniero: prerogative e limiti della categoria di cittadinanza*, promossa dalle Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Niccolò Cusano"- Telematica Roma e dell'Università della "Magna Graecia" di Catanzaro.

1 Cfr. S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. 66: «la cittadinanza è una condizione giuridica di contenuto variabile, che non può né determinarsi a priori né scomporsi interamente in singoli diritti e doveri, da ciò la difficoltà della sua definizione».

2 Nella letteratura più risalente v. G.D. Romagnosi, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, Parte I, in G.D. Romagnosi, *Opere*, XIX, Firenze 1833, pp. 245 s., secondo cui la cittadinanza è «uno di quei diritti chiamati dai legisti col nome di universali», da utilizzare quale termine riassuntivo della complessiva posizione giuridica del soggetto di fronte alla comunità politica; cfr. anche E. Barsanti, *Cittadinanza*, voce in *Enciclopedia giuridica*, III, parte II, Milano, 1913, p. 603, secondo cui la cittadinanza è «il complesso di diritti e di doveri spettanti alla persona che fa parte di una determinata consociazione politica, sanciti dalle leggi di questa; [...] la cittadinanza costituisce il vincolo che lega l'individuo alla consociazione; [...] si sostanzia in un rapporto tra Stato e cittadino e tra il cittadino e lo Stato, sempre nei limiti stabiliti dalla legge»; più di recente v. G. Biscottini, *Cittadinanza*, voce in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 140, per il quale la cittadinanza è «la condizione giuridica di un gruppo di persone appartenenti allo Stato, e precisamente di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti ed obblighi fra i quali primeggiano i cosiddetti diritti politici e l'obbligo di effettuare determinate prestazioni». Per ulteriori nozioni ed

mi limito a leggere quanto riporta uno dei più diffusi manuali di diritto privato, quello scritto da Torrente e Schlesinger, nel paragrafo intitolato "La cittadinanza":

«La cittadinanza è la situazione di appartenenza di una persona fisica ad un determinato Stato: più rilevante, in genere, nell'ambito del diritto pubblico che in quello del diritto privato»³.

La cittadinanza, come appena visto, è una situazione di appartenenza ad uno Stato⁴. Sotto il profilo tecnico, precisamente, la cittadinanza è uno *status* (lo *status civitatis*) che si afferma nell'ambito del diritto pubblico⁵ insieme con lo *status familiae* e lo *status* -ormai non più attuale- *libertatis*.

Come insegna la dottrina, in generale lo *status* designa la situazione giuridica soggettiva che esprime la posizione del singolo nei confronti di altri soggetti nell'ambito di una collettività organizzata che, nel caso dello *status civitatis*, si specifica come collettività nazionale⁶. Dunque

«la parola cittadino (*civis*) esprime precisamente il possesso di uno *status* (*status civitatis*) derivante dall'organico collegamento dei singoli al territorio dello Stato»⁷.

una più ampia trattazione sul tema della cittadinanza v. Clerici, *Cittadinanza*, voce in *Digesto discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 114 ss.; C. Romanelli Grimaldi, *Cittadinanza*, voce in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, p. 2 ss.

3 Così A. Torrente-P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XXII ed., Milano, 2015, § 57, p. 124.

4 Sulla cittadinanza-appartenenza e sulla cittadinanza-partecipazione v. G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in "Rivista di diritto costituzionale", (1997), p. 37 ss. Sul concetto tedesco di *Staatsangehörigkeit* ed il suo superamento v. P. HÄBERLE, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della costituzione*, in "Rivista di diritto costituzionale", (1997), p. 19 ss.

5 Cfr. G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in "Rivista di diritto costituzionale", (1997), p. 9.

6 Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, 2015, p. 72.

7 Così C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, 1969, p. 115.

In generale sulle molteplici funzioni del territorio riguardo all'ordinamento giuridico statale v. G. D'Alessandro, *Istituzioni e territorio*, in Cuccodoro (a cura di) "Nuova

Come ogni altro *status* anche quello *civitatis* è da un lato una posizione autonomamente tutelabile *ex se* e, dall'altro lato, fonte di altre situazioni giuridiche che da esso derivano. La cittadinanza è al tempo stesso, oltre che uno *status* personale, anche un rapporto giuridico⁸.

Tutti coloro che conseguono lo *status* di cittadino non possono non condividere interessi e valori materiali e spirituali della comunità statale di cui sono parte⁹ perché è l'ordinamento stesso che, con le sue leggi, disciplina le forme e le modalità di acquisto della cittadinanza. La concessione della cittadinanza non è quindi un diritto del richiedente, bensì l'esito di un'attenta ponderazione di tutti gli elementi che possano provare la sussistenza di un concreto interesse pubblico ad accogliere stabilmente all'interno dello Stato comunità un nuovo componente, nonché dell'attitudine dello stesso ad assumersene anche tutti i doveri ed oneri¹⁰.

Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza - Studi sul territorio", (2007), n. 6, p. 568 ss.

8 Cfr. S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p. 161, secondo cui la nazionalità, termine equivalente a quello di cittadinanza, «è una condizione di fatto che si concreta nel rapporto giuridico di cittadinanza»; v. anche N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano, Parte Generale*, Milano, 1924, p. 148 ss., il quale ritiene che l'appartenenza alla società politica in termini di stato personale, «non è un diritto, ma un rapporto giuridico, epperò fonte di diritti e di doveri giuridici»; cfr. altresì H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, V ed., Milano, 1966, p. 239 secondo cui «La cittadinanza o nazionalità è uno *status* personale, il cui acquisto e la cui perdita sono regolati dal diritto statale e da quello internazionale. L'ordinamento giuridico statale fa di questo *status* la condizione di certi doveri e diritti». Nella giurisprudenza v. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 17 febbraio 2015, n. 2724, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017, secondo cui «Al conferimento dello *status civitatis* italiano è collegata una capacità giuridica speciale propria del cittadino cui è riconosciuta la pienezza dei diritti civili e politici; una capacità alla quale si ricollegano anche doveri che non è territorialmente limitata e cui sono speculari determinati obblighi di *facere* gravanti sullo Stato comunità».

9 Cfr. sul punto T. Martines, *Diritto costituzionale*, I ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2005, p. 140 ss.

10 Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 24 gennaio 2012, n. 772, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017.

Come già si è fatto cenno il settore del diritto che si occupa della regolamentazione della cittadinanza è il diritto pubblico: il cittadino è infatti parte del popolo che, come è noto, è uno degli elementi costitutivi dello Stato. In particolare la cittadinanza è considerata materia di diritto costituzionale tanto da trovare, almeno in passato, la propria fonte già nelle norme costituzionali¹¹ e poi in seguito, in modo più organico, nei codici civili¹² o in altre leggi.

In Italia la cittadinanza, dapprima disciplinata dagli artt. 1-15 del Codice Civile del 1865 e successivamente, in senso più sistematico, dalla legge 13 giugno 1912, n. 555 e dalla legge 21 aprile 1983, n. 123, è regolata ora dalla legge 5 febbraio 1992, n. 91¹³ e dal regolamento di esecuzione DPR 12 ottobre 1993, n. 572. Alla cittadinanza come nozione presupposta fa riferimento anche la nostra Carta Costituzionale nelle norme che riconoscono ai cittadini la pari dignità sociale e l'uguaglianza (art. 3, comma 1), il diritto al lavoro (art. 4), la libertà di circolazione di soggiorno e di entrare ed uscire dal territorio della Repubblica, salvo le limitazioni di legge (art. 16), la libertà di riunione (art. 17, comma 1) e di associazione (art. 18, comma 1) anche in partiti (art. 49), il diritto di elettorato (art. 48), il diritto di rivolgere petizioni alle Camere (art. 50), il diritto di accesso agli uffici ed alle cariche elettive (art. 51) ed il diritto di richiedere e partecipare ai referendum (art. 75). Ai cittadini è poi riferito espressamente il dovere di difendere la patria (art. 52, comma 1, Cost.) e di fedeltà (art. 54, comma 1, Cost.). Una disposizione costituzionale che detta una norma di disciplina della cittadinanza si ritrova solo all'art. 22 Cost. secondo cui nessuno può

11 Cfr., ad es., la Costituzione francese del 1791 il cui Titolo II tratta "Della divisione del regno, e dello stato dei cittadini".

12 V., ad es., il sistema francese nel quale le disposizioni sulla "*nationalité française*" sono contenute nel *Code civil* (artt. 17-33-2).

13 Per un primo commento alla legge v. T. Ballarino, B. Nascimbene, B. Barel (a cura di), *Commentario alla Legge n. 91/1992, Nuove norme sulla cittadinanza*, in "Nuove Leggi Civili Commentate", (1993), p. 1 ss.; R. Clerici, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1993, p. 3 ss.

essere privato della cittadinanza per motivi politici¹⁴.

Essendo uno *status*, le dichiarazioni relative alla cittadinanza sono iscritte dall'ufficiale dello stato civile negli archivi (art. 23 DPR n. 396/2000 e art. 23, l. n. 91/1992) informatici conservati da ogni comune (art. 10 DPR cit.). Lo *status civitatis* non viene meno quando il cittadino si reca all'estero (cfr. art. 16 Cost.), né di questo -come appena visto- si può essere privati per motivi politici (art. 22 Cost.), mentre lo stesso può cessare nei casi previsti dalla legge (cfr. artt. 3, comma 3; 12; 14, l. n. 91/1992).

2. I CITTADINI E I NON-CITTADINI

Se riprendano ancora la nozione prima vista (*supra*, *sub* § 1) sulla cittadinanza nel manuale di Torrente-Schlesinger leggiamo che cittadini sono le persone fisiche.

Come è noto l'espressione "Persone fisiche" contenuta nel titolo I del Libro I del Codice civile ("Delle persone e della famiglia") indica propriamente le persone dotate di una unità psico-fisica, ossia la persona umana o, semplicemente, la persona. Tradizionalmente le persone fisiche si contrappongono alle persone giuridiche e, più in generale, ad ogni ente organizzato privo di un sostrato biologico: persone fisiche, persone giuridiche ed enti non riconosciuti come persone giuridiche sono comunque tutti soggetti di diritto dell'ordinamento giuridico, vale a dire centri di imputazione di situazioni giuridiche¹⁵.

Fra questi soggetti di diritto possono diventare cittadini solo le persone fisiche, gli "uomini": per indicare l'appartenenza di una persona fisica ad una collettività nazionale il legislatore utilizza, infatti, propriamente il termine «cittadino»¹⁶ (v. ad es. l'art. 115 c.c. rubricato

14 In argomento v. U. De Siervo, *Sub art. 22*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 21 ss.

15 Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Milano, 2002, pp. 135 e 311.

16 In questo senso v. il d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179 di modifica del Codice dell'amministrazione digitale (su cui v. *infra* nel testo, *sub* § 4) secondo cui «la parola "cittadino", ovunque ricorra, si intende come "persona fisica" e le espressioni "chiunque" e "cittadini e imprese",

"Matrimonio del cittadino all'estero)". Non sono, viceversa, chiamati "cittadini" le persone giuridiche né gli altri enti non riconosciuti come persone giuridiche.

Il legislatore poi, per indicare la legge dello Stato di cui la persona ha la cittadinanza parla di «legge nazionale» di un soggetto, che è uno dei criteri di collegamento previsti nell'ambito del diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218) per individuare la legge regolatrice di fattispecie che presentano un elemento di estraneità con l'ordinamento giuridico¹⁷.

Se dunque non tutte le persone fisiche - nel senso appena visto di "uomini" - sono cittadini, perché non tutti appartengono ad un dato ordinamento, coloro che restano estranei a questo ordinamento si trovano nella condizione giuridica di "stranieri" della quale la legge non può disinteressarsi. In questa sede non è possibile esaminare tale condizione¹⁸, ma solo ricordare che il legislatore, in una disposizione introdotta nel Codice civile del 1942, ha previsto che

«Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini a condizione di reciprocità e salve le disposizioni in leggi speciali.

Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere» (art. 16 disp. prel. c.c.).

Lo straniero è escluso soltanto dagli uffici pubblici e può, al pari del cittadino, svolgere in generale ogni attività privata avendo piena capacità giuridica di diritto privato¹⁹ che può

ovunque ricorrano, si intendono come "soggetti giuridici"» (art. 61, comma 2, lett. d).

17 Cfr., ad es., l'art. 20 l. n. 218/1995 in tema di capacità giuridica delle persone fisiche: «1. La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge».

18 In argomento v. B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 3 ss.; E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, Torino, 1999, p. 158 ss.; nella più recente dottrina v. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, p. 3 ss.

19 C. M. Bianca, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 121.

esplicarsi in materia di matrimonio, successioni, proprietà, obbligazioni e contratto, ed impresa²⁰.

Tuttavia, il godimento dei soli diritti civili è consentito allo straniero (persona fisica e persona giuridica, come chiarisce l'art. 16, comma 2, disp. prel. c.c.) nei limiti in cui il cittadino italiano è ammesso al godimento dei diritti civili dello Stato di cui lo straniero ha la cittadinanza. Questa "condizione di reciprocità"²¹ non va considerata come fonte di discriminazione a carico dello straniero, bensì come

«un mezzo di indiretta tutela dei soggetti italiani all'estero, inteso a scoraggiare un loro deteriore trattamento»²².

Comportando comunque il principio di reciprocità limitazioni al godimento dei diritti civili, queste potrebbero costituire forme di incapacità giuridica lesive di un diritto fondamentale della persona, quale è la capacità giuridica²³.

La "condizione di reciprocità" prevista nel Codice civile è antecedente alla Costituzione del 1948 e si è discusso della sua compatibilità con le norme ed i principi posti da quest'ultima²⁴ e, nella specie, con il riconoscimento dei

20 Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 146.

21 Sulla "condizione di reciprocità" v., nella più recente dottrina, F. Marrella, *Lo straniero e la condizione di reciprocità*, in *Trattato notarile*, diretto da F. Preite, *Atti notarili, diritto comunitario e internazionale*, I, Milano, 2011, p. 107 ss. V. anche M. Toriello, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di condizione di reciprocità*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", (1995), II, p. 159 ss.; E. Cald, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, p. 3 ss. sulla natura sostanziale, e non di diritto internazionale privato, della norma di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. v. B. Nascimbeni, *La capacità dello straniero. Diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *FederNotizie - Quaderno n.20 - "Stranieri, regolarità del soggiorno e attività notarile" - Allegato al n. 2 - marzo 2011*, p. 36 (e nota n. 4 a p. 34).

22 Così C.M. Bianca, *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 122.

23 *Ibidem*.

24 Sull'abrogazione dell'art. 16 disp. prel. c.c. per contrasto con le sopravvenute disposizioni costituzionali v. A. Cassese, *Principi fondamentali. Art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 512 ss. e già P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 37 ora anche in *Id.*, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 30 ss.

diritti fondamentali dello straniero²⁵. In materia è poi intervenuto il legislatore che, con il c.d. Testo Unico sull'immigrazione (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), emanato in attuazione dell'art. 10, comma 2, Cost., secondo cui

«La condizione dello straniero è regolata della legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»,

ha stabilito che

«Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1, T.U. cit.).

Inoltre, il citato T.U. sull'immigrazione ha previsto che

«Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal

25 Cfr. Cass., 10 febbraio 1993, n. 1681, in "Giurisprudenza Italiana", (1994), I, c. 1994 ss., la quale, dopo aver affermato che l'art. 16, comma 1, disp. prel. c.c. non è derogato dagli artt. 2, 3, 10 e 24 Cost., ha precisato che allo straniero sono riconosciuti i diritti di cui all'art. 2 Cost indipendentemente dalla condizione di reciprocità. Più di recente v. Cass., 7 maggio 2009, n. 10504 in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", (2010), n. 3, p. 776 ss. secondo cui l'art. 16 disp. prel. c.c. sulla condizione di reciprocità «è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona dal momento che i diritti fondamentali, come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale articolo, con la conseguenza che la relativa tutela deve essere assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, comunitaria ed extracomunitaria)».

regolamento di attuazione²⁶» (art. 2, comma 2, T.U. cit.)

La disposizione appena vista, secondo alcuni, avrebbe sostituito l'art. 16 disp. prel. c.c., anche perché nella normativa non risultano casi di diritti concessi sotto condizione di reciprocità²⁷.

Il citato T.U. sull'immigrazione

«[...] si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri» (art. 1, comma 1),

mentre

«[...] non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario» (art. 1, comma 2).

Abbiamo quindi due specificazioni.

La prima: i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea (c.d. extracomunitari) sono equiparati agli apolidi, ossia a coloro che sono privi della cittadinanza e che nella normativa sono indicati tutti come "stranieri". L'apolidia è una situazione che la legge italiana, come vedremo, tende ad impedire che si verifichi o che comunque permanga a lungo prevedendo meccanismi di acquisto della cittadinanza basati sulla nascita o sulla residenza territorio dello Stato (v. *infra*, sub § 3 e ss.).

La seconda: esiste un'altra cittadinanza, quella europea²⁸. Cittadino dell'unione euro-

26 Il regolamento di attuazione è stato emanato con DPR 31 agosto 1999, n. 394.

27 Così C.M. Bianca, *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 123; per l'abrogazione dell'art. 16 disp. prel. c.c. v. anche C. Campiglio, *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", (2001), n. 1, p. 49 ss.

28 La «cittadinanza dell'Unione» è stata istituita allo scopo di rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri con il Trattato di Maastricht (Trattato istitutivo dell'Unione Europea) firmato il 7 febbraio 1992. Sulla cittadinanza europea in prospettiva di un processo di integrazione europea v. L. Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in "Contratto e Impresa", (2016), 2, p. 336 ss.

pea è, secondo il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)

«chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro» (art. 20.1).

«La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce» (art. 20.1 TFUE)

pertanto non può dirsi che sia uno *status*, come la cittadinanza nazionale, bensì una conseguenza del primo *status civitatis*. Per effetto della cittadinanza nazionale si diventa cittadini dell'unione europea acquistando anche il godimento di diritti indicati nei trattati fra i quali (art. 20.1 TFUE):

«a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri;

b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;

c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;

d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua».

Da questa complessa pluralità di fonti normative, e di connesse situazioni giuridiche soggettive, emerge che i diversi soggetti che vengono genericamente ricondotti nella locuzione di "stranieri" hanno un solo dato comune rappresentato dall'assenza della qualità di cittadino italiano: sono "non-cittadini"²⁹. In questa categoria dei "non-cittadini" possono

29 Così E. Grosso, *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, VI, p. 5787 ss.

poi distinguersi quattro gruppi di individui: a) i cittadini europei; b) i cittadini extra-comunitari (regolarmente residenti ai sensi della legislazione sull'ingresso e soggiorno degli stranieri nello Stato, o che si trovino in situazione irregolare rispetto a tale ordinamento); c) gli apolidi; d) i non-cittadini cui è accordata una speciale protezione (godendo del diritto di asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. o dello status di rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, e dei successivi protocolli)³⁰.

3. L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA

Si è già visto (*supra*, sub § 1) che la cittadinanza è una situazione giuridicamente rilevante dalla quale scaturiscono determinati diritti e doveri e che le forme e modalità del suo acquisto sono previste dall'ordinamento del quale la persona diverrà nuovo componente.

Come si diventa cittadini in Italia?

Nel nostro Paese è la già citata legge 5 febbraio 1992, n. 91 "Nuove norme sulla cittadinanza" – cui si è data esecuzione con il DPR 12 ottobre 1993, n. 572 – a stabilire diversi modi di acquisto della cittadinanza: per nascita o adozione, per beneficio di legge, per matrimonio e per concessione (o naturalizzazione).

Di questa normativa molto si discute circa la reale tenuta in un'epoca, come la nostra, caratterizzata da una forte immigrazione forse maggiore di quella che già si prevedeva negli anni di promulgazione della legge. Nel corso dello scritto si darà quindi conto, nei luoghi opportuni, delle proposte di modifica che al momento trovano la loro regolamentazione in un disegno di legge intitolato "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, e altre disposizioni in materia di cittadinanza", che risulta dalla unificazione di un disegno di legge di iniziativa popolare, già approvato alla Camera e trasmesso al Senato il 13 ottobre 2015 (Atto Senato n. 2092), ed ora in attesa di discussione nella 1° commissione permanente affari costituzionali sin dal 10 febbraio 2016.

³⁰ *Ibidem*.

3.1. LA CITTADINANZA PER NASCITA O PER ADOZIONE

Anzitutto la cittadinanza si acquista per nascita da genitori cittadini (*ius sanguinis*) ovvero per nascita nel suolo dello Stato (*ius soli*).

Quanto alla prima ipotesi, l'art. 1 lett. a), l. n. 91/1992 dispone che

«è cittadino per nascita:

a) il figlio di padre o di madre cittadini».

Il criterio di trasmissione della cittadinanza per nascita da cittadini ha una risalente origine storica in quanto era già previsto, anche se in riferimento alla sola nascita da padre noto, nel Codice civile del 1865³¹ e poi nella prima legge sulla cittadinanza (legge 13 giugno 1912, n. 555)³² trovando ragione nell'esigenza di assicurare un legame fra i figli e la nazione di origine in un'epoca in cui molte nascite avvenivano da famiglie italiane emigrate all'estero.

Per effetto del fatto naturale della nascita da un genitore cittadino deriva automaticamente in capo al figlio l'acquisizione dello *status civitatis* del genitore stesso. La nascita può derivare da procreazione naturale o da procreazione c.d. medicalmente assistita³³ e può avvenire sia nel matrimonio che fuori del matrimonio. In questo secondo caso il figlio, che il legislatore chiamava sino a pochi anni fa "figlio naturale"³⁴,

³¹ Codice civile 1865: art. 1, comma 4: «È cittadino il figlio di padre italiano»; art. 1, comma 7: «Quando il padre sia ignoto, è cittadino il figlio nato da madre cittadina»

³² Legge n. 555/1912, art 1: «È cittadino per nascita: 1. il figlio di padre cittadino;

2. il figlio di madre cittadina se il padre è ignoto o non ha la cittadinanza italiana, né quella di altro Stato, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza del padre straniero secondo la legge dello Stato al quale questi appartiene».

³³ La materia è disciplinata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"; per un primo commento a questa legge sia consentito rinviare a A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 9 ss.

³⁴ Sulla riforma della filiazione v. la legge 10 dicembre 2012, n. 219 "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali" ed il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10

deve anzitutto conseguire lo *status familiae* di figlio perché in mancanza di questo non sarà possibile individuare il suo genitore. Occorre dunque che il figlio nato da genitori non uniti fra loro in matrimonio sia o riconosciuto dal padre o dalla madre (cfr. art. 250 ss. c.c.) cittadini, ovvero dichiarato giudizialmente figlio di un padre o di una madre (cfr. art. 269 ss. c.c.) cittadini (art. 2, comma 1, l. n. 91/1992).

Al riguardo la citata legge n. 91/1992 distingue fra figli minorenni e maggiorenni nati fuori del matrimonio: nel primo caso l'acquisto della cittadinanza è automatico (art. 2, comma 1); nel secondo caso il figlio conserva la propria cittadinanza, ma può dichiarare, entro un anno dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale, ovvero dalla dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero -qualora l'accertamento della filiazione sia avvenuto all'estero - di eleggere la cittadinanza determinata dalla filiazione (art. 2, comma 2).

Queste regole si applicano anche al figlio nato fuori del matrimonio al quale sia stato riconosciuto giudizialmente il diritto al mantenimento o agli alimenti benché non sia stato possibile esperire l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità (cfr. art. 279 c.c.) (art. 2, comma 3, l. n. 92/1992) (c.d. figlio non riconoscibile)³⁵.

Oltre alla filiazione di sangue, altra ipotesi di acquisto della cittadinanza si ha in caso di filiazione giuridica, ossia di adozione. La legge n. 91/1992 dispone infatti che

«Il minore straniero adottato da cittadino italiano acquista la cittadinanza» (art. 3).

Il riferimento è all'adozione internazionale di un minore straniero da parte di coniugi italiani residenti in Italia o all'estero, fattispecie che trova la propria disciplina nella c.d. legge sull'adozione (art. 29 ss. legge 4 maggio 1983, n. 184 "Diritto del minore ad una famiglia").

dicembre 2012, n. 219". Per un esame della normativa cfr. C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 3 ss.

35 Sono irriconoscibili, ad es., i figli nati da genitori che non abbiano ancora raggiunto l'età per effettuare il riconoscimento (sedici anni) e non abbiano richiesto o ottenuto l'autorizzazione giudiziale ad anticipare il riconoscimento prima di tale età (art. 250, comma 5, c.c.).

Altra particolare ipotesi che presuppone non solo la filiazione, ma anche la convivenza è la *communicatio iuris* ossia la trasmissione della cittadinanza da un membro all'altro della famiglia il cui fondamento risiede sul principio di ordine pubblico dell'unità della cittadinanza nell'ambito della famiglia. Tale fattispecie è disciplinata all'art. 14 l. n. 91/1992 secondo cui

«I figli minori di chi acquista o riacquista la cittadinanza italiana, se convivono con esso, acquistano la cittadinanza italiana, ma, divenuti maggiorenni, possono rinunciare, se in possesso di altra cittadinanza».

In proposito il ddl AS n. 2092 di riforma sopra ricordato intende sostituire il requisito della convivenza³⁶ col genitore con quello della non decadenza della responsabilità genitoriale e della residenza. La nuova disposizione dovrebbe quindi essere la seguente: i figli minori di chi acquista o riacquista la cittadinanza italiana

«non decaduto dalla responsabilità genitoriale, acquistano la cittadinanza italiana se risiedono nel territorio della Repubblica» (art. 1, comma 1, lett. g), ddl AS n. 2092)

ma, divenuti maggiorenni, possono rinunciare se in possesso di altra cittadinanza.

Al di fuori del rapporto di filiazione di sangue o di filiazione giuridica, la cittadinanza può essere acquistata, in determinate ipotesi, per nascita nel territorio dello Stato prescindendo dalla cittadinanza dei genitori, ossia per *ius soli*. L'acquisto della cittadinanza *iure soli*

³⁶ Secondo il DPR n. 572/1994

«1. Ai fini dell'applicazione dell'art. 14 della legge l'acquisto della cittadinanza, da parte dei figli minori di chi acquista o riacquista la cittadinanza italiana, si verifica se essi convivono con il genitore alla data in cui quest'ultimo acquista o riacquista la cittadinanza.

2. La convivenza deve essere stabile ed effettiva ed opportunamente attestata con idonea documentazione» (art. 12).

Sul problema dell'individuazione concettuale e del profilo temporale della convivenza cfr. P. Morozzo della Rocca, *Profili civilistici del mancato acquisto della cittadinanza ope legis ai sensi dell'art.14 della legge n. 91/1992*, in "Famiglia e Diritto", (2014), n. 4, p. 406 ss.

risponde all'esigenza di evitare l'apolidia del soggetto dando rilevanza alla circostanza che la nascita nel territorio dello Stato giustifichi l'inserimento della persona nella comunità dello stesso Stato.

Occorre anzitutto chiarire che, sotto il profilo giuridico, il «territorio della Repubblica» comprende anche le navi iscritte nei registri marittimi italiani e gli aeromobili immatricolati nel Registro Aeronautico Nazionale, battenti bandiera italiana ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera (cfr. art. 4, comma 2, c.p.). Non sono invece cittadini coloro che nascono nelle sedi diplomatiche italiane all'estero in quanto in tali sedi lo Stato ospitante non esercita i poteri di governo solo al fine di assicurare le funzioni diplomatiche³⁷.

Nel dettaglio la normativa prevede che è cittadino per nascita:

- chi è nato nel territorio italiano da genitori o ignoti, dal punto di vista giuridico, ovvero apolidi (art. 1, comma 1, lett. b), l. n. 91/1992), vale a dire privi di qualsiasi cittadinanza³⁸; gli apolidi, se risiedono legalmente nel territorio in Italia, sono soggetti alla legge italiana per quanto si riferisce all'esercizio dei diritti civili ed agli obblighi del servizio militare (art. 16 l. n. 91/1992) e nei casi in cui il diritto internazionale privato richiama la legge nazionale del soggetto, si applica la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, della residenza (art. 19, comma 1, l. n. 218/1995);

- chi è nato nel territorio italiano e non acquista la cittadinanza dei genitori (art. 1, comma 1, lett. b), l. n. 91/1992) perché la legge dello

37 Cfr. Ministero dell'Interno, *La Cittadinanza Italiana La Normativa, Le Procedure, Le Circolari*, in <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2003/marzo/doss-interno-cittadinanza.html>; sito consultato il 31.3.2017.

38 Il DPR n. 572/1993 precisa che la condizione di apolidia dei genitori può essere certificato, su domanda dell'interessato, dal Ministero dell'Interno, dietro presentazione di alcuni documenti (art.17); tale condizione può anche essere oggetto di verifica da parte del giudice ordinario chiamato ad accertare che l'interessato sia entrato in Italia con un documento comprovante lo stato di apolidia e che non abbia acquistato né la cittadinanza italiana né quella di altro Stato.

Stato di origine dei genitori esclude che il figlio nato all'estero possa acquisire la loro cittadinanza³⁹.

A queste ipotesi vigenti il ddl AS n. 2092 di riforma della l. n. 91/1992 ne vorrebbe introdurre un'altra: acquista la cittadinanza per nascita

«chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri, di cui almeno uno sia titolare del diritto di soggiorno permanente ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, o sia in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» (art. 1, lett. a), ddl cit.).

Inoltre, secondo la legge n. 91/1992

«è considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza» (art. 1, comma 2)

da parte di qualunque soggetto interessato. L'espressione deve interpretarsi in base alla normativa dell'ordinamento dello stato civile (DPR 3 novembre 2000, n. 396) secondo cui

«Chiunque trova un bambino abbandonato deve affidarlo ad un istituto o ad una casa di cura. Il direttore della struttura che accoglie il bambino ne dà immediata comunicazione all'ufficiale dello stato civile del comune dove è avvenuto il ritrovamento dando così avvio ad un procedimento» (art. 38 DPR cit.).

Pertanto il "trovato" della disposizione della l. n. 91/1992 non può che essere il neonato o

39 Secondo il DPR n. 572/1993 «Il figlio, nato in Italia da genitori stranieri, non acquista la cittadinanza italiana per nascita ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b), della legge, qualora l'ordinamento del paese di origine dei genitori preveda la trasmissione della cittadinanza al figlio nato all'estero, eventualmente anche subordinandola ad una dichiarazione di volontà da parte dei genitori o legali rappresentanti del minore, ovvero all'adempimento di formalità amministrative da parte degli stessi» (art. 2).

il minore ma non un maggiorenne, anche se incapace di intendere e volere e privo di documenti atti a dimostrare la propria identità o cittadinanza: questi sarebbe infatti apolide.

Infine, assimilabile al criterio dell'acquisto della cittadinanza per *ius soli*, è l'ipotesi dello straniero nato in Italia ed ivi residente legalmente⁴⁰ e ininterrottamente fino al raggiungimento della maggiore età: egli infatti diviene cittadino se dichiara di volere acquistare la cittadinanza⁴¹ entro un anno - che il ddl AS n. 2092 intende estendere a due anni (art. 1, comma 1, lett. c) - dal compimento della maggiore età (art. 4, comma 2, l. n. 91/1992). La ragione della disposizione normativa è quella di favorire l'acquisto della cittadinanza da parte di persone che, nate e continuativamente residenti in Italia, sono pienamente integrate nel tessuto sociale, economico e culturale del nostro Paese⁴².

In proposito il decreto-legge c.d. "del fare" (d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98) al fine di semplificare il procedimento di acquisizione della cittadinanza

40 Secondo il DPR n. 572/1993 viene considerato legalmente residente nel territorio dello Stato chi vi risiede avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia e da quelle in materia d'iscrizione anagrafica (art. 1, comma 2, lett. a). In tema di residenza legale ai fini della l. n. 91/1992, il ddl AS n. 2092 di riforma prevede una apposita disposizione normativa che, dopo aver ripetuto quanto già stabilito nel regolamento n. 572/1993, precisa che «Per il computo del periodo di residenza legale, laddove prevista, si calcola come termine iniziale la data di rilascio del primo permesso di soggiorno, purché vi abbia fatto seguito l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente. Eventuali periodi di cancellazione anagrafica non pregiudicano la qualità di residente legale se ad essi segue la reiscrizione nei registri anagrafici, qualora il soggetto dimostri di avere continuato a risiedere in Italia anche in tali periodi» (art. 1, comma 1, lett. h).

41 In generale sulla rilevanza della volontà riguardo le dichiarazioni in tema di cittadinanza cfr. P. Morozzo della Rocca, *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, in "Famiglia e Diritto", (2014), n. 11, p. 1056 ss.

42 Cfr. Trib. Imperia, decr. 11 settembre 2012, in "Corriere Giuridico", (2013), 7, p. 932 ss., ove si specifica che lo straniero nato in Italia mantiene il diritto di eleggere la cittadinanza italiana se dimostri di avervi sempre mantenuto la sua residenza effettiva, benché l'iscrizione anagrafica sia intervenuta successivamente alla nascita.

dello straniero nato in Italia (art. 4, comma 2, l. n. 91/1992), ha previsto che all'interessato non siano imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della pubblica amministrazione e che egli possa dimostrare il possesso dei requisiti con ogni altra idonea documentazione (art. 33, comma 1). È altresì stabilito che gli ufficiali dello stato civile siano tenuti, nel corso dei sei mesi precedenti il compimento del diciottesimo anno di età, a comunicare all'interessato la possibilità di esercitare tale diritto entro il diciannovesimo anno di età, e che in mancanza di tale comunicazione, il diritto possa essere esercitato anche oltre tale data (art. 33, comma 2, d.l. n. 69/2013).

A queste ipotesi il ddl AS n. 2092 di riforma della l. n. 91/1992 ne vorrebbe introdurre un'altra per estendere la cittadinanza a chi studia in Italia così da prevedere un nuovo criterio di acquisto della cittadinanza per *ius culturae*:

«Il minore straniero nato in Italia o che vi ha fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età che, ai sensi della normativa vigente, ha frequentato regolarmente, nel territorio nazionale, per almeno cinque anni, uno o più cicli presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale idonei al conseguimento di una qualifica professionale, acquista la cittadinanza italiana. Nel caso in cui la frequenza riguardi il corso di istruzione primaria, è altresì necessaria la conclusione positiva del corso medesimo. [...]» (art. 1, comma 1, lett. d), ddl cit.).

3.2. LA CITTADINANZA PER BENEFICIO DI LEGGE

Altro modo di acquisto della cittadinanza è previsto come benefico della legge a favore degli stranieri o apolide di origine italiana a determinate condizioni.

Diventa infatti cittadino italiano, su sua domanda, lo straniero o l'apolide nato da padre o da madre o da uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado che sono cittadini per nascita se presta effettivo servizio militare in

Italia⁴³ (art. 4, lett a), l. n. 91/1992) oppure se assume un pubblico impiego, anche all'estero, alle dipendenze dello Stato italiano (art. 4, lett b), l. n. 91/1992)⁴⁴, oppure ancora se, al raggiungimento della maggiore età, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica⁴⁵ e la domanda per l'acquisto della cittadinanza sia fatta entro un anno dalla maggiore età (art. 4, lett c), l. n. 91/1992).

In queste ipotesi la cittadinanza è acquisita automaticamente per legge a prescindere da un atto amministrativo.

3.3. LA CITTADINANZA PER UNIONE CONIUGALE E PER UNIONE CIVILE

La cittadinanza può anche acquistarsi per effetto del matrimonio con il cittadino: in tal caso si parla di acquisto della cittadinanza per *ius matrimonii* o *ius coniugii* ovvero di acquisto *iuris communicatione* in quanto la cittadinanza del coniuge si trasmette all'altro che sia straniero o apolide.

La legge sulla cittadinanza qui esaminata all'art. 5 – che il c.d. pacchetto sicurezza (art. 1, comma 11, legge 15 luglio 2009, n. 94) ha modificato allo scopo di impedire matrimoni contratti solo per conseguire la cittadinanza (c.d. “matrimoni di comodo”) – prevede che a seguito di matrimonio con un cittadino italia-

no, lo straniero o l'apolide possa acquistare la cittadinanza italiana se risiede legalmente da almeno due anni in Italia, ovvero siano decorsi tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero sempreché, al momento dell'emanazione del decreto del Ministro dell'interno (con cui si conferisce, su domanda dell'interessato, la cittadinanza, v. *infra*) non sia intervenuto annullamento, divorzio o separazione personale dei coniugi. I termini di due e tre anni sono peraltro ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi stessi

Non può tuttavia acquistare la cittadinanza per matrimonio il coniuge che abbia subito condanne penali particolarmente gravi (delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato e contro i diritti politici dei cittadini) (art. 6, comma 1, lett. a), l. n. 91/1992); condanne a delitti non colposi per i quali è prevista una pena edittale non inferiore nel massimo a tre anni oppure condanne penali per reati non politici ad una pena detentiva superiore a un anno inflitte da autorità giudiziarie straniere con sentenza riconosciuta in Italia (art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 91/1992); ovvero nel caso sussistano comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 91/1992) la cui valutazione discrezionale spetta al Ministro dell'interno⁴⁶.

Con l'entrata in vigore della legge sulle c.d. unioni civili (l. 20 maggio 2016 n. 76 “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”)⁴⁷, la quale prevede che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio ed al coniuge ovunque ricorrano negli atti normativi, amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano a ciascuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1, comma 20), ne deriva che anche colui che costituisce una unione civile con un cittadino italiano possa acquistare la cittadinanza italiana secondo le forme ed i modi che si sono appena visti.

43 Il DPR n. 572/1993 precisa che, ai fini dell'acquisto della cittadinanza italiana, si considera che abbia prestato effettivamente servizio militare, chi abbia compiuto la ferma di leva nelle Forze armate italiane o la prestazione di un servizio equiparato a quello militare (ad es. il servizio civile), a condizione che queste siano interamente rese, salvo che il mancato completamento dipenda da sopravvenute cause di forza maggiore riconosciute dalle autorità competenti (art. 1, comma 2, lett. b).

44 Secondo il DPR n. 572/1993, salvi i casi nei quali la legge richiede specificamente l'esistenza di un rapporto di pubblico impiego, si considera che abbia prestato servizio alle dipendenze dello Stato chi sia stato parte di un rapporto di lavoro dipendente con retribuzione a carico del bilancio dello Stato (art. 1, comma 2, lett. c).

45 Secondo il DPR n. 572/1993 l'interessato deve aver risieduto legalmente in Italia senza interruzioni nell'ultimo biennio antecedente il conseguimento della maggiore età e sino alla data della dichiarazione di volontà (art. 3, comma 3).

46 Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 agosto 2016, n. 3696, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017.

47 Per un commento alla l. n. 76/2016 v. il numero monografico della rivista “Famiglia e Diritto”, (2016), n. 10, p. 845 ss.

La cittadinanza è conferita, come già si è fatto cenno, su istanza dell'interessato da presentare al sindaco o alla competente autorità consolare, quando ricorrono le condizioni di legge, con decreto del Ministro dell'interno (art. 7 l. n. 91/1992)⁴⁸ e l'efficacia di tale decreto è subordinata alla prestazione, da parte dell'interessato e davanti all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza (art. 23 l. n. 91/1992), di un giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato (art. 10 l. n. 91/1992). L'acquisto della cittadinanza decorrerà dal giorno successivo a quello del giuramento (art. 15 l. n. 91/1992).

Il coniuge, straniero o apolide, sposato o unito civilmente con un cittadino, ed avente tutti i requisiti prescritti dalla legge, ha un diritto soggettivo allo *status civitatis* solo che manifesti la propria volontà, salvo l'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere discrezionale di valutare l'esistenza di motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica che ostino a detto acquisto⁴⁹. Il provvedimento attributivo della cittadinanza per effetto di matrimonio o di unione civile rien-

48 In base alla direttiva del Ministero dell'intero del 7 marzo 2012 a decorrere dal 1° giugno 2012 sono attribuiti alla competenza del Prefetto l'accoglimento dell'istanza di acquisto della cittadinanza *iure matrimonii* presentata dal coniuge straniero legalmente residente in Italia e la sua reiezione per i motivi ostativi di cui alle lett. a) e b) dell'art. 6 l. n. 91/1992; qualora il coniuge straniero abbia la residenza all'estero, l'organo competente a conferire o denegare la cittadinanza è, invece, il capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione; resta invece ferma la competenza del Ministro dell'interno a denegare l'acquisto della cittadinanza per ragioni inerenti alla sicurezza della Repubblica ai sensi della lett. c) dell'art. 6 l. n. 91/1992 o ad accogliere l'istanza se il Consiglio di Stato ritiene che le dette ragioni non sussistono.

49 Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 1995, n. 1000, in "Corriere Giuridico", (1995), n. 3, p. 278 ss., la quale precisa che in caso di esercizio di tali poteri il diritto del cittadino affievolisce ad interesse legittimo con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, sempre che il provvedimento di rifiuto della cittadinanza sia emanato entro il termine prescritto dalla legge. In tal senso v. anche, fra le più recenti, TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 54, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017.

tra quindi nella categoria degli atti di accertamento costitutivo⁵⁰.

3.4. LA CITTADINANZA

PER NATURALIZZAZIONE (O CONCESSIONE)

La cittadinanza può, infine, essere concessa allo straniero o all'apolide che non ha contratto matrimonio né costituito un'unione civile, ma che ha una residenza legale nel territorio dello Stato ininterrotta ed attuale e per una durata che varia a seconda dei casi, e a seguito di una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione⁵¹, con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno (art. 9, comma 1, l. n. 91/1992).

Nel dettaglio, può chiedere la cittadinanza italiana:

- lo straniero il cui padre o madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado

50 Cfr. Consiglio di Stato, parere 30 novembre 1992, n. 2482.

51 Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 2016, n. 1874, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017: «L'Amministrazione gode di un'ampia sfera di discrezionalità circa la possibilità di concedere o meno la cittadinanza, con valutazione che si estende non solo alla capacità dello straniero di ottimale inserimento nella comunità nazionale sotto il profilo della integrazione economica e sociale, ma anche in ordine alla correlata assenza di *vulnus* per le condizioni di sicurezza dello Stato. Sotto tale ultimo aspetto possono assumere rilievo situazioni che - anche se non caratterizzate nell'immediato da concreta lesività nei confronti del su riferito interesse primario - possano essere tali su un piano potenziale e/o di solo pericolo» (decisione relativa all'ipotesi di cui all'art. 9, comma 1, lett. f), l. n. 91/1992, su cui v. *infra* nel testo). In senso analogo cfr. già Consiglio di Stato, sez. IV, 7 maggio 1999, n. 798, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017.

V. anche Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 657 e Consiglio di Stato, sez. III, 6 settembre 2016, n. 3819, entrambe in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; sito consultato il 31.3.2017, secondo le quali in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità il provvedimento di diniego della concessione della cittadinanza italiana è sindacabile per i suoi eventuali profili di eccesso di potere (ad es. per travisamento dei fatti o inadeguata motivazione), ma è insindacabile per i profili di merito della valutazione dell'Amministrazione.

sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente da almeno tre anni (art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 91/1992), salvo il caso già visto (art. 4, comma 1, lett. c), l. n. 91/1991, *supra*, sub § 3.2) in cui al raggiungimento della maggiore età, lo straniero risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica e dichiara, entro un anno dal raggiungimento della maggiore età, di voler acquistare la cittadinanza;

- lo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione (art. 9, comma 1, lett. b);

- lo straniero che ha prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato (art. 9, comma 1, lett. c);

- il cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea che risiede legalmente da almeno quattro anni nel territorio della Repubblica (art. 9, comma 1, lett. d);

- l'apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica (art. 9, comma 1, lett. e);

- lo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica (art. 9, comma 1, lett. f).

A queste ipotesi vigenti, il ddl AS n. 2092 di riforma della l. n. 91/1992 ne vorrebbe aggiungere un'altra dando rilevanza, ancora una volta, all'istruzione scolastica includendo lo

«straniero che ha fatto ingresso nel territorio nazionale prima del compimento della maggiore età, ivi legalmente residente da almeno sei anni, che ha frequentato regolarmente, ai sensi della normativa vigente, nel medesimo territorio, un ciclo scolastico, con il conseguimento del titolo conclusivo, presso gli istituti scolastici appartenenti al sistema nazionale di istruzione, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale con il conseguimento di una qualifica professionale» (art. 1, comma 1, lett. e), ddl cit.).

Il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferi-

sce non presta, davanti all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza (art. 23 l. n. 91/1992) ed entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato (art. 10 l. n. 91/1992) e il conseguimento della cittadinanza decorrerà dal giorno successivo a quello del giuramento (art. 15 l. n. 91/1992).

Infine, allo straniero la cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli Affari Esteri, in caso abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato (art. 9, comma 2, l. n. 91/1992)⁵².

Anche in tal caso il decreto presidenziale di concessione della cittadinanza italiana non ha efficacia se l'interessato non presta, davanti all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza (art. 23 l. n. 91/1992), il giuramento di fedeltà alla Repubblica (art. 10 l. n. 91/1992). L'acquisto della cittadinanza decorrerà dal giorno successivo a quello del giuramento (art. 15 l. n. 91/1992).

4. DIVENTARE CITTADINI OGGI: LA CITTADINANZA DIGITALE E IL REDDITO DI CITTADINANZA

Come visto (*supra*, sub § 1), con la cittadinanza la persona fisica entra a far parte della comunità nazionale ed acquista il nuovo *status* dal quale derivano diritti e doveri. Di recente la parola cittadinanza viene accostata ad altri

⁵² Al riguardo v. i pareri del Consiglio di Stato, dati in riferimento alla previgente normativa, secondo cui l'esercizio da parte del Governo della facoltà attribuitagli dalla norma (ora l'art. 9, comma 2, l. n. 91/1992) deve essere giustificata «da alte necessità di carattere politico o da servizi di grande valore resi allo Stato (parere n. 1297 del 5 luglio 1960) e «la concessione della cittadinanza per notevoli servizi resi all'Italia non solo ha carattere eccezionale [...], ma anche attribuisce, per la conseguente motivazione del Decreto del Capo dello Stato una qualifica onorifica permanente, che implica anche un apprezzamento politico sul valore dei servizi resi» (parere n. 434 dell'8 marzo 1967).

termini per evidenziare l' "inclusione" del cittadino al godimento delle moderne tecnologie ed al godimento dei beni necessari per condurre un'esistenza dignitosa.

L'inclusione del cittadino al godimento delle moderne tecnologie si esprime nella "cittadinanza digitale", locuzione che ricorre nel Codice dell'amministrazione digitale - CAD (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), recentemente modificato ed integrato dal decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179. In generale la cittadinanza digitale è un aspetto della attuale cultura digitale ed uno strumento che consente al cittadino persona fisica⁵³ e all'impresa, di accedere con l'utilizzo delle moderne tecnologie ed in modo semplice e consapevole, ai servizi offerti dalla pubblica amministrazione.

La cittadinanza digitale si esprime:

- nel diritto di chiunque, cittadini ed imprese, di usare le soluzioni e gli strumenti previsti dal CAD nei rapporti con le pubbliche amministrazioni (di cui all'articolo 1, comma 2, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 Cost.) e con le società a controllo pubblico (come definite nel d. lgs. di attuazione dell'articolo 18 della legge n. 124 del 2015) (art. 3, comma 1, CAD);

- nel diritto dei cittadini e delle imprese all'assegnazione di una identità digitale attraverso la quale accedere e utilizzare i servizi erogati in rete dai soggetti appena ricordati (art. 3, comma 1-*quinquies*, CAD).

La cittadinanza digitale si basa su due elementi. Il primo elemento è il Sistema pubblico per la gestione delle identità digitale (SPID) (art. 64 CAD) che è

«la soluzione che [...] permette di accedere a tutti i servizi online della Pubblica Amministrazione con un'unica Identità Digitale (username e password) utilizzabile da computer, tablet e smartphone»⁵⁴

53 Come già segnalato *supra*, sub § 2, nota n. 15, il d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179 ha disposto che la parola «cittadino», ovunque ricorra nel CAD, deve intendersi come «persona fisica» (art. 61, comma 2, lett. d).

54 Così si legge sul sito <http://www.spid.gov.it/>; sito consultato il 31.3.2017.

e che consiste, essenzialmente, in un pin unico accreditato dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID).

Il secondo elemento è l'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR), istituita presso il Ministero dell'interno quale banca dati di interesse nazionale (art. 62 CAD)⁵⁵, in cui è inserito il domicilio digitale che viene così reso disponibile a tutte le pubbliche amministrazioni e ai gestori o esercenti di pubblici servizi (art. 3-*bis*, comma 2, CAD). Tutti gli iscritti all'ANPR hanno il diritto di essere identificati dalle pubbliche amministrazioni tramite l'identità digitale, nonché di inviare comunicazioni e documenti alle pubbliche amministrazioni e di riceverne dalle stesse tramite un domicilio digitale (art. 3, comma 1-*sexies*, CAD).

Il cittadino persona fisica ha la facoltà di indicare al comune di residenza un proprio domicilio digitale (art. 3-*bis*, comma 1, CAD) consistente in un indirizzo di posta elettronica certificata (o altro servizio qualificato di recapito) che è inserito nell'ANPR e che costituisce mezzo esclusivo di comunicazione e notifica da parte degli enti prima ricordati; colui che non si attiva, ma risulta comunque iscritto all'ANPR, può invece contare su un domicilio digitale messo a disposizione con modalità stabilite con un decreto ministeriale (art. 3-*bis*, comma 3-*bis*, CAD).

L'inclusione del cittadino al godimento dei beni necessari per condurre un'esistenza dignitosa si esprime nel "reddito di cittadinanza", locuzione che spesso ricorre nei dibattiti politici e con la quale si designa

«l'insieme delle misure volte al sostegno del reddito per tutti i soggetti residenti nel territorio nazionale che hanno un reddito inferiore alla soglia di rischio di povertà»

(da stabilire secondo specifici indicatori), come si legge nel disegno di legge Atto Senato

55 Sulla prima attuazione dell'ANPR v. il DPCM 23 agosto 2013, n. 109; sulle modalità di attuazione e di funzionamento dell'ANPR e di definizione del piano per il graduale subentro dell'ANPR alle anagrafi della popolazione residente v. il DPCM 10 novembre 2014, n. 194.

n. 1148 “Istituzione del reddito di cittadinanza nonché delega al Governo per l’introduzione del salario minimo orario” (art. 1, comma 1, lett. a), che è in discussione al Senato dallo scorso 29 settembre 2016. In tale ipotesi il riferimento della cittadinanza al reddito vale soltanto a sottolineare l’intervento dello Stato verso i propri cittadini⁵⁶. La finalità di contribuire a rimuovere gli ostacoli economici e sociali che limitano la libertà e l’eguaglianza dei cittadini ed il pieno sviluppo della persona, e di contrastare la povertà e l’esclusione sociale può infatti prescindere dall’espresso riferimento alla cittadinanza. Altri disegni di legge parlano infatti di “reddito minimo garantito” quale

«insieme di forme reddituali dirette e indirette che mirano ad assicurare un’esistenza libera e dignitosa» (art. 1, comma 1, lett. a), ddl AS n. 1670),

mentre la recentissima legge 15 marzo 2017, n. 33 ha delegato il Governo ad introdurre il “reddito di inclusione”, vale a dire

«una misura nazionale di contrasto della povertà, intesa come impossibilità di disporre dell’insieme dei beni e dei servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso, e dell’esclusione sociale; [...] individuata come livello essenziale delle prestazioni da garantire uniformemente in tutto il territorio nazionale» (art. 1, comma 1, lett. a).

Alessandro Martini è professore associato di diritto privato presso l’Università “Niccolò Cusano” – Telematica Roma. I suoi studi riguardano, in particolare, i diritti della persona e della famiglia, la materia successoria e le prove.

martiniales@gmail.com

⁵⁶ Nella relazione al ddl AS n. 1148 si legge: «Uno Stato, il cui scopo è prendersi cura dei cittadini che ne fanno parte, non deve lasciare nessuno indietro: quindi, in una prima fase, deve porre al centro della bussola politica un reddito minimo garantito per chiunque viva sotto la soglia di povertà relativa» (p. 4).

La concessione della cittadinanza italiana

Eugenio Mele

ABSTRACT

L'articolo tratta delle condizioni per ottenere la cittadinanza italiana nell'attuale normativa, imperniata sul cosiddetto "jus sanguinis", e cioè con il fatto di nascere in qualsiasi parte del territorio mondiale da un cittadino italiano (padre o madre).

L'articolo si sofferma, poi, sulle possibilità date ai soggetti che si trovano in territorio italiano di poter acquisire in altro modo la cittadinanza italiana, individuando soprattutto due modalità (le più frequenti) e cioè il permanere in Italia da maggiorenne da almeno due anni e l'essere coniugato con un cittadino italiano, con matrimonio in corso di validità, da almeno tre anni.

Rileva comunque l'articolo in questione che la concessione della cittadinanza italiana non è mai automatica al presentarsi delle condizioni suddette, occorrendo sempre valutare da parte del Ministero dell'interno il fatto che il richiedente si sia stabilmente inserito nel nostro ordinamento e ne condivida le finalità.

The paper deals with the conditions to obtain Italian citizenship in the current legislation, based on the so called "jus sanguinis", namely with the fact of being born anywhere in the world by an Italian citizen (father or mother).

PREMESSA

In periodi come l'attuale in cui si verificano episodi cruenti di soggetti in possesso della cittadinanza di paesi europei (come è successo in Francia e in Germania), acquisita formalmente, c'è da domandarsi come e perché la cittadinanza sia così facilmente

The article focuses, then, on the possibilities given to subjects that are located in Italian territory to acquire Italian citizenship in any other way, picking out mainly two modes (the most frequent) namely the persistence in Italy by an adult for at least two years and being married to an Italian citizen with a valid marriage, for at least three years.

However, the article in question finds that the granting of citizenship is never automatically shown up these conditions, taking always estimate by the Ministry of the Interior that the applicant is firmly inserted into our legal system and share the aims.

PAROLE CHIAVE

CITTADINANZA ITALIANA; JUS SANGUINIS;
RESIDENZA IN ITALIA DI UN ADULTO PER ALMENO
DUE ANNI; MATRIMONIO CON CITTADINO ITALIANO.

KEYWORDS

ITALIAN CITIZENSHIP; IUS SANGUINIS;
PERSISTENCE IN ITALY FOR AT LEAST TWO YEARS;
MARRIED TO AN ITALIAN CITIZEN.

rilasciata a soggetti che non sono affatto integrati nell'ambito socio-culturale del paese in cui vivono e nel quale il possesso della cittadinanza rappresenta solo lo strumento per poter ottenere la piena equiparazione con i cittadini originari di tale "status civitatis", ma non anche l'assunzione degli stessi obblighi e doveri, che discendono fondamentalmente,

non tanto e non soltanto, dal possesso della suddetta cittadinanza, ma dal fatto di sentirsi parte dell'ordinamento giuridico e dei suoi valori fondamentali.

Nel nostro paese lo "status civitatis" è stato regolamentato da ultimo dalla legge 5 febbraio 1992, n.91, nonché dal decreto attuativo di tale legge (d.P.R. 12 ottobre 1993) che individua lo svolgimento procedimentale.

La regola fondamentale, sulla quale è aperto un dibattito (attualmente abbastanza sopito per effetto degli attentati intervenuti) è quella che la cittadinanza italiana si acquisisce, salvo casi eccezionali, "iure sanguinis", vale a dire se il soggetto nasce da cittadini italiani, da almeno uno dei genitori cittadino italiano; in altre parole, non ha importanza il luogo della nascita (può essere anche in un altro Stato), l'interessante è che almeno uno dei genitori sia cittadino italiano.

E' la regola dello "ius sanguinis", mentre non è rilevante quella dello "ius soli", cioè del posto dove si nasce, che per un certo periodo è stato al centro degli interessi anche del nostro ordinamento. Da noi, lo "ius soli" è valido solo in poche circostanze, collegate più che altro all'apolidia dei genitori o al fatto che il bambino è di genitori ignoti, e altre vicende più liminali.

Il tentativo portato avanti in Italia della sostituzione dello "ius sanguinis" con lo "ius soli" o dell'aggiunta di quest'ultimo al primo è stato portato avanti per tentare di favorire i figli degli immigrati nati in Italia, ma, come si è detto, il tentativo, dopo i recenti fatti che hanno sconvolto l'Europa, non ha più avuto alcun seguito.

LA NATURA GIURIDICA DELLO "STATUS CIVITATIS"

La cittadinanza è come indicato nel titolo del paragrafo un vero e proprio "status" del soggetto che ne è titolare o che vuole diventare tale, e perciò, è considerato un diritto personalissimo del soggetto.

Ciò ha portato alla conseguenza che l'eventuale contenzioso relativo alla cittadinanza (invero, soprattutto il diniego di concessione della

stessa) rientri nella materia dei diritti e venga perciò attratto dalla giurisdizione ordinaria. Ma occorre rilevare che, in ogni caso, il Ministero dell'interno, può denegare, nonostante la presenza di tutti i requisiti di base (matrimonio con cittadino italiano, decorrenza dei termini di residenza, presenza di un reddito minimo, ecc.) la concessione della cittadinanza italiana se sono presenti ragionevoli elementi di ostacolo alla sicurezza del paese (il che è avvenuto più volte per soggetti aderenti ad associazioni integraliste islamiche), per cui è sorto il problema della presenza di un'attività discrezionale della pubblica amministrazione, che è stata sposata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, che, essendo titolare delle materie che ricadono nella giurisdizione amministrativa, non avrebbe più avuto il potere di dare il suo contributo consultivo nella materia "de qua".

Un'altra vicenda che ha interessato il problema della sicurezza è il fatto che normalmente queste questioni sono il frutto di indagini effettuate dai servizi e che non hanno una rigorosa prova di supporto. Sul punto sia l'Amministrazione che il Consiglio di Stato in sede consultiva, pur richiedendo la documentazione di supporto, hanno considerato presente la questione della difesa della sicurezza dell'ordinamento in presenza di fatti anche non strenuamente provati, ma tendenzialmente veritieri di presenza di conflittualità istituzionali con l'ordinamento nazionale.

Conseguentemente, la materia, essendo collegata con una valutazione ordinamentale, rientra sicuramente nella discrezionalità amministrativa del Ministero dell'interno e perciò l'eventuale contenzioso ricade nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

GLI ELEMENTI PER LA CONCESSIONE DELLA CITTADINANZA ITALIANA

Come si è detto in precedenza, la concessione della cittadinanza italiana è prevista in alcune fattispecie precisamente determinate dalla normativa di riferimento (legge 5 febbraio 1992, n. 91) ed è collegata con una richiesta del soggetto che si trova in una delle situazioni

ivi indicate e con la precisa individuazione di tutti i requisiti necessari. Ora, però, se è necessario che ricorrano alcuni elementi ben precisi per poter proporre la domanda di concessione della cittadinanza italiana da parte dello straniero residente in Italia, vi è da dire che tali elementi sono requisiti indispensabili per proporre la suddetta domanda, e in mancanza dei quali la domanda stessa, eventualmente proposta, va dichiarata inammissibile, ma gli elementi stessi, pur essendo presenti e pur facoltizzando il soggetto a richiedere il rilascio della cittadinanza italiana non determinano affatto il diritto dello stesso cittadino straniero ad essere titolare dello "status civitatis" richiesto, in quanto, come si è anche detto in precedenza, la pubblica amministrazione (nella specie, il Ministero dell'interno) resta titolare del potere di verificare se sussistono tutti gli altri requisiti necessari perché un cittadino straniero venga individuato come appartenente alla comunità nazionale. E' vero, sì, che la legge del 1991 ha individuato delle specifiche fattispecie, in presenza delle quali può essere formulata la richiesta della cittadinanza italiana, ma ciò non basta per dire che la presenza degli elementi suddetti è anche condizione necessaria per ottenere la cittadinanza. La presenza degli elementi suddetti determina solo la necessità che l'Amministrazione attivi il relativo procedimento amministrativo (mentre, naturalmente, un eventuale inerzia sul punto non è tollerabile, potendosi attivare la procedura del silenzio-rifiuto), ma, una volta attivato il procedimento, l'Amministrazione non è vincolata al rilascio del provvedimento di cittadinanza, ma solo a dare luogo ad un'istruttoria completa per verificare che il richiedente sia degno di entrare a far parte del nostro ordinamento giuridico.

Infatti, divenire cittadino italiano non significa soltanto un rispetto formale delle regole dell'ordinamento giuridico, ma anche e soprattutto avere i connotati tipici del cittadino italiano, vale a dire sposare i valori dell'ordinamento civile dello Stato, per cui diventa necessario verificare se il comportamento del soggetto richiedente il rilascio della cittadinanza italiana si è ben integrato nel tessuto sociale del nostro ordinamento giuridico, ne condivide le finali-

tà e partecipa attivamente alle stesse, sia lavorando, sia non delinquendo, sia condividendo i veri valori dell'ordinamento giuridico, come scolpiti dalla nostra carta costituzionale.

Abbiamo avuto così vari casi di soggetti che, sebbene in possesso dei requisiti di base previsti dalla legge, sono stati indicati dai nostri servizi, ai quali l'Amministrazione si rivolge, come soggetti pericolosi per l'ordinamento nazionale.

La pericolosità deriva molto spesso dal cosiddetto radicalismo religioso islamico, concernente manifestazioni di interesse con tribù o associazioni religiose di tipo islamico radicale, che si propongono la cosiddetta guerra santa in tutte le loro forme, donde la pericolosità è insita nel modo stesso di essere potenziale di questi soggetti, al di là del fatto che siano incorsi in episodi di individuazione precisa di fatti pericolosi. E ciò specie di questi tempo dove la minaccia terroristica è così abbondante e frequente.

Ora, è fuori discussione che quando vi sono notizie di questo genere scatta un procedimento istruttorio negativo per il rilascio del provvedimento di cittadinanza italiana, come peraltro espressamente previsto dalla legge n. 91 del 1992, che individua appunto nella pericolosità per l'ordinamento nazionale la possibilità di negare la cittadinanza italiana ai soggetti che possono essere considerati pericolosi per la comunità nazionale. E perché ciò avvenga non è necessario che ci siano prove concrete dell'appartenenza a tali gruppi, basta in proposito che da parte dei nostri servizi vi sia una tale affermazione, essendo evidente che notizie del genere possono essere attinte dai servizi sulla base di notizie comunque ottenute, senza che vi possano essere prove, e su tale punto la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, pur precisando che è necessario produrre la documentazione dei servizi, ha ritenuto sufficiente una tale indicazione, senza la necessità di ulteriori approfondimenti. Ciò si basa sulla notazione di fondo che la concessione della cittadinanza italiana resta sempre, nonostante la presenza degli elementi di base per richiederla, un interesse soprattutto dell'ordinamento giuridico di consentire

l'ingresso in esso di un soggetto che fino ad allora ne è stato estraneo; il che può avvenire soltanto se ricorrono le circostanze per cui può verosimilmente affermarsi che il richiedente si è perfettamente integrato nel nostro ordinamento e ne condivide i valori fondamentali, cosa che è peraltro confermata dal fatto che il soggetto che è riconosciuto cittadino italiano deve giurare di rispettare la costituzione repubblicana e difenderne i valori, il che val dire che lo stesso si è integrato radicalmente nei valori tipici del nostro ordinamento giuridico.

Ciò vale solo per i valori ordinamentali, previsti dalla costituzione, e non anche per la religione, in quanto, come è noto, nel nostro ordinamento sono ammesse tutte le religioni e i relativi culti, purché gli stessi non infrangano la normativa penale.

Pertanto, a causa della notevole immigrazione nel nostro paese di soggetti provenienti da paesi a religione musulmana, è frequente l'ipotesi che soggetti di religione diversa dalla cattolica chiedano il rilascio della cittadinanza italiana, e, non essendo la religione cattolica un valore fondamentale del nostro ordinamento giuridico che è, invece, uno Stato laico in cui sono ammesse tutte le religioni, la diversità della religione da quella cattolica, che è un connotato tradizionale del nostro ordinamento (nel senso che la maggioranza dei cittadini italiani professa la religione cattolica e il relativo culto, cionondimeno tale religione non è un requisito ordinamentale per poter essere dichiarati cittadini italiani, essendo prevista dalla nostra costituzione la pari dignità di tutte le confessioni religiose, purché non in contrasto con i valori fondamentali del nostro ordinamento giuridico.¹

I casi di acquisizione della cittadinanza italiana da parte degli stranieri previsti nella legge n. 91 del 1992.

La legge n. 91 del 1992 prevede alcuni casi di richiesta di acquisizione della cittadinanza italiana da parte di stranieri, allorquando si verificano alcune condizioni di base e sempre che sussista il requisito ulteriore di cui abbia-

¹ Si veda sul punto l'art. 8 della carta costituzionale, che dichiara che tutte le confessioni religiose hanno pari dignità di fronte alla legge.

mo detto in precedenza, e cioè il fatto che il soggetto si sia integrato a tal punto nel nostro ordinamento giuridico, dimostrando di condividere i principi e le regole dello stesso e sempre che, naturalmente, non vi siano pericoli per l'ordinamento democratico in essere.

Di queste fattispecie, le due più frequenti sono quella della residenza nel territorio della Repubblica continuativamente da almeno due anni dal momento del raggiungimento della maggiore età (e cioè dal diciottesimo anno di età) e quello del passaggio di almeno tre anni dal matrimonio con un cittadino italiano o una cittadina italiana, sempre che non sia nel frattempo intervenuto lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio stesso e sempre che i coniugi convivano sotto lo stesso tetto.

La prima fattispecie (quella della residenza biennale nel territorio dello Stato) è una delle fattispecie più frequenti di richiesta di cittadinanza italiana da parte di stranieri extracomunitari immigrati nel nostro paese.

Essa concerne gli stranieri che hanno raggiunto la maggiore età (e cioè il diciottesimo anno di età) e che da quel momento siano ufficialmente residenti in un comune della Repubblica da almeno due anni continuativi. I due anni vanno presi in considerazione continuativamente, mentre sarebbe irrilevante una residenza biennale che non avesse una continuità temporale, in quanto la norma prevede che due anni continuativi di residenza possano concretare (almeno potenzialmente) una capacità di inserimento integrale nell'ordinamento, mentre un biennio che non abbia la continuità temporale potrebbe non determinare quella assuefazione che è necessaria per poter essere inserito nell'ordinamento giuridico italiano.

Ovviamente, la norma parla di raggiungimento della maggiore età, che è tipica di immigrati ancora minorenni, in cui il biennio inizia a decorrere dal compimento della maggiore età, ma esso non può che riferirsi anche a soggetti che entrino nel territorio dello Stato già maggiorenni, per i quali la residenza comincia a decorrere immediatamente dal momento in cui stabiliscono la loro residenza nel territorio dello Stato italiano.

La residenza deve risultare da una iscrizione anagrafica in un comune della Repubblica, per cui la stessa non può essere desunta dal fatto di trovarsi in Italia, ma da una iscrizione nei registri anagrafici di un Comune, con la conseguenza che deve trattarsi di immigrati regolari, in possesso di un permesso di soggiorno, mentre per gli irregolari non è possibile ottenere alcuna iscrizione anagrafica in un Comune italiano, ove è richiesto un permesso di soggiorno nel nostro paese.

Naturalmente, come si è specificato in precedenza, la residenza per un biennio in un Comune della Repubblica è una delle fattispecie previste dalla legge n. 91 del 1992 perché lo straniero possa richiedere la cittadinanza italiana, ma essa, se è una condizione necessaria per la suddetta richiesta, non è affatto sufficiente per la concessione della suddetta cittadinanza, in quanto occorre la dimostrazione che il soggetto si è integrato nel territorio ove si è insediato da almeno un biennio e che ne condivide i principi fondamentali, oltre al fatto di avere un reddito sufficiente, di origini legali, capace di mantenerlo in condizioni di sufficienza, e sempre che il soggetto non sia incorso in reati che ne compromettano la permanenza nell'ordinamento.

A questo proposito va rilevato che, se pure è vero che anche i cittadini italiani possono commettere dei reati e ciò nonostante non perdono solo per questo la cittadinanza italiana (salvo casi eccezionali), è pur vero che nella specie del soggetto richiedente la cittadinanza italiana si tratta di persona che intende entrare nel nostro ordinamento, per cui, una cosa è il comportamento illecito di un cittadino italiano, per il che sono previste le sanzioni penali, mentre un'altra cosa è quella di un cittadino straniero che vuole entrare a far parte del nostro ordinamento, per cui diventa rilevante il fatto della commissione di reati.

Naturalmente, bisognerà distinguere: se si tratta di reati (delitti) particolarmente gravi e dolosi, ovvero se si tratta di reati di piccola entità (contravvenzioni) ovvero di reati solo colposi, che non determinano una "voluntas ad delinquendum" e possono essere valutati

in modo non negativo. Ovviamente, quello che conta è il comportamento complessivo del soggetto richiedente la cittadinanza; anche i reati minori, se commessi con frequenza ed abitudine, possono essere correttamente interpretati negativamente ai fini della concessione della cittadinanza italiana da parte del Ministero dell'interno.

Quello che conta è, si ripete, il comportamento complessivo del soggetto nel biennio di residenza in Italia: se lo stesso non ha commesso reati, dimostra di essersi inserito nella comunità ove ha eletto la propria residenza, se lavora onestamente e guadagna il necessario per poter sostenere almeno se stesso e se non ha dato luogo a manifestazioni contrarie all'ordine pubblico e ai valori dell'ordinamento giuridico nazionale, la sua richiesta sarà accolta, altrimenti può essere, emotivamente, rigettata.

La seconda fattispecie, riguardante l'acquisizione della cittadinanza italiana, prevista dalla normativa prima richiamata che in qualche modo riguarda soggetti non in possesso originariamente dei requisiti per la cittadinanza, è quella dello straniero che contrae matrimonio con un cittadino italiano (o cittadina italiana) e dopo che tale vincolo duri continuamente per almeno tre anni. Si ritiene, infatti, che il vincolo matrimoniale (quando è serio) e la durata di tre anni di esso costituisca un elemento abbastanza significativo da parte dello straniero di volontà di entrare a far parte integrante del nostro ordinamento giuridico.

Questa fattispecie si è dimostrata, in concreto molto pericolosa, essendo molteplici i casi di soggetti che contraevano matrimonio in modo puramente fittizio con soggetti ultranovantenni, che, in cambio, di una qualche utilità economica accettavano tale modalità; il che, naturalmente dava luogo addirittura ad un tentativo truffaldino per ottenere la cittadinanza, senza che sorgessero quelle naturali condizioni di adeguamento.

Si è ovviato a tali vicende richiedendo la convivenza dei coniugi per il periodo suddetto e il fatto che il matrimonio sia in costanza al momento della richiesta della cittadinanza, senza che vi sia stato scioglimento degli effetti

civili dello stesso e che non sia stata dichiarata la separazione consensuale dei coniugi.

L'unico matrimonio valido è quello ad effetti civili (e perciò sia il matrimonio civile che quello cattolico con effetti civili). Mentre un matrimonio religioso non avrà alcun effetto, ai fini della richiesta della cittadinanza italiana-

CONCLUSIONI

In via conclusiva, va rilevato che la concessione della cittadinanza italiana, nel nostro attuale sistema giuridico, rappresenta pur sempre una decisione discrezionale del Ministero dell'interno, il quale, se si verificano le condizioni suddette, e cioè due anni di residenza in Italia ufficiale di soggetto maggiorenne ovvero il decorso ininterrotto di tre anni di coniugio con un cittadino italiano, deve prendere in considerazione la domanda presentata dal cittadino straniero, se vi sono tutte le condizioni previste dalla legge, mentre una inerzia sul punto sarebbe da considerare un inammissibile silenzio-rifiuto, ma ciò non significa affatto che il richiedente, in presenza dei presupposti suddetti, ha diritto alla concessione della cittadinanza italiana. Ciò si verificherà soltanto al termine del relativo procedimento istruttorio, ove il Ministero dell'interno è tenuto a valutare il grado di assimilazione dello straniero nel nostro ordinamento, con la conseguenza che la presenza di fatti che in qualche modo contrastano con i valori ordinamentali italiani si pone come elemento ostativo alla concessione della cittadinanza italiana, con l'unico onere per l'amministrazione di motivare le ragioni che danno luogo a tale diniego.

Eugenio Mele, magistrato amministrativo, ha terminato la carriera con la qualifica di presidente di Sezione onorario del Consiglio di Stato in data 1° gennaio 2015, quando è andato in pensione in via anticipata, iscrivendosi all'Albo degli avvocati di Roma.

E' autore di oltre trecento pubblicazioni scientifiche nella materia amministrativistica, tra cui "La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti

pubblici" (VI ed.), "I contratti delle pubbliche amministrazioni" (III ed.), "Manuale di diritto degli enti locali" (II ed.), nonché di un "Manuale di diritto amministrativo". E' stato autore o presidente di moltissimi convegni ed è stato nominato più volte in posizioni di diretta collaborazione in importanti strutture amministrative.

E' attualmente docente titolare della cattedra di "Diritto degli enti locali" presso l'Università Niccolò Cusano di Roma.

eumele1944@libero.it

La cittadinanza kantiana tra ideale e reale

Carlo Sabbatini

ABSTRACT

Il contributo si sofferma sulla valenza dell'idea tra sapere teoretico e pratico: regolativa nel primo e costitutiva nel secondo. A quest'ultimo uso viene ricondotta l'idea di contratto originario, considerato come fonte di legittimazione e pietra di paragone della giustizia delle leggi, nel tentativo di saggiare la coerenza delle argomentazioni kantiane in rapporto alla traduzione politica dei dettami della pura ragione.

The paper focuses on the Kantian significance of the idea between theoretical and practical knowledge: regulative in the first and constitutive in the second. To practical use is reconnected the idea of original compact, considered as source of legitimacy and touchstone

Nel saggio *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica* (1793), parlando del *contratto originario* come fonte di legittimazione e pietra di paragone della giustizia delle leggi, Kant scrive che si tratta di “una semplice idea della ragione, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica) [*praktische Realität*] che consiste nell’obbligare il legislatore a far leggi come se dovessero derivare dalla volontà comune di tutto un popolo e nel considerare ogni suddito, in quanto vuol essere cittadino, come se avesse dato il suo consenso a una tale volontà”¹.

1 I. Kant, *Sopra il detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. G. Solari/G. Vidari,

for the justice of laws, in an attempt to test the consistency of Kant's arguments in the political implementation of the dictates of pure reason.

PAROLE CHIAVE

CONTRATTO ORIGINARIO; IDEA; REALTÀ; CITTADINANZA; LIBERTÀ; UGUAGLIANZA.

KEYWORDS

ORIGINAL COMPACT; IDEA; REALITY; CITIZENSHIP; FREEDOM; EQUALITY.

In questo passo centrale per la filosofia del diritto kantiana figurano due concetti, *idea* e *realtà*, dei quali vorrei indagare brevemente il significato e lo sviluppo, mostrando come essi costituiscano un filo conduttore che dagli esordi del criticismo giunge fino ai suoi sviluppi più maturi, saldando il pensiero giuridico con il cuore della speculazione dell'autore.

ed. postuma a cura di N. Bobbio/L. Firpo/V. Mathieu, Torino, 1995, p. 262; ted. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in Kant's *gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VIII, Berlin, 1923, p. 297 (in seguito con la sigla AA, VIII).

IDEALE E REALE NELLA CRITICA DELLA RAGION PURA: LA REPUBBLICA PLATONICA

Nella *Critica della ragion pura* Kant si interroga a lungo su cosa sia un'idea. Nel *Libro primo della Dialettica trascendentale*, dedicato ai *Concetti della ragion pura*, scrive che (a differenza dei "concetti dell'intelletto" o categorie) l'idea come "concetto della ragione [...] non si lascia circoscrivere all'ambito dell'esperienza, poiché abbraccia una conoscenza rispetto a cui la conoscenza empirica [...] è soltanto una parte". E aggiunge: "I concetti della ragione servono alla comprensione [*Begreifen*], allo stesso modo che i concetti dell'intelletto servono all'intellezione [*Verstehen*] (delle percezioni)"². Tale *Begreifen*, come si legge successivamente, consiste nell' "afferrare nella sua totalità incondizionata ciò che le regole dell'esperienza non permettono mai di determinare se non condizionatamente"³.

Mentre l' "idea" "trascende la possibilità dell'esperienza"⁴ ed è un "*focus imaginarius*"⁵, "reale" [*wirklich*] è invece (in base ai *Postulati del pensiero empirico in generale*) "ciò che è connesso con le condizioni materiali dell'esperienza (della sensazione)"⁶ e la "realtà" [*Realität*] consiste nell'ordinamento dei dati sensibili di questa presenza, prodotto dalle categorie

2 I. Kant, *Critica della ragion pura*, a cura di P. Chioldi, Torino, 1965, p. 312; ted. *Kritik der reinen Vernunft*, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band III, Berlin, 1904, p. 244 (in seguito con la sigla AA, III).

3 *Ibidem*, p. 396; ted. AA, III, p. 322. Nell'Appendice alla *Dialettica trascendentale*, Kant osserva che "la ragione non si riferisce mai direttamente a un oggetto, ma sempre soltanto all'intelletto, attraverso il quale accede al proprio uso empirico. La ragione non crea quindi concetti (di oggetti), ma si limita ad ordinarli [...]. Allo stesso modo che l'intelletto raccoglie il molteplice nell'oggetto servendosi dei concetti, così la ragione raccoglie il molteplice dei concetti servendosi delle idee, progettando una certa unità collettiva quale scopo delle operazioni dell'intelletto", *ibidem*, p. 509; ted. AA, III, p. 427.

4 *Ibidem*, p. 318; ted. AA, III, p. 250.

5 *Ibidem*, p. 509; ted. AA, III, p. 428.

6 *Ibidem*, p. 246; ted. AA, III, p. 185. In merito, cfr. W. Röd, *Die Bedeutung von 'Wirklichkeit' in Kants Theorie der Erfahrung*, in G. Funke (hrsgg. von), *Akten des 4. Internationalen Kant-Kongresses*. Mainz 6-10. April 1974, Teil II.1, Berlin/New York, 1974, pp. 247-54.

dell'intelletto: è una "sintesi, secondo concetti, dell'oggetto dei fenomeni in generale", senza cui avremmo solo una "rapsodia di percezioni"⁷. In altri termini se le categorie matematiche (di cui fa parte la *Realität*) si riferiscono "agli oggetti dell'intuizione" e quelle dinamiche all' "esistenza di tali oggetti"⁸, si potrebbe dire con Prauss che l' "oggettivazione" [*Vergegenständlichung*], la quale ha luogo sotto forma di "sintesi" attraverso "categorie, schemi e principi matematici", consiste nello "ottenere" un "oggetto in modo originario ed in generale", mentre "categorie, schemi e principi dinamici" (cui si può ricondurre la *Wirklichkeit* in base ai citati *Postulati del pensiero empirico*) comporta che questi ultimi siano rivolti ad un'esistenza che non è il presupposto della *Realität*, ma che al contrario la presuppone e cioè può essere predicata dell' "oggetto" [*Gegenstand*] stesso, solo se le condizioni della realtà sono soddisfatte⁹.

Come si è appena visto con l'esempio del contratto originario, per Kant si può parlare di una "realtà oggettiva" delle idee. Applicandosi ai principi dell'intelletto (che a loro volta si applicano alla sfera sensibile) esse hanno a che fare, in forma mediata, con il rispetto delle condizioni dell'oggettivazione in generale, benché l'oggetto stesso non sia ancora dato come esistente¹⁰. Secondo l'autore, anche nel suo "uso pratico" o "morale" la ragione pura è tale che "contiene [...] principi della possibilità dell'esperienza, cioè di azioni che, in conformità a precetti morali, potrebbero aver luogo nella storia degli uomini"¹¹.

7 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 201 s; ted. AA, III, p. 144. Sull'uso kantiano del termine "Realität", cfr. R. Lay, *Realität und Erscheinung*, in G. Funke (hrsgg. von), *Akten des 4. Internationalen Kant-Kongresses*, Teil II.1, cit., pp. 205-13.

8 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p.148; ted. AA, III, p. 95.

9 G. Prauss, *Kants kritischer Begriff von Wirklichkeit*, in G. Schönrich/Y.Kato (hrsgg. von), *Kant in der Diskussion der Moderne*, Frankfurt am Main, 1996, p. 216 s.

10 Cfr. I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 521 s; ted. AA, III, p. 440 s.

11 *Ibidem*, p. 608; ted. AA, III, p. 524. In merito, cfr. W. Röd, *Die Bedeutung von 'Wirklichkeit' in Kants Theorie der Erfahrung*, cit., p. 249 s.

Parlando delle *Idee in generale*, Kant osserva rispetto a Platone che talvolta gli autori vanno interpretati meglio di quanto non abbiano saputo fare con se stessi: “Platone vide con chiarezza che la nostra capacità conoscitiva è stimolata da un bisogno assai più alto di quello che la limita a compitare semplici fenomeni [...] e che la ragione si eleva per sua natura verso conoscenze che si collocano troppo oltre, perché uno qualsiasi degli oggetti forniti dall’esperienza sia in grado di corrispondere ad esse; conoscenze che, tuttavia, hanno una propria realtà [*Realität*] e non sono per niente semplici chimere”¹².

Fin dal 1781 Kant ha già maturato uno specifico interesse per l’uso pratico della ragione, per la sua imperatività categorica¹³ così come per l’*“ideale del sommo bene come fondamento della determinazione del fine ultimo della ragion pura”*¹⁴. Si tratta senza dubbio di acquisizioni che prefigurano quei principi dell’agire, che verranno esposti nel 1785 con la *Fondazione della metafisica dei costumi* e nel 1788 con la *Critica della ragion pratica*, anche se, sullo sfondo di un’apparente e più generica continuità, la fondazione di tale edificio andrà incontro a sostanziali mutamenti, che non possono essere affrontati in questa sede¹⁵. Ciò su cui vorrei

12 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 314; ted. AA, III, p. 246.

13 *Ibidem*, p. 604; ted. AA, III, p. 520.

14 Cfr. *ibidem*, pp. 606 ss; ted. AA, III, pp. 522 ss.

15 Guérout richiama l’attenzione sulla differente impostazione tra la *Critica della ragion pura* e le opere successive; ritiene che inizialmente Kant consideri risolto il problema dell’uso pratico della ragione con il *Canone della ragion pura*, il quale non prepara affatto ma sembra addirittura non contemplare la necessità di una *Critica della ragion pratica*. In questa prima fase Kant muove, secondo Guérout, da una constatazione empirico-psicologica della libertà, che dunque non implica ancora la fondazione dell’autonomia noumenica del soggetto nella legge morale come *fatto della ragione*. Dio (sommo bene originario) e immortalità dell’anima sono condizioni per garantire che la causalità del mio agire condurrà alla proporzione di virtù e felicità (sommo bene derivato), cfr. *ibidem*, p. 610; ted. AA, III, p. 526. Il comando morale è eteronomamente subordinato al raggiungimento di tale scopo. Tuttavia con la legge morale come *fatto della ragione* la *Critica della ragion pratica* sottrae la vita morale ad un simile condizionamento: la libertà trascendentale, non deducibile nella prima

concentrare l’attenzione è il particolare interesse che Kant rivolge all’importanza dell’idea nella dottrina morale platonica, mentre adotta da subito una certa cautela nel seguire il pensatore greco sul versante delle “conoscenze speculative”: “Platone rintracciò principalmente le sue idee in tutto ciò che è pratico, cioè fondato sulla libertà; la quale, da parte sua, rientra nelle conoscenze che costituiscono il prodotto della ragione”. Trarre i “concetti della virtù” dall’esperienza, prosegue Kant, significherebbe farne una “equivoca irrealtà” [*zweideutiges Unding*], soggetta ad infiniti mutamenti; al contrario l’“idea pura della virtù” è un “originale” ed è il “fondamento ad ogni avvicinarsi alla perfezione morale”¹⁶.

La stessa “Repubblica platonica” viene presa come esempio ed è difesa dalle critiche superficiali e riduttive alla sua *presunta* “perfezione chimerica”, fornendo una rilevante anticipazione del concetto di diritto e del rapporto tra teoria e pratica, che saranno oggetto di scritti quali *Sul detto comune, Per la pace perpetua* (1795) e *Metafisica dei costumi* (1797). Ecco cosa l’autore trova in Platone: “Una costituzione volta a fondare la massima possibile libertà umana in base a leggi tali da far sì che la libertà di ciascheduno coesista con quella degli altri (non dunque a fondare la massima felicità [...]), costituisce quanto meno un’idea necessaria che va posta a fondamento non soltanto del primo disegno d’una costituzione politica,

fondazione, diventa qui l’originario che non ha bisogno di condizioni di possibilità del sommo bene che le siano esterne (non ricompense o castighi nell’aldilà), cfr. M. Guérout, *Canon de la Raison pure et Critique de la Raison pratique*, in “Revue Internationale de la Philosophie”, VIII (1954), pp. 331-57. Sul fatto della ragione lavora anche Henrich, sottolineando come con la *Fondazione della metafisica dei costumi* (in forma aurorale) e definitivamente con la *Critica della ragion pratica* il fatto della ragione si imponga mediante l’istanza originaria di un’intuizione etica, nella quale Kant supera ogni proprio precedente tentativo di fondare deduttivamente la legge morale a partire dalla ragione teoretica, cfr. D. Henrich, *Der Begriff der sittlichen Einsicht und Kants Lehre vom Faktum der Vernunft*, in D. Henrich/ W. Schulz/ K.H. Volkmann-Schluck (hrsgg. von), *Die Gegenwart der Griechen im neueren Denken. Festschrift für Hans Georg Gadamer zum 60. Geburtstag*, Tübingen, 1960, pp. 77-115.

16 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 314 s; ted. AA, III, p. 246 s.

ma di qualsiasi legge”¹⁷. A nulla vale il “volgare ricorso a una presunta smentita dell’esperienza”, che Kant giudica quanto di “più nocivo e di più indegno di un filosofo”; invece reputa “rigorosamente esatta l’idea che assume tale *maximum* quale archetipo, al fine di ottenere che la costituzione giuridica degli uomini si vada sempre più avvicinando alla massima perfezione possibile”¹⁸.

Prendendo le distanze da colui che nella *Pace perpetua* sarà descritto come il “moralista politico”, che declina la politica in senso utilitaristico in base ai frangenti ed ai risultati attesi¹⁹, Kant ribadisce che “rispetto alle leggi morali l’esperienza [...] è la madre della parvenza, ed è estremamente riprovevole pretendere di desumere le leggi di ciò che io devo fare da ciò che vien fatto”²⁰.

Non posso affrontare distesamente il tema delle antinomie e della dialettica della ragion pura, legata all’uso improprio delle idee in campo conoscitivo e che ruota intorno alle tre “idee trascendentali” di anima, mondo e Dio. Queste idee per Kant “hanno a che fare con l’unità sintetica incondizionata di tutte le condizioni in generale”²¹ e “attraverso di esse la ragion pura raccoglie l’insieme delle sue conoscenze in un sistema”²². Detto in maniera abbastanza brutale e forse riduttiva, non possiamo conoscere quelle tre idee come oggetti (se ci proviamo, restiamo implicati o nell’errore del paralogismo o in una serie di contrasti insolubili: le antinomie), ma ne abbiamo bisogno per concepire l’unità incondizionata delle conoscenze in rapporto al soggetto (anima), in rapporto all’oggetto (mondo) o a tutte le conoscenze in generale (Dio). Il pensiero dell’ “incondizionato” mira quindi all’unità del

sapere empirico e chiude la serie delle sue “condizioni”²³ e dobbiamo ammetterne l’idea; in ciò consiste la sua valenza regolativa²⁴. In tal senso Kant parla della “validità oggettiva, benché indeterminata” delle idee trascendentali, considerate come “regole dell’esperienza possibile” e cioè come “principi euristici” che rendendo “sistematica l’unità di tutte le possibili operazioni dell’intelletto”²⁵.

Ma le cose cambiano in ambito pratico, poiché se “la conoscenza teoretica è quella in cui conosco ciò che esiste”, in quella pratica “mi rappresento ciò che deve esistere”. E se le “leggi pratiche” rivolte alla nostra volontà, sono “fornite di necessità assoluta (le leggi morali), ne segue che se esse presuppongono necessariamente una qualche esistenza quale possibilità della loro forza *vincolativa*, una tale esistenza dev’essere postulata”²⁶. Come si legge nella *Critica della ragion pratica*, senza le idee di anima o di Dio, che pure non possiamo conoscere sensibilmente, non potremmo pensare e condurre la nostra vita morale: esse sono “condizioni necessarie all’osservanza dei precetti” della volontà²⁷.

23 Cfr. *ibidem*, p. 46; ted. AA, III, p. 14.

24 Cfr. *ibidem*, pp. 526 ss; ted. AA, III, pp. 442 ss.

25 *Ibidem*, p. 520; ted. AA, III, 439. Muovendo dalla distinzione nell’uso kantiano dei concetti in costitutivo e regolativo tra le analogie dell’esperienza (mentre il primo ha a che fare con una procedura che presiede *intuitivamente* alla formazione degli oggetti ed il secondo *discorsivamente* alla loro relazione, da cui emerge una regola per l’esperienza), Banham illustra successivamente la differenza di questa seconda valenza tra intelletto e ragione, la quale, come si è visto, prende come proprio oggetto lo stesso intelletto e non il sapere sensibile, allo scopo di condurre euristicamente ed “asintoticamente” quest’ultimo (cfr. *ibidem*, p. 520 ss; ted. AA, III, pp. 439 ss) non alla semplice unità, ma alla massima unità possibile, cfr. G. Banham, *Regulative Principles and regulative Ideas*, in S. Bacin/A. Ferrarin/C. La Rocca/M. Ruffing (Hrsgg.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht. Akten des XI. Internationalen Kant-Kongresses*, Bd. 2, Berlin/Boston, 2013, p. 15-24. Sull’idea come fulcro della totalità sistematica del sapere, cfr. K. Jaspers, *Psicologia delle visioni del mondo*, tr. it. V. Loriga, Roma, 1950, pp. 539-62; in particolare, per una sintetica distinzione rispetto all’uso del concetto, cfr. *ibidem*, p. 543 s.

26 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 502 s; ted. AA, III, p. 421.

27 I. Kant, *Critica della ragion pratica*, in Id., *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1970, p. 280; ted. *Kritik der praktischen Vernunft*, in *Kant’s gesammelte Schriften*, hrsgg.

17 *Ibidem*, p. 315; ted. AA, III, p. 247 s.

18 *Ibidem*, p. 316; ted. AA, III, p. 248. Sul modello platonico, cfr. G. Duso, *Il carattere ideale della costituzione repubblicana in Kant*, in G.M. Chiodi/G. Marini/R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Kant*, Milano, 2001, p. 37 s.

19 I. Kant, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in Id., *Scritti politici...*, cit., p. 319; ted. AA, VIII, p. 372.

20 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 317; ted. AA, III, p. 249.

21 *Ibidem*, p. 327; ted. AA, III, p. 258.

22 *Ibidem*, p. 329; ted. AA, III, p. 260.

Nel passaggio dall'uso regolativo alla postulazione le idee "diventano immanenti e costitutive, perché sono i principi della possibilità di realizzare l'oggetto necessario della ragione pratica (il sommo bene)"²⁸. Questo, come unione di felicità e virtù²⁹, è concepibile solo grazie all'idea di un'anima immortale che possa progredire indefinitamente verso quella perfezione e di un Dio che si faccia garante della loro corrispondenza³⁰.

Insomma, nel campo pratico l'idea si traduce in realtà³¹. Se infatti l'oggetto come *trascendente* ha una valenza *regolativa*, che indica alle nostre capacità il compito della sua *realizzazione*, esso è altresì *immanente* ed ha un uso *costitutivo* nel momento stesso in cui quell'istanza, dai contorni generali, viene intesa come sua *promozione* e cioè come concretizzazione, basata sui limiti empirici effettivi delle medesime capacità, facendo salva l'idea kantiana della possibilità di ciò che viene comandato³².

Potremmo dunque già pensare che la stessa idea del contratto originario, assai vicina all'immagine della Repubblica platonica, assuma il ruolo di un postulato, necessario a pensare il corpo politico e le sue leggi e che abbia una valenza costitutiva per la loro rea-

von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band V, Berlin, s. 1913, p. 132 (in seguito con la sigla AA, V).

28 *Ibidem*, p. 284; ted. AA, V, p. 135.

29 Cfr. *ibidem*, p. 257; ted. AA, V, p. 110 s.

30 Cfr. *ibidem*, pp. 269 ss; ted. AA, V, pp. 122 ss.

31 Alle precedenti osservazioni sul lavoro di Guérout si può aggiungere che, nella *Critica della ragion pratica*, Kant afferma esplicitamente che "la realizzazione del sommo bene nel mondo è l'oggetto necessario di una volontà determinabile per mezzo della legge morale. Ma in questa volontà la *conformità perfetta* delle intenzioni con la legge morale è la condizione suprema del sommo bene", *ibidem*, p. 269; ted. AA, V, p. 122.

32 Per superare la contraddizione circa il comando di realizzare uno scopo impossibile per un essere dotato di capacità finite, Silber introduce la distinzione tra a) una valenza *trascendente* e *regolativa* dell'idea di sommo bene, la quale ci obbliga al pieno *conseguimento* dell'ideale e serve a valutare i limiti della nostre capacità; e b) una valenza *immanente* e *costitutiva* come quella che ci obbliga a *promuovere* tale sommo bene giungendo al limite delle nostre effettive capacità, cfr. J.R. Silber, *Kant's Conception of the Highest Good as Immanent and Transcendent*, in "The Philosophical Review", LXVIII (1959), pp. 469-92.

lizzazione. Ed è infatti lo stesso Kant a confermarlo nel saggio del 1797 *Sopra un preteso diritto di mentire per amore dell'umanità*, dove, come si vedrà meglio in seguito, tra i requisiti necessari per la "soluzione di un problema politico" indica "un *postulato* della legge pubblica esterna, come volontà concorde di tutti secondo il principio *dell'uguaglianza*, senza la quale non avrebbe luogo la libertà di ciascuno"³³.

LA DISTINZIONE DI PRATICO E TEORETICO

Sottesa alla predetta distinzione nell'uso dell'idea si è già delineata quella tra gli ambiti pratico e teoretico, che vorrei riepilogare servendomi dell'*Introduzione alla Critica del giudizio* (1790). A proposito della *Divisione della filosofia* scrive Kant: "La filosofia è a ragione divisa in due parti del tutto diverse quanto ai principi: quella teoretica in quanto *filosofia della natura* e quella pratica in quanto *filosofia morale* (perché così è chiamata la legislazione pratica della ragione secondo il concetto della libertà)". Nondimeno, prosegue il testo, "la volontà, come facoltà di desiderare, è una delle svariate cause naturali presenti nel mondo, cioè quella che opera secondo concetti" e "se il concetto che determina la causalità è un concetto di natura, i principi sono tecnico-pratici; se invece è un concetto di libertà, sono etico-pratici". Ne consegue che i concetti del primo genere, che coinvolgono la libertà del volere ma allo scopo di inserirsi nella serie delle cause empiriche, "non devono essere considerati che come corollari della filosofia teoretica"³⁴; con essi, infatti, si procede in base ad una serie condizionata, secondo il modello del "se... allora...", che nulla ha a che vedere con l'incondizionatezza della legislazione pratica della ragione³⁵.

33 I. Kant, *Sopra un preteso diritto di mentire per amore dell'umanità*, in Id., *Scritti politici...*, cit., p. 364; ted. AA, VIII, p. 429.

34 I. Kant, *Critica del Giudizio*, a cura di A. Bosi, Torino, 1999, p. 149 s; ted. *Kritik der Urteilskraft*, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band V, cit., p. 171 s.

35 Cfr. F. Menegoni, *Critica del Giudizio. Introduzione alla lettura*, Roma, 1996, p. 51.

Posso solo sfiorare il nucleo stesso della terza *Critica*, la quale si occupa del Giudizio “riflettente” (estetico e teleologico) che, dato un particolare, deve trovare per esso un universale, avendo per “principio” la “finalità della natura” quale “fondamento unitario della molteplicità delle sue leggi empiriche”³⁶. Vorrei invece soffermarmi sul Giudizio “determinante” il quale, se condivide con il riflettente il compito generico di “pensare il particolare in quanto contenuto nell’universale”, opera tuttavia in modo opposto, poiché “se l’universale (la regola, il principio, la legge) è dato [...], sussume sotto questo il particolare”³⁷. Di questo secondo Giudizio Kant si occupa tanto nella *Critica della ragion pura*, definendolo come “facoltà di sussumere sotto regole, ossia di distinguere se qualcosa stia o no sotto una regola data (*casus datae legis*)”³⁸, quanto nella *Critica della ragion pratica*, dove sotto forma di “Giudizio pratico [...] applica in concreto a un’azione ciò che nella regola fu detto in modo universale (*in abstracto*)”, rivelando “se un’azione, che ci risulta possibile nel mondo sensibile, rientra o no nella regola”³⁹.

Nella disciplina del Giudizio determinante ricadono appunto i saperi tecnico-pratici, che fin dalla prima *Introduzione* alla *Critica del Giudizio*, non pubblicata ma mai sconfessata, Kant fa rientrare significativamente nella “teoria di ciò che appartiene alla natura”: essi “ricavano dall’arbitrio, considerato come causa, ciò che la natura può contenere”, come accade per “l’arte del governo e l’economia politica, le regole dell’amministrazione domestica [...] i precetti salutari e dietetici sia dell’anima che del corpo”⁴⁰. E questo quadro resta confermato anche nell’*Introduzione* data alle stampe, dove si legge che “non si possono far rientrare nella filosofia pratica l’economia domestica, l’agri-

36 I. Kant, *Critica del Giudizio*, cit., p. 158; ted. AA, V, p. 180 s.

37 *Ibidem*, p. 157; ted. AA, V, p. 179.

38 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 187; ted. AA, III, p. 131.

39 I. Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 208; ted. AA, V, p. 67.

40 I. Kant, *Critica del Giudizio*, cit., p. 92; ted. *Erste Einleitung in die Kritik der Urteilskraft*, in *Kant’s gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band XX, Berlin, 1942, p. 195 s.

coltura, l’economia politica, l’arte delle relazioni sociali, i precetti della dietetica e neppure la dottrina generale della felicità, neppure l’arte di domare inclinazioni ed affetti in funzione di questa”⁴¹. Come osserva la Arendt: “Qualcosa di più del semplice gusto era ora chiamato a decidere sul bello e sul brutto, mentre il problema del giusto e dell’ingiusto non doveva esser deciso né dal gusto né dal giudizio, ma dalla ragione soltanto”⁴².

Le implicazioni di tale argomento meriterebbero ben altra discussione, ma devo e posso limitarmi a sottolineare, come ha assai ben suggerito Claudio Cesa, che tale configurazione costituisce il presupposto per una destituzione di fondamento di qualsiasi spazio epistemico autonomo per la politica⁴³; questa viene assimilata al predetto ambito dei principi tecnico-pratici⁴⁴, oppure è trattata negativamente come una pratica priva di principi, ridotta alle convenienze di una saggezza del tutto empirica ed utilitaria. E il suo pur limitato riconoscimento, presente nella pri-

41 *Ibidem*, p. 151; ted. AA, V, p. 173. Dalla predetta riduzione al dominio tecnico pratico partono anche i lavori di Vollrath che d’altra parte, collegandosi al pensiero della Arendt, punta sulle strutture della facoltà del Giudizio riflettente in campo estetico, per sviluppare (oltre lo stesso Kant) una teoria del Giudizio politico, cfr. E. Vollrath, *Kants Kritik der Urteilskraft als Grundlegung einer Theorie des Politischen*, in G. Funke (hrsgg. von), *Akten des 4. Internationalen Kant-Kongresses*, cit., Teil II.2, pp. 692-705; inoltre, cfr. E. Vollrath, *Der reflexionsmoralische Fehleschluß*, in K. Bayertz (hrsgg. von), *Politik und Ethik*, Stuttgart, 1996, pp. 91-110.

42 H. Arendt, *Teoria del giudizio politico. Lezioni sulla filosofia politica di Kant*, tr. it. di P. P. Portinaro, Genova, 2005, p. 21. In merito, a solo titolo d’esempio, cfr. M. Passeri D’Entrèves, *Arendt’s Theory of Judgement*, in D. Villa (ed. by), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge, 2000, pp. 245-60; L. Bazzicalupo, *Il Kant di Hannah Arendt*, in G.M. Chiodi/G. Marini/R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Kant*, cit., pp. 153-7. Sulla vasta letteratura in proposito, cfr. S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Milano, 2006, pp. 350-362.

43 Cesa parla di “rinuncia [...] a dare una fondazione della politica”, la cui funzione viene mutuata dalla “filosofia della storia ad integrazione della dottrina del diritto”, C. Cesa, *Kant: cittadinanza senza politica?*, in “Giornale critico della filosofia italiana”, LXXI (1992), p. 377 e p. 380.

44 Cfr. I. Kant, *Critica del Giudizio*, cit., p. 151; ted. AA, V, p. 173.

ma accezione, è ottenuto a prezzo di un'integrazione nel teoretico la quale, sgombrando il dominio pratico, prelude alla completa subordinazione alla morale; come si legge nella *Pace perpetua*: "Non può darsi alcun conflitto della politica, intesa come dottrina applicativa del diritto [ausübende Rechtslehre], con la morale intesa come dottrina del diritto ma teoretica (quindi non c'è conflitto tra pratica e teoria)"⁴⁵. E poi, nel citato saggio *Sopra un preteso diritto di mentire*: "Il diritto non deve mai esser regolato sulla politica, bensì sempre la politica sul diritto"⁴⁶.

IL SIGNIFICATO DELLA PRESENTE DISTINZIONE

Vorrei per un momento soffermarmi sulle potenzialità della distinzione tra pratico e teoretico che si va delineando con sempre maggior forza e sul cui sfondo è appena affiorato il binomio di teoria e pratica. Nell'onda lunga ed ampia della storia culturale di quell'epoca la ripartizione di ambiti presenta infatti decisive implicazioni sociali, dunque politiche, dunque giuridiche. Se l'idea è il motore traente e incondizionato dell'agire e se questo, come dominio della libertà, ha una propria e separata giurisdizione, è possibile individuare in ciò una dinamica che percorre criticamente l'intero edificio del sistema tradizionale dei ceti.

Kant partecipa di un momento storico decisivo, in cui le spinte sociali mirano ad un affrancamento dell'individuo dalle appar-

45 I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., p. 317; ted. AA, VIII, p. 370.

46 I. Kant, *Sopra un preteso diritto di mentire...*, cit., p. 364; ted. AA, VIII, p. 429. Muovendo da tale caratterizzazione e sulla scorta delle posizioni della Arendt, Gerhardt giunge alla conclusione opposta: che Kant abbia con ciò delineato una vera e propria "teoria della politica", V. Gerhardt, *Ausübende Rechtslehre. Kants Begriff der Politik*, in G. Schönrich/Y. Kato (hrsgg. von), *Kant in der Diskussion der Moderne*, Frankfurt a.M., 1996, p. 467. La peculiarità di quest'ultima consisterebbe nello sprigionare la "dinamica dello sviluppo del diritto" a partire dai principi ispiratori della sua "dottrina completa" e non semplicemente tramite una passiva esecuzione delle nozioni in essa contenute, così da "realizzare attivamente ciò che altrimenti potrebbe solo essere insegnato o sperato", *ibidem*, p. 478 s.

tenenze empiricamente precostituite e necessitanti di questi ultimi. A testimoniare la perdurante e temuta ipotesi di tale ordine, sarebbe già sufficiente uno sguardo ai titoli VII, VIII e IX sui ceti nella *Seconda sezione* della compromissoria modernizzazione tentata con lo *Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, descritto da Koselleck come un "Giano bifronte", che ha "da un lato le norme d'illuminata pianificazione statale e dall'altro la tradizione cetuale"⁴⁷.

La distinzione kantiana tra gli ambiti pratico e teoretico intende sottrarre l'individuo a tale giogo. La stessa universalità della legge morale, che recita: "Agisci in modo tale che la massima della tua volontà possa sempre valere nello stesso tempo come principio di una legislazione universale"⁴⁸ lo sottrae alle dinamiche particolaristiche e regionali dell'etica sociale, pur riconoscendo che egli resta legato all'ordine dei fenomeni, in cui realizza la propria esistenza sensibile⁴⁹.

Perciò, rispetto all'elaborazione del concetto di cittadinanza, è tutt'altro che irrilevante il fatto che nella *Fondazione della metafisica dei costumi* una delle formulazioni dell'imperativo categorico reciti: "Agisci in modo tale da trattare l'umanità, sia nella tua persona, sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo" e che poco dopo Kant aggiunga che "questo principio dell'umanità e di ogni natura ragionevole in generale in quanto fine in sé (che è la suprema condizione limitatrice della libertà delle azioni di ogni uomo) non ha origine empirica"⁵⁰. Dodici anni dopo, nella *Metafisica dei costumi*, questa finalità dell'uomo è associata alla sua dignità: "L'umanità stessa è una dignità, poiché infatti l'uomo non può essere usato [...] soltanto come mezzo, ma deve sempre essere

47 R. Koselleck, *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*, tr. it. M. Cupellaro, Bologna, 1988, p. 24.

48 I. Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 167; ted. AA, V, p. 30.

49 Cfr. G. Irrlitz, *Kant Handbuch. Leben und Werk*, Stuttgart, 2010, pp. 306 ss.

50 I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in Id., *Scritti morali*, cit., p. 88 s; ted. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin, 1911, p. 429 s (in seguito con la sigla AA, IV).

usato al tempo stesso come scopo e in ciò consiste appunto la sua dignità (la personalità)⁵¹.

Dalle appartenenze sociali si passa all'appartenenza al genere umano, il "regno dei fini" accomunato dalla legge morale⁵², grazie alla quale l'individuo si riconosce e interagisce con esso mediante il test dell'universalizzabilità della massima del proprio agire⁵³. La dignità, ricondotta nella stessa *Fondazione della metafisica dei costumi* anche all'"autonomia" del soggetto morale come suo "principio"⁵⁴, è il presupposto per il passaggio dagli *iura et libertates* ad un diritto unico ed alla libertà che nasce con il soggetto e che non è più né una prerogativa ereditaria, né il frutto artificiale di una volontà sovrana. Mentre per Kant "la personalità morale non è [...] nient'altro che la libertà di un essere ragionevole sotto le leggi morali" e giuridicamente la "persona è quel soggetto, le cui azioni sono passibili di imputazione [*Zurechnung*]"⁵⁵, l'articolo 1 del Primo titolo della Prima sezione del citato *Allgemeines Landrecht* recita: "In quanto gode di determinati diritti nello Stato, l'uomo si chiama persona"⁵⁶.

51 I. Kant, *Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, 2006, p. 547; ted. *Metaphysik der Sitten*, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsgg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VI, Berlin, 1914, p. 462 (in seguito con la sigla AA, VI).

52 I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 92 s; ted. AA, IV, p. 433 s.

53 Il *regno dei fini* è basato sulla terza formula dell'imperativo categorico, che punta sull'autonomia della volontà, cfr. *ibidem*, p. 90 s; ted. AA, IV, p. 431 s. Riecheggiando il concetto russoviano di autonomia morale, esso fornisce un "ideale di comunità fra persone che può e deve divenire reale nell'intera dimensione pratica dei rapporti fra esseri ragionevoli, ovvero sia a livello etico che a livello pratico"; in merito e sui rapporti di tale costruito con la citata immagine della *Repubblica platonica*, cfr. P. Pirni, *Il "regno dei fini" in Kant. Morale, religione, politica in collegamento sistematico*, Genova, 2000, pp. 114-30.

54 I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 95; ted. AA, IV, p. 436.

55 I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 47; ted. AA, VI, p. 223.

56 In merito, cfr. F. Sciacca, *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Milano, 2000; circa i temi qui affrontati, sullo sfondo della cultura wolffiana, cfr. *ibidem*, pp. 1-27. Per una valutazione delle posizioni kantiane nella tradizione liberale contemporanea, cfr.

Vorrei solo riprendere e dare un senso alla precedente digressione su ideale e reale, su pratico e teoretico, su regolativo e costitutivo, rammentando con lo stesso Kant che "l'uso pratico della ragione è quello in virtù del quale si conosce a priori che cosa deve accadere"⁵⁷. Le leggi della libertà, insomma, esigono la piena realizzazione di quel valore morale dell'uomo che ne costituisce la dignità e la personalità, che lo stesso diritto deve salvaguardare. È l'uso costitutivo dell'idea. E tanto resta da fare alla politica.

Occorre dunque vedere in che modo questa idealità si confronti con la realtà sociale, giuridica e politica del tempo.

LO SCRITTO SUL DETTO COMUNE: TEORIA E PRATICA

A tale proposito vorrei soffermarmi sul saggio kantiano *Sopra il detto comune*, uscito nel 1793 sulla *Berlinische Monatsschrift*, l'organo ufficiale di diffusione dell'illuminismo prussiano⁵⁸. Non mi dedicherò ad un esame esteso dello scritto ma solo ad alcuni aspetti, in particolare al concetto di cittadinanza nella comunità politica statale, permettendomi di rinviare a quanto ho scritto in altra occasione per una più ampia valutazione dell'opera e per una sua contestualizzazione nel panorama giuridico e politico del tempo⁵⁹.

Vorrei cominciare proprio dalle parole chiave di questo saggio, che Kant illustra nel modo seguente: "Si chiama teoria un complesso di regole pratiche, quando queste regole sono pensate come principi generali e si fa, inoltre, astrazione da una quantità di condizioni che pure hanno necessaria influenza sulla loro applicazione. Inversamente non si chiama pratica

S. Meld Shell, *Autonomy, Personhood and the Moral Limits of Contemporary Liberal Theory*, in S. Bacin/A. Ferrarin/C. La Rocca/M. Ruffing (Hrsgg.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht*, cit., Bd. 4, pp. 847-61.

57 I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., p. 502 s; ted. AA, III, p. 421.

58 Cfr. E. Tortarolo, *La ragione sulla Sprea. Coscienza storica e cultura politica nell'illuminismo berlinese*, Bologna, 1989.

59 Cfr. C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale. Interpretazione del diritto nello scritto kantiano Sopra il detto comune*, Torino, 2007.

qualsiasi atto, ma solo quello che attua uno scopo ed è pensato in rapporto a certi principi della condotta, rappresentati nella loro generalità”⁶⁰. Purtroppo debbo procedere tralasciando alcuni profili che pure sono rilevanti (come il ruolo della facoltà del Giudizio nell’applicazione dei principi); ciò che mi interessa sottolineare è che qui teoria e prassi sono concepite come un binomio inscindibile, poiché quella che interessa a Kant non è una pratica qualunque, che proceda a casaccio prescindendo da qualunque regola: “Nessuno può farsi credere uomo pratico, versato in una qualche scienza, e tuttavia tenere in dispregio la teoria”⁶¹. Nel campo delle conoscenze teoretiche la sperimentazione taglia la testa al toro, perché la verifica determina la revisione della teoria o la sua conferma. Tuttavia, dice Kant, ci sono forme di sapere in cui “gli oggetti sono rappresentati solo per concetti (ad esempio gli oggetti della matematica e quelli della filosofia), i quali possono essere anche pensati perfettamente e in pieno accordo colla ragione, e tuttavia non essere dati”⁶². Qui le obiezioni dei pratici (o meglio: dei pragmatici) hanno buon gioco. “Ma in una teoria che è fondata sul concetto del dovere, la preoccupazione per la vuota idealità di questo concetto viene interamente meno. Infatti non sarebbe più dovere mirare ad un certo risultato del nostro volere, se esso non fosse anche possibile nell’esperienza”⁶³. Come si è visto in precedenza, nel campo della libertà i concetti della ragione hanno una valenza costitutiva.

Ed è proprio contro coloro che attaccano questa immediata valenza pratica della teoria morale, il cuore stesso del criticismo, che Kant si concentra. Infatti la “massima” che qualcosa valga in teoria ma non in pratica, “divenuta così comune nei nostri tempi ricchi di parole e vuoti di fatti, quando sia applicata alle materie morali (ai doveri della morale o del diritto), prepara gravissimi danni, poiché qui si ha a che fare con il canone della ragione pratica, il cui valore nella prassi riposa interamente sulla sua

60 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 237; ted. AA, VIII, p. 275.

61 *Ibidem*, p. 238; ted. AA, VIII, p. 276.

62 *Ibidem*, p. 239; ted. AA, VIII, p. 276.

63 *Ibidem*; ted. AA, VIII, p. 276 s.

conformità alla teoria che le sta a fondamento, e tutto va perduto, quando le condizioni empiriche e, come tali, contingenti dell’esecuzione della legge siano elevate a condizioni della legge stessa, sì che una pratica calcolata in rapporto a un probabile successo, secondo un’esperienza avuta fino ad ora, acquista il diritto di dominare la teoria, che ha valore per se stessa”⁶⁴. Si rammenterà che già a proposito della Repubblica di Platone Kant aveva bocciato come “indegno di un filosofo” il “volgare ricorso a una presunta smentita dell’esperienza”.

Non si tratta quindi di una questione di poco conto. Basta considerare che in risposta alle obiezioni di critici conservatori come Gentz e Rehberg (concordi nel negare il diritto del popolo alla rivoluzione, ma fin troppo attenti alle ripercussioni dell’a priori nel diritto sugli equilibri dello *status quo*) Kant torna sull’argomento due anni dopo il *Detto comune*, nell’Appendice al *Progetto filosofico: per la pace perpetua*. Qui scrive che “la morale è già di per se stessa una pratica in senso oggettivo, come insieme di leggi che comandano incondizionatamente e secondo le quali *dobbiamo* agire ed è un’evidente assurdità, dopo che si è riconosciuto a questo concetto del dovere l’autorità che gli spetta, voler affermare che però non lo si può attuare”⁶⁵.

Colui il quale segue tale convinzione è chiamato da Kant “politico morale”, che egli contrappone, come si è visto, al “moralista politico” che invece “si foggia una morale secondo gli interessi dell’uomo di Stato”⁶⁶.

È proprio lo scritto *Sul preteso diritto di mentire a chiudere il cerchio*, come in parte si è già

64 *Ibidem*; ted. AA, VIII, p. 277.

65 I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., p. 317; ted. AA, VIII, p. 370. Per un quadro complessivo della polemica, cfr. D. Henrich, (hrsgg. von), *Kant, Gentz, Rehberg. Über Theorie und Praxis*, Frankfurt am Main, 1967; inoltre, cfr. R. Maliks, *Kant and the Debate over Theory and Practice*, in S. Bacin/A. Ferrarin/C. La Rocca/M. Ruffing (Hrsgg.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht*, cit., Bd. 4, pp. 744-51 s. Infine, cfr. C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale*, cit., pp. 235 ss.

66 I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., p. 319; ted. AA, VIII, p. 372. In merito, cfr. D. Ferdori, *La saggezza del ‘politico morale’*, in S. Bacin/A. Ferrarin/C. La Rocca/M. Ruffing (Hrsgg.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht*, cit., Bd. 4, pp. 647-58.

letto a proposito del *postulato*: “Per passare da una metafisica del diritto (che astrae da ogni contenuto fondato sull’esperienza) ad un principio fondamentale della *politica* (che applica il concetto del diritto ai casi pratici) e per esso alla soluzione di un problema politico, il filosofo stabilirà: 1) un *assioma*, cioè un principio apoditticamente certo, che procede direttamente dalla definizione di un diritto esterno (accordo della *libertà* di ciascuno con la *libertà* di ogni altro secondo una legge universale); 2) un *postulato* della legge pubblica esterna, come volontà concorde di tutti secondo il principio dell’*uguaglianza*, senza la quale non avrebbe luogo la *libertà* di ciascuno; 3) un *problema* consistente nel fare in modo che in una così grande società sia tuttavia conservata la concordia secondo i principi della *libertà* e dell’*uguaglianza* (cioè mediante un sistema rappresentativo)”⁶⁷.

LA STRUTTURA DELLO SCRITTO

Kant dedica le tre sezioni del *Detto comune* a confutare i suoi avversari, esaminando dapprima il caso “di un uomo privato, che sia però uomo d’affari”, poi dell’ “uomo politico” e infine dell’ “uomo cosmopolitico o cittadino del mondo in generale”. Si tratta di sezioni che egli indica come dedicate “alla morale in generale”, alla “politica (in riferimento al bene dello stato)” e cioè al “diritto pubblico” ed infine al “punto di vista cosmopolitico” relativo al “bene della specie umana nel suo complesso” ovvero al “diritto internazionale”⁶⁸.

Gli avversari individuati come esponenti del primo e del terzo punto sono rispettivamente Garve e Mendelssohn. A Garve, che accusa il rigore morale kantiano di essere addirittura contrario alla ricerca della felicità, Kant obietta che la prima cosa non esclude la seconda, ma che offre una guida certa ed indefettibile per l’agire rispetto alla molteplicità eslege della felicità stessa⁶⁹. A Mendelssohn, che contesta l’idea di un

67 I. Kant, *Sopra un preteso diritto di mentire...*, cit., p. 363 s; ted. AA, VIII, p. 429.

68 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 240; ted. AA, VIII, p. 277 s.

69 Cfr. *ibidem*, pp. 240-52; ted. AA, VIII, pp. 278-89.

progresso del genere umano “verso il meglio”, l’autore replica che esiste un piano provvidenziale che spinge gli uomini ad unirsi per uscire dalla condizione di ostilità (così nella condizione di natura come nei rapporti tra gli Stati) ed entrare, se non in una “comunità cosmopolitica sotto un unico sovrano”, almeno in un “condizione giuridica di federazione sulla base di un diritto internazionale stabilito in comune”⁷⁰.

IL RAPPORTO DELLA LA TEORIA CON LA PRATICA NELLA POLITICA

Nella seconda parte dello scritto Kant se la prende con Hobbes, considerato il tipico esponente dell’assolutismo e come il teorico di una sovranità che, a quanto pare, non rispetta in alcun modo quei diritti che la dignità e la personalità garantiscono all’uomo come essere libero e razionale⁷¹.

Per illustrare questa parte vorrei partire dalle definizioni kantiane di: “diritto” considerato come “la limitazione della *libertà* di ciascuno alla condizione del suo accordo con la *libertà* di ogni altro, in quanto ciò è possibile secondo una legge universale”; “diritto pubblico” come “l’insieme delle leggi esterne che rendono possibile tale accordo generale”⁷². Anche qui Kant mostra che non dare prescrizioni in rapporto alla felicità non significa affatto eliderla dall’orizzonte vitale dell’uomo, in questo caso come membro del corpo politico⁷³. Scrive infatti che questo “concetto di diritto esterno in generale deriva interamente dal concetto di *libertà* nei rapporti esterni degli uomini tra loro e non ha nulla a che

70 Cfr. *ibidem*, pp. 273-81; ted. AA, VIII, pp. 307-13. Sullo sviluppo del diritto cosmopolitico secondo una linea che dal 1793 al 1795 culminerebbe “nel modello di una repubblica (federale) mondiale”, cfr. N. De Federicis, *Kant’s Defense of a World Republic between 1793 and 1795, Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht*, cit., Bd. 4, pp. 623-34.

71 Cfr. I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 270 s; ted. AA, VIII, p. 303 s.

72 *Ibidem*, p. 254; ted. AA, VIII, p. 289 s.

73 Per una valutazione complessiva del tema della felicità nel pensiero politico e giuridico kantiano, cfr. L. Scuccimarra, *Kant e il diritto alla felicità*, Roma, 1997.

fare con il fine che tutti gli uomini hanno naturalmente (la ricerca della felicità) e con la prescrizione dei mezzi per conseguirlo". Un simile plesso di rapporti tra le libertà esterne esige naturalmente un sistema di garanzie: "Poiché ogni limitazione della libertà mediante l'arbitrio di un altro è *coazione*, ne segue che la costituzione civile è un rapporto di uomini liberi che [...] vivono sotto l'imperio di leggi coattive; la ragione stessa così vuole, e precisamente la ragion pura *a priori* legislatrice, che non ha riguardo a scopi empirici di sorta (i quali tutti si possono comprendere sotto il nome generale di felicità)"⁷⁴. A differenza di altre unioni, Kant definisce "fine a se stessa" l'unione di questa "società" come "stato civile", in quanto è "fine che ognuno *deve avere*" e cioè non è subordinata al raggiungimento di altri obiettivi che la garanzia della stessa libertà, quella appunto che non è soggetta ad essere ridotta a mezzo in vista d'altro⁷⁵.

LA FELICITÀ DELL'UOMO

Posso solo accennare al rilievo che queste tesi assumono rispetto alle scienze camerali⁷⁶ ed in generale alle *Polizeiwissenschaften*⁷⁷, per le quali il pretesto della cura del cosiddetto benessere dei sudditi diviene un autentico strumento di pressione politica. La faccenda viene esaminata da Kant, trattando del primo "principio a priori" dello "stato civile" come "stato giuridico": "la libertà di ogni membro della società, in quanto uomo". Ribadita l'esclusione della felicità dall'ambito di disposizione del legislatore,

74 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 254; ted. AA, VIII, p. 289 s.

75 *Ibidem*, p. 253; ted. AA, VIII, p. 289.

76 Per una trattazione ormai classica del cameralismo, cfr. P. Schiera, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milano, 1968; inoltre cfr. E. Tortarolo, *La ragione sulla Sprea*, cit., pp. 121 ss.

77 Sulle *Polizeiwissenschaften* con particolare riferimento all'età dell'illuminismo, cfr. K. Wolzendorff, *Der Polizeigedanke des modernen Staats. Ein Versuch zur allgemeinen Verwaltungslehre unter besondere Berücksichtigung der Entwicklung in Preußen*, Aalen, 1964, pp. 54-86; ancora, in riferimento allo sviluppo di tali scienze tra Sei e Settecento, cfr. H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München, 1986, pp. 92-190.

è proprio qui che si denuncia come "il peggior dispotismo" quello di un "*governo paternalistico*" che tratta i "sudditi" come "figli minorenni", costringendoli a "comportarsi solo passivamente" e lasciando che "il capo dello Stato giudichi in qual modo essi *devono essere felici*"⁷⁸.

Non è forse inutile tornare alle pagine della *Critica della ragion pura* sulla *Repubblica* platonica per ritrovare nella coesistenza delle libertà e nell'esclusione della felicità come scopo delle leggi un decisivo elemento di continuità, rinsaldato dal valore dell'idea che nel campo della libertà ha un peso *costitutivo* e dunque è per Kant proprio una teoria concepita in perfetta unione con la prassi.

L'UGUAGLIANZA DEI SUDDITI

È in virtù della comune e coattiva subordinazione alle leggi che Kant enuclea il secondo "principio a priori" dello "stato civile": "l'uguaglianza degli individui in quanto sudditi". In merito scrive: "Tutti quelli che sono sottoposti a leggi sono sudditi in uno Stato e sono quindi sottoposti a una legge coattiva al pari di ogni altro membro della comunità, fatta eccezione di un'unica persona (fisica o morale): il capo dello Stato, attraverso il quale soltanto ogni coazione giuridica può essere esercitata". Se il sovrano potesse essere costretto a sua volta, osserva Kant, verrebbe meno, con l'unicità della coazione, la stessa certezza del diritto. Il sovrano rappresenta dunque l'istanza massima di garanzia dell'esercizio di tale diritto di coazione che, legato alla libertà dell'individuo, è "diritto innato" ed "universalmente uguale". Perciò Kant esclude (qui in un'ottica pienamente liberale)⁷⁹ tutte le "prerogative ereditarie", sostenendo che "ogni membro dello Stato deve poter pervenire [...] a quel grado di posizione sociale [...] al quale possono elevarlo il suo talento, la sua

78 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 254 s; ted. AA, VIII, p. 290 s.

79 Per una valutazione del rapporto di Kant con il pensiero liberale, cfr. N. De Federicis, *Kant 'politico'? A margine del rapporto di Kant col liberalismo*, in G.M. Chiodi/G. Marini/R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Kant*, cit., pp. 159-65; A. Pinzani, *Il cittadino kantiano tra liberalismo e repubblicanesimo*, in "Filosofia politica", XVIII.1 (2003), pp. 109-25.

operosità e la sua fortuna”. Insomma “la nascita non è un fatto che dipenda da chi è nato, e quindi non può da essa sorgere disuguaglianza di stato giuridico e neppure sottomissione a leggi coattive, che non siano quelle che l’individuo, come suddito dell’unico supremo potere legislativo, ha in comune con ogni altro”⁸⁰.

L’INDIPENDENZA DEI CITTADINI

Di tali considerazioni, in special modo a proposito dei privilegi legati alla nascita, conviene tener conto parlando della sezione successiva, dedicata all’ “*indipendenza* [...] di un membro della comunità in quanto *cittadino*, cioè come partecipe del potere legislativo”⁸¹. Si tratta in sostanza del godimento dei diritti politici ed è questo che distingue il cittadino kantiano (*Bürger*) come *citoyen* dall’abitante della città o borgo, il *bourgeois*⁸²: l’unico di cui si trovi traccia nel citato sistema cetuale dell’*Allgemeines Landrecht*. L’uguaglianza costituisce lo zoccolo duro, lo strato intermedio tra uomo e cittadino che tiene unita la compagine sociale, in modo tale che, secondo la visione di Kant, i non cittadini “come membri della comunità sono tenuti all’osservanza di tali leggi e partecipano alla protezione offerta dalle medesime [...] come consociati sotto la protezione dello Stato”⁸³.

Prima di affrontare le implicazioni di tale impostazione in rapporto alle teorie del patto sociale, vorrei dare uno sguardo a chi siano per Kant i cittadini e, per contrasto, i consociati: “La qualità che si esige per essere cittadino, oltre a quella *naturale* (che non sia un bambino, né una donna), è questa unica: che egli sia padrone di sé (*sui iuris*) e quindi abbia una qualche proprietà [...] che gli procuri i mezzi di vivere; e ciò nel senso che, nei casi in cui per vivere deve acquistare da altri, egli li acquisti solo mediante alienazione di ciò che è suo e non per concessione che egli faccia dell’uso delle sue forze”. Tentando di spiegare, Kant aggiunge che si considera

cittadino chi aliena un “*opus*” e cioè un prodotto, ma non colui che effettua la “*praestatio operae*” con cui un individuo “cede l’uso delle sue forze all’altro”. Con un sussulto di buon senso (il solo rimastogli in questa pagina) riconosce però che “è difficile determinare i requisiti per pretendere alla condizione di uomo padrone di sé (*sui iuris*)”⁸⁴. Ciò appare tanto più strano se si considera, come vedremo, che per Kant quando si ha a che fare con il diritto e dunque con la pura ragione, non ci si può sbagliare.

Prescindendo da altre considerazioni di più ampio spettro, ciò che qui mi interessa vagliare è se l’autore sia rimasto fedele alla promettente impostazione con cui ha saldato ideale e reale, teoria e prassi nell’uguale dignità dell’uomo. Direi che in questo caso vale anche per lui ciò che ha detto di Platone, insistendo sulla necessità di interpretare gli autori meglio di quanto non abbiano fatto con se stessi. Pensiamo alla donna, innanzitutto: in patente contraddizione con gli argomenti dello stesso autore, l’uomo perpetua rispetto a lei un privilegio di nascita, escludendola dal godimento dei diritti politici e non ci sono talento, operosità o fortuna che tengano per la sua elevazione sociale. Passiamo agli “*operarii*”; in base a ciò, ai sostenitori della tesi di un Kant democratico sfugge il dettaglio che in tal modo i tre quarti dell’attuale popolazione, che svolge un lavoro dipendente, sarebbero esclusi dal diritto di voto. Se la risposta fosse che non si può chiedere a Kant di non essere figlio del suo tempo, si potrebbe tuttavia opporre che qui egli non sta ragionando da *politico morale* (come vorrebbe e dovrebbe) ma *moralista politico* e che concede all’esperienza più di quanto riconosca alla ragione pratica. Se è vero che l’esclusione liberale dal voto delle fasce economicamente disagiate nasce dalle perplessità non solo sul loro livello di alfabetizzazione, ma addirittura sul loro effettivo interesse a mantenere e sviluppare l’ordine costituito, allora anche Kant qui sta ragionando in base all’esito e non al principio.

80 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., pp. 255-8; ted. AA, VIII, pp. 291-4.

81 *Ibidem*, p. 259; ted. AA, VIII, p. 294.

82 Cfr. *ibidem*, p. 260; ted. AA, VIII, p. 295.

83 *Ibidem*, p. 259; ted. AA, VIII, p. 294.

84 *Ibidem*, p. 260; ted. AA, VIII, p. 295.

IL CONTRATTO ORIGINARIO

Il contratto originario costituisce la chiave di volta di questa costruzione⁸⁵. Esso è lo strumento di garanzia per i sudditi, siano essi consociati o cittadini. Se “una legge pubblica, che determina per tutti ciò che a loro dev’essere giuridicamente lecito o illecito, è l’atto di una volontà pubblica da cui deriva tutto il diritto, e che quindi non deve poter fare torto a nessuno”, occorre che questa sia frutto della “volontà [...] del popolo intero”⁸⁶. Tale presunzione di unanimità e principio di legittimazione del potere legislativo è “la legge fondamentale che solo può emanare dalla volontà generale (riunita) del popolo [...] il contratto originario”⁸⁷.

Come rammentavo all’inizio, Kant sottolinea che non si tratta di un “fatto”, bensì di “una semplice idea della ragione, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica) che consiste nell’obbligare il legislatore a far leggi come se dovessero derivare dalla volontà comune di tutto un popolo e nel considerare ogni suddito, in quanto vuol essere cittadino, come se avesse dato il suo consenso a una tale volontà”. Un simile strumento è descritto come “la pietra di paragone della legittimità di una qualsiasi legge pubblica”, capace di mostrare come “non [...] giusta” una legge di cui non si potesse presumere il “consenso” del “popolo”⁸⁸. Si tratta di un “criterio infallibile e a priori” perché concerne il “diritto” (e dunque la ragione) e non ha nulla a che fare con le mutevoli preferenze della felicità⁸⁹ ed è rimesso al solo “giudizio del legislatore”. Anche nel caso in cui una legge fosse ingiusta, Kant non ha dubbi: “non c’è altro da fare che obbedire”⁹⁰.

Ciò si connette alla ben nota condanna kantiana del diritto di “resistenza”, la quale “avrebbe luogo secondo una massima che, generaliz-

zata, distruggerebbe ogni costituzione civile, sì che ne andrebbe distrutto il solo stato in cui gli uomini possano in generale trovarsi in possesso dei loro diritti”. Quindi la “resistenza al supremo potere legislativo” va incontro ad un “divieto [...] assoluto, [...] se anche quel potere o chi lo rappresenta, il capo dello Stato, violasse il contratto originario”⁹¹.

Con ciò Kant provoca anche le reazioni di ‘giacobini’ come Jakob e di Erhard (per loro l’applicazione dei principi a priori deve giungere, se necessario, alla rivoluzione) e riesce nella non facile impresa di metterli d’accordo con i conservatori, se non altro nell’essere tutti in parziale *disaccordo* con qualche sua posizione⁹². In questa sede posso solo osservare che qui Kant converge con il criticato Hobbes (e con altri autori) nel teorizzare un patto unico, in cui associazione e soggezione avvengono contemporaneamente e, con il conferimento del potere al sovrano, decretano la nascita dello stesso popolo, che ne è rappresentato⁹³. In tal senso la negazione kantiana del diritto di resistenza non fa che rispondere alla logica ferrea di questo patto, che dice press’a poco: *niente sovrano, niente popolo*. Quindi chi si ribella al sovrano si pone automaticamente fuori del corpo politico: “il popolo non può reagire come corpo comune, ma solo come massa in rivolta”⁹⁴ ed è contraddittorio prevedere una norma costituzionale che autorizzi una simile sedizione, poiché sarebbe un atto di autodissoluzione dello Stato, con l’ulteriore riserva di chi fosse competente a decidere sulla sua applicazione⁹⁵.

91 *Ibidem*, p. 265; ted. AA, VIII, p. 299. Per un’ampia valutazione del problema, condotta attraverso una contestualizzazione nel pensiero politico tedesco del Settecento, cfr. L. Scuccimarra, *Obbedienza, resistenza, ribellione. Kant e il problema dell’obbligo politico*, Roma, 1998.

92 Cfr. R. Maliks, *Kant and the Debate over Theory and Practice*, cit., pp. 746 ss.

93 Cfr. M. Piccinini, *Potere comune e rappresentanza in Thomas Hobbes*, in G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, 2000, pp. 131 ss; inoltre, cfr. G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, 2003, pp. 80 ss.

94 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 268; ted. AA, VIII, p. 302.

95 Cfr. *ibidem*, p. 269; ted. AA, VIII, p. 303.

85 In merito, cfr. F. Fiore, *L’idea di contratto originario nella filosofia del diritto kantiana*, in G. Duso (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, 1998, pp. 237-72.

86 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 259; ted. AA, VIII, p. 294.

87 *Ibidem*, p. 260; ted. AA, VIII, p. 295.

88 *Ibidem*, p. 262; ted. AA, VIII, p. 297.

89 *Ibidem*, p. 264; ted. AA, VIII, p. 299.

90 *Ibidem*, p. 263; ted. AA, VIII, p. 297 s.

Vorrei solo proporre un paio di osservazioni sull'idea del contratto e sulla sua interpretazione kantiana, anzi sull'autointerpretazione che l'autore dà della propria teoria, derivando dalle premesse stabilite. Le stesse limitazioni poste da Kant all'esercizio dei diritti politici paiono infatti poco coerenti con l'idea del contratto; seguendo l'autore, all'atto della costituzione dello Stato l'individuo si priverebbe del più importante dei diritti e cioè della partecipazione al potere sovrano di legiferare, subordinando l'esercizio di tale prerogativa, che è fondata sull'inalienabile possesso di una ragione puramente pratica e sulla conseguente dignità, alla condizione empirica di esercitare un mestiere piuttosto che un altro, magari non solo in base a talento o operosità, ma a causa della *fortuna* avversa; oppure accetterebbe di privarsi dei diritti politici per il mero fatto (puramente naturale ed indipendente dalla sua libera volontà) di essere donna. Sembra che anche qui la teoria sia un passo indietro rispetto alla pratica.

SULL'IPOTESI DI UN KANT DEMOCRATICO

Occorre dare atto dei tentativi di superare tale *impasse*, compiuti dai sostenitori di una linea democratica nella *Pace perpetua*⁹⁶; non concordo però con la chiave ermeneutica di simili letture, le quali implicano per giunta il presupposto che Kant, nel giro di quattro anni, dapprima circoscriva ad alcuni soggetti il godimento dei diritti politici (*Detto comune* del 1793), poi lo estenda a tutti (*Per la pace perpetua* del 1795) e infine ci ripensi,

96 Sulla complessiva 'tenuta' concettuale della terna uomo-suddito-cittadino presentata nel *Detto comune* (e recepita nella *Metafisica dei costumi*) rispetto ad una pretesa "controdottina" [*Gegendoktrin*] democratica presente nella *Pace perpetua*, cfr. R. Brandt, *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit*, in *Forum für Philosophie Bad Homburg* (Hrsg.), *Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption*, Frankfurt am Main, 1989, p. 112; in merito, cfr. C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale*, cit., pp. 101-31. Per una recente interpretazione democratica (ancora basata sulla *Pace perpetua*) della predetta terna, cfr. R. Perni, *Un'analisi della repubblica kantiana in una prospettiva cosmopolitica*, in S. Bacin/A. Ferrarin/C. La Rocca/M. Ruffing (Hrsg.), *Kant und die Philosophie in weltbürgerlicher Absicht*, cit., Bd. 4, pp. 801-6.

tornando al punto di partenza (*Metafisica dei costumi* del 1797).

Nella *Pace perpetua* Kant parla della "costituzione repubblicana [...] scaturita dalla pura fonte del diritto" e scrive che tale costituzione è "fondata": "1) sul principio della *libertà* dei membri di una società (come uomini); 2) sul principio della *dipendenza* di tutti da un'unica comune legislazione (come sudditi); 3) sulla legge dell'*uguaglianza* di tutti (come cittadini)". In nota viene specificato: a) che la "*libertà giuridica*" va intesa "come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle a cui io ho potuto dare il mio assenso"; b) che "il principio della *dipendenza giuridica* [...] è implicito nel concetto di una costituzione politica in generale"; c) che "l'*uguaglianza esterna* (o giuridica) in uno Stato consiste in quel rapporto dei cittadini secondo il quale nessuno può obbligare legittimamente l'altro a qualche cosa, senza che nel tempo stesso egli si sottoponga alla legge secondo la quale egli può a sua volta essere obbligato dall'altro nello stesso modo"⁹⁷.

È appunto l'*uguaglianza* legata allo *status* di cittadino ad attrarre i lettori democratici di Kant. Tuttavia nella lunga nota in cui si occupa della "*libertà giuridica* (e come tale esterna)" e del "diritto all'*uguaglianza*, come sudditi, di tutti i cittadini dello Stato", l'autore non tratta quest'ultima con riguardo all'universale esercizio dei diritti politici; si limita alla comune subordinazione alla legge e alla "questione dell'ammissibilità o meno di una *nobiltà ereditaria*", ovvero "se il grado attribuito dallo Stato a un suddito rispetto all'altro debba prevalere sul *merito* o questo su quello"⁹⁸. In tal modo Kant non fa che riprendere un argomento centrale del *Detto comune*, dove, sempre a proposito dell'*uguaglianza*, sostiene che "non può sussistere nessun privilegio innato di un membro della comunità civile, in quanto suddito, rispetto ad altri, e <che> nessuno può trasmettere per via di successione ai suoi discendenti il privilegio della posizione sociale". Kant ha cura di sottolineare che è invece piena-

97 I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., p. 292; ted. AA, VIII, p. 349 s.

98 *Ibidem*, p. 293; ted. AA, VIII, p. 350.

mente legittima la trasmissione ereditaria dei beni acquistati da ciascuno con “il suo talento, la sua attività, la sua fortuna” anche in presenza di una “considerevole disuguaglianza nelle condizioni economiche”, “purché a nessuno [...] sia impedito [...] di elevarsi a condizione uguale a quella degli altri”⁹⁹. Quest’uguaglianza è dunque il prerequisito ineludibile per il godimento dei diritti politici in capo alla cerchia limitata dei cittadini.

La trattazione della cittadinanza nella *Pace perpetua*, per quanto Marini voglia bollare come *acritico* chi la pensi così¹⁰⁰, non prescinde affatto dal non democratico “principio della ‘indipendenza economica’ (*sibi sufficientia*)” del *Detto comune*. Kant sembra piuttosto concentrarsi su di esso e riprenderne la tesi che “questa generale uguaglianza degli uomini come sudditi di uno Stato può perfettamente coesistere con la massima disuguaglianza nella quantità e nel grado del loro possesso, sia che si tratti di superiorità fisica o spirituale degli uni rispetto agli altri, sia che si tratti di disuguaglianza esteriore di beni di fortuna e in generale di diritti (e possono essere molti) degli uni rispetto agli altri”¹⁰¹.

A mio avviso si tratta di elementi di continuità¹⁰² che non giustificano l’idea di una pretesa “evoluzione <kantiana> in senso democratico”¹⁰³ e che non lasciano alcuno spazio nemmeno all’ipotesi di una simile, improbabile parentesi nello scritto del ’95. L’esclusione dell’ereditarietà del privilegio e la connessa conferma del merito rimangono nell’alveo della cittadinanza come esercizio dei citati diritti politici, che resta subordinato all’essere *padrone di sé ed avere una qualche proprietà che procuri i mezzi per vivere, alienando dei prodotti*¹⁰⁴.

99 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 257 s; ted. AA, VIII, p. 293.

100 Cfr. G. Marini, *Tre studi sul cosmopolitismo kantiano*, Pisa-Roma, 1998, p. 28.

101 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 256; ted. AA, VIII, p. 291 s.

102 Su una tale continuità, cfr. G. Duso, *Il carattere ideale della costituzione repubblicana in Kant*, cit., p. 38 s.

103 R. Perni, *Un’analisi della repubblica kantiana in una prospettiva cosmopolitica*, cit., p. 804.

104 Cfr. I. Kant, *Sopra il detto comune ...*, cit., p. 260; ted. AA, VIII, p. 295.

Nella *Metafisica dei costumi* è sempre l’uguaglianza che, legata al merito, fa sì che chiunque possa diventare cittadino o smettere di esserlo. Qui Kant innanzitutto riafferma il predetto criterio e sostiene che “soltanto nella capacità di esprimere il voto consiste la qualifica di cittadino”, la quale “presuppone l’indipendenza”; poi accomuna all’interno della *cittadinanza* tutti i consociati-sudditi, ricorrendo alla distinzione del “cittadino attivo da quello passivo, sebbene il concetto di cittadino passivo sembri contraddire la definizione del concetto di cittadino in generale”. Da un lato quest’ultima cautela riprende e circostanzia la formula dell’uguaglianza dei cittadini nella *Pace perpetua*; dall’altro la *Metafisica dei costumi* reintroduce tra tali *cittadini* attivi e passivi le medesime differenze poste nel *Detto comune*, sostenendo che “questa dipendenza dalla volontà di altri e l’ineguaglianza [dei non autosufficienti economicamente e delle donne] non sono affatto in contrasto con la libertà e l’uguaglianza di queste stesse persone considerate *come uomini*” e concludendo che “tutti nel popolo possono elevarsi dalla condizione passiva a quella attiva”¹⁰⁵.

LA RILETTURA DI BERGK

Un tentativo di sviluppare le *potenzialità* democratiche della ragion pratica (non esplorate da Kant) viene invece compiuto da Bergk: autore nel 1796 delle *Ricerche sul diritto naturale, pubblico e dei popoli con una critica della recente costituzione della repubblica francese* e nel 1797 delle *Lettere sui principi metafisici della dottrina kantiana del diritto*. La sua declinazione del criticismo punta sulla riforma della triade uomo-suddito-cittadino: indipendenza dell’uomo; uguaglianza del suddito; libertà del cittadino. L’indipendenza come forma negativa della libertà morale (come inaccessibilità della sfera interiore ai condizionamenti esterni), diviene il presupposto della cittadinanza in quanto attuazione della libertà, che si esprime con l’assenso dato alle leggi da parte di tutti. L’uguaglianza, pur restando condizione del suddito, si trasforma così da

105 I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 235 s; ted. AA, VI, p. 314 s.

passività a fondamento della partecipazione del cittadino alla vita dello Stato¹⁰⁶.

Il passaggio dall'uguaglianza passiva kantiana ad una partecipativa riporta la pari dignità morale al centro dell'attività politica. Ne deriva una repubblica democratica in cui vigono il suffragio universale e la separazione dei poteri. Essa è guidata dai rappresentanti del popolo che, *attraverso loro, decide su se stesso*. Il *contratto sociale*, kantianamente *semplice idea della ragione*, viene così attualizzato nella dimensione storico-empirica dell'attività umana¹⁰⁷.

Credo che questo sia forse, rileggendo Kant oltre Kant, un modo più autentico di interpretare le sue stesse parole a proposito del "diritto pubblico", allorché scrive nel *Detto comune* che "tale idea deve considerarsi fondata su principi a priori (poiché l'esperienza non può far conoscere quello che il diritto è in sé) e allora si dà anche una teoria del diritto pubblico, tale che la pratica è senza valore, se non si accorda con essa"¹⁰⁸.

Carlo Sabbatini è professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università di Macerata. Si è occupato prevalentemente del pensiero giuridico nella filosofia classica tedesca. Per Bompiani ha recentemente curato l'edizione delle Maniere scientifiche di trattare il diritto naturale di G.W.F. Hegel.

carlo.sabbatini@unimc.it

106 Cfr. J.A. Bergk, *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Leipzig u.a., 1797, pp. 182-83; in merito, cfr. J. Garber, *Liberaler und demokratischer Republikanismus. Kants Metaphysik der Sitten und ihre radikaldemokratische Kritik durch J. A. Bergk*, in O. Büsch-W. Grab (hrsgg.), *Die demokratische Bewegung in Mitteleuropa im ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhundert*, Berlin, 1980, pp. 275 e C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale*, cit., p. 97 s.

107 Cfr. J.A. Bergk, *Untersuchungen aus dem Natur- Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik*, o. O., 1796 (Neudruck Kronberg/Ts. 1975), p. 100 e p. 282; Id., *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., p. 179 s, pp. 193 ss e p. 245; in merito, cfr. J. Garber, *Liberaler und demokratischer Republikanismus*, cit., p. 268 e C. Sabbatini, *Una cittadinanza razionale*, cit., p. 75 s.

108 I. Kant, *Sopra il detto comune...*, cit., p. 272 s; ted. AA, VIII, p. 306.

Le indagini preliminari nel procedimento penale italiano: profili critici ed attuali alla luce della giurisprudenza vigente

Stella Feroletto

ABSTRACT

All'interno dell'Ordinamento Giuridico Italiano il procedimento penale si suddivide nelle due diverse fasi del procedimento in senso stretto e del successivo ed eventuale processo penale.

In questo articolo andrò ad approfondire la fase procedimentale delle indagini preliminari nell'ambito della quale si procede alla verifica, da parte della autorità giudiziaria competente, della fondatezza o meno della notizia criminis.

In una seconda parte dello scritto mi soffermerò, in maniera critica, sul potere-dovere del giudice delle indagini preliminari di opporsi alla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero ed, infine, analizzerò i profili processuali attuali relativi al diritto della persona offesa dal reato di opporsi alla archiviazione una volta ricevuta la notifica della richiesta formulata dal PM.

Inside the 'Italian Legal System, the criminal procedure is divided into two different stages of the procedure in the strict sense and the subsequent criminal trial and eventual true and proper.

In this article I'm going to dwell on the procedural phase of the preliminary investigations, critical step that determines the 'course of the process and

all' inside of which is employed by the competent judicial authorities to the examination of whether or not the crime report.

In a second part I'm going to focus critically on the court's power-duty of the preliminary investigation to oppose the dismissal requests issued by the prosecutor and finally analyze the current procedural issues related to the right of the person injured to oppose the storage upon receipt of notification of request made by the prosecutor.

PAROLE CHIAVI

PROCEDIMENTO PENALE; NOTIZIA DI REATO; INDAGINI PRELIMINARI; GIUDICE; PUBBLICO MINISTERO; ARCHIVIAZIONE; PERSONA OFFESA; REATO.

KEYWORDS

CRIMINAL PROCEEDINGS; CRIME REPORT; PRELIMINARY INVESTIGATIONS; JUDGE; PUBLIC MINISTER; STORAGE; PERSON INJURED; CRIME.

I - IL PUBBLICO MINISTERO:
dominus INDISCUSSO DEL PROCEDIMENTO
VOLTO ALL'ACCERTAMENTO
DELLA FONDATEZZA DELLA *notizia criminis*

All'interno dell'Ordinamento Giuridico Italiano, il procedimento penale si suddivide in due momenti di fondamentale importan-

za che sono temporalmente connessi: la fase procedimentale delle indagini preliminari e la eventuale e successiva fase del processo penale vero e proprio.

Protagonisti indiscussi di queste due fasi, oltre ai soggetti necessari ed eventuali intervenienti nel corso del fluire del procedimento penale, sono i magistrati, il cui ruolo deve es-

sere, necessariamente, quello di contemperare le esigenze di tutela della vittima del reato con quelle di tutela della persona accusata della commissione dello stesso, sia ella indagata, ovvero, successivamente, imputata e nei confronti della quale si deve applicare, sempre e comunque, il principio di presunzione di non colpevolezza fino alla sentenza definitiva di condanna, così come sancito dall'articolo 27 della Costituzione Repubblicana del 1948.¹

In un sistema processuale a stampo tendenzialmente accusatorio quale è quello italiano, il magistrato deve essere garante di giustizia, ma affinché ciò avvenga è doveroso che siano rispettati i principi sul giusto processo² che trovano la loro matrice ineludibile nell'art. 111 della Costituzione.

Affinché tali principi siano applicati è doveroso, altresì, essere ossequiosi del principio di separazione delle funzioni tra autorità giudiziarie e, quindi, tra pubblico ministero e giudice.³

Il pubblico ministero è colui il quale sostiene la pubblica accusa, svolge le funzioni investigative ed è uno dei soggetti procedurali deputati a fornire la prova della colpevolezza di un accusato. Egli, nella sua attività di indagine, è coadiuvato da un altro soggetto processuale di rilevante importanza che è la polizia giudiziaria.

Tuttavia il PM non avrà soltanto il compito di compiere ogni attività necessaria a valutare la fondatezza della *notizia criminis*, ma egli avrà anche il dovere giuridico e, direi, morale di raccogliere informazioni utili al fine di prova-

1 In merito all'art. 27 Cost. v. V. Garofoli, dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27, comma 2, Cost. alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio, in www.treccani.it, pp 1 ss.

2 Per approfondimenti sul giusto processo v. N. Galantini, giusto processo e garanzia costituzionale nella formazione della prova, in *diritto penale contemporaneo*, pp. 1 ss.; v. anche E. Amodio, giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3589.

3 Sul punto v. S. Matera, *separazione delle carriere: perché non risolve la questione Giustizia*, in www.libertaegiustizia.it, 4/12/2013, pp.1 ss.; in merito alla compatibilità di un regime di separazione delle carriere tra magistrati con la Costituzione Italiana, v. anche *Cort. Cost.*, n. 37 del 3/2/2000.

re l'innocenza dell'accusato, nel pieno rispetto dei principi sul giusto processo, del fondamentale diritto di difesa in qualsiasi stato e grado del procedimento (ex art. 24 Cost. comma II⁴) e dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana⁵. Principi e valori questi che, tuttavia, a parere di chi scrive, nella prassi procedimentale, capita, a volte, di disattendere.

In un sistema a stampo tendenzialmente accusatorio il giudice, invece, deve essere necessariamente un soggetto diverso rispetto al magistrato che accusa: egli, infatti, è terzo, indipendente ed imparziale oltre che rispetto alle altre parti protagoniste del procedimento, anche e, direi, soprattutto, rispetto alla parte che rappresenta la pubblica accusa.

In particolare, per imparzialità dell'organo giudicante si deve intendere la equidistanza rispetto proprio alle parti del singolo processo.

Il giudice deve essere, altresì, indipendente, non solo dal potere esecutivo, ma da qualsiasi potere dello Stato.

Nell'ordinamento Giuridico Italiano le indagini preliminari sono, come sopra accennato, una fase del procedimento penale che precede l'eventuale processo e che ne determina in gran parte l'andamento.

La disciplina normativa è contenuta nel libro V del codice di procedura penale del 1988, dall'articolo 326 a seguire.

Dominus indiscusso delle indagini preliminari è il pubblico ministero.

Nel corso di questa fase, coperta dal segreto investigativo, la quale ha avvio ogni qual volta il PM venga a conoscenza di una notizia di reato e la iscriva nell'apposito registro (ex art. 335 c. p.p.), la autorità giudiziaria dovrà valutare, appunto, se e quale fondamento po-

4 G. Lauricella, in *Diritto costituzionale alla difesa tra funzione di governo ed esercizio dell'azione penale*, 21/2/2011, pp. 2 ss.; v. anche A. Pizzorusso, garanzia costituzionale dell'azione, in *D. disc. Priv.*, 1992, p.610. Per approfondimenti v. *Corte Cost.* n. 114/2004.

5 È da rilevarsi, tuttavia, che "il mancato svolgimento da parte del PM di attività di indagine a favore dell'indagato non ha rilievo processuale e non determina nullità. Ad eventuale inattività si può sopperire con svolgimento di attività investigativa ex art. 391 bis c.p.p.", v. *Cass. pen.*, sez. III, 23/6/2010, n. 32430.

trà avere la notizia criminis⁶; ai fini di questa verifica, è fondamentale che le indagini siano complete⁷ ed abbiano come obiettivo irrinunciabile la amministrazione della giustizia in nome del popolo e la ricostruzione di una verità processuale che sia, da una parte, il più possibile vicina alla verità storica, ma che al contempo ripudi ogni mezzo coercitivo di ricerca della verità che possa richiamare i metodi propri dei sistemi a stampo inquisitorio che sarebbero certamente lesivi della integrità e della dignità della persona umana⁸.

Le indagini preliminari hanno, dunque, inizio con la acquisizione di una notizia di reato (*ex art. 330 c.p.p.*), ossia con una informazione relativamente ad un fatto che all'apparenza presenta i caratteri di un illecito penale. Il PM e la polizia giudiziaria hanno il dovere di svolgere sia un ruolo attivo, in quanto possono apprendere la notizia del reato di loro iniziativa, ma anche un ruolo passivo, poiché devono ricevere le notizie e le informazioni utili segnalate da terzi.

Le notizie di reato possono essere distinte in: notizie di reato qualificate, allorquando sono apprese dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria attraverso gli atti tipici di cui all'articolo 331 e seguenti del codice di procedura penale e notizie di reato non qualificate, ossia quelle apprese dai due soggetti di loro iniziativa.

Una delle forme tipiche di notizia di reato è la denuncia di un fatto che presenta gli estremi del reato, la cui disciplina normativa si evince dagli articoli 331, 332, 333 del codice di procedura penale.

Essa è obbligatoria per i pubblici ufficiali e per gli incaricati di un pubblico servizio che si trovino nell'esercizio delle loro funzioni, mentre è facoltativa per i privati (tranne che nei casi previsti dalla legge e contemplati dagli articoli 362 e 709 c. p.).

6 "la notizia di reato è l'informazione circa la commissione di un fatto di rilievo penale data al PM e alla polizia giudiziaria o da essi autonomamente raccolta"; sul punto v. P. Corso, *le indagini preliminari*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, in *Procedura penale*, Torino, 2014, pp. 457, 458, 459, 460, 461, 462.

7 Corte Cost., sentenza n. 88 del 1991.

8 Corte Cost., sentenza n. 255 del 1992.

È da rilevarsi, inoltre, che la denuncia di un fatto di reato costituisce, ad avviso di chi scrive, anche per il privato cittadino, una importante forma di partecipazione alla amministrazione della giustizia, *ex art. 102* della Costituzione, ed una estrinsecazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

La denuncia può essere fatta anche in forma anonima (*ex art. 333 c.p.p.*).

Una ulteriore forma tipica di notizia di reato è il referto, la cui discipline normativa è contenuta nell'art. 334 c.p.p. e concerne, esclusivamente, tutti coloro i quali esercitando una professione sanitaria, si trovino dinanzi ad un possibile delitto perseguibile d'ufficio.

È doveroso sottolineare che lo svolgimento delle indagini da parte del pubblico ministero e l'eventuale successivo esercizio della azione penale sono subordinati alla presenza delle condizioni oggettive di procedibilità; ciò in ossequio ai principi cardini di cui agli articoli 3 e 112 della Costituzione.

Nel nostro ordinamento giuridico sono condizioni di procedibilità: la querela, la richiesta di procedere, la autorizzazione a procedere e la presenza del colpevole nel territorio dello Stato.

Allorché si giunga alla fase conclusiva delle indagini, il PM dovrà assumere delle importanti determinazioni ed in particolare dovrà sciogliere la alternativa se richiedere al giudice per le indagini preliminari la archiviazione del procedimento penale e quindi non procedere al rinvio a giudizio e decidere di non dare avvio al processo penale vero e proprio, ovvero se esercitare la azione penale e procedere al successivo rinvio a giudizio dando, così, avvio al processo.

Il pubblico ministero, così come sancito dall'art. 112 della Costituzione, norma cardine del sistema accusatorio, è obbligato all'esercizio dell'azione penale quando ritiene che la notizia di reato abbia un effettivo fondamento.⁹

9 Sul punto v. www.biagiocartillone.it, in *obbligatorietà dell'azione penale*, 8/1/2014, p. 1 ss. Qui si rileva che "esercitare l'azione penale non corrisponde all'esercizio di una potestà squisitamente accusatoria per la quale, si non poche sarebbero e preoccupazioni di un esercizio caparbio e ciò proprio in quanto l'art. 112 Cost., come ricorda la corte, ne predica il carattere della obbligatorietà che a sua volta è cosa ben distinta dalla caparbieta".

D'altronde, la funzione intrinseca alla archiviazione deve essere quella di servire ad accertare la insussistenza della obbligatorietà della azione penale e, di conseguenza, l'esone del Pm dall'esercizio della stessa.¹⁰

Le ragioni giuridiche e fattuali che possono portare alla formulazione della richiesta di archiviazione delle indagini sono molteplici. Il PM, ad esempio, entro sei mesi dalla data di registrazione della *notizia criminis*, quando è rimasto ignoto l'autore del reato, può decidere, in forza dell'art. 415, comma I, c.p.p., di presentare al GIP formale richiesta di archiviazione. In caso contrario, può chiedere la autorizzazione alla prosecuzione delle indagini.¹¹

Altra ipotesi tipizzata di archiviazione è prevista dall'articolo 408 c.p.p.

In particolare, il PM potrà procedere alla presentazione della richiesta di archiviazione al GIP quando vi sia infondatezza della notizia di reato, dunque il fatto che da origine all'indagine non si è mai verificato.

L'art. 408 c.p.p. deve, inoltre, essere letto in correlazione con l'articolo 125 delle Disposizioni di attuazione al codice di procedura penale il quale statuisce che il pubblico ministero procederà alla presentazione della richiesta di archiviazione quando gli elementi acquisiti durante le indagini non sono idonei a sostenere la accusa in giudizio; di conseguenza la notizia di reato diviene di fatto inesistente.

La archiviazione è prevista, altresì, in tutti i casi tipizzati dall'articolo 411 c.p.p. e nello specifico quando sia mancante una condizione di procedibilità (ad esempio risulta essere mancante la querela nel caso di lesioni stradali), o nei casi in cui il reato è estinto (ad esempio per morte del reo), ovvero la persona sottoposta ad indagine non risulta essere punibile ai sensi dell'articolo 131 bis c.p., ossia per particolare

10 Il riferimento all'effettivo esercizio della azione penale da parte del PM emerge dalla sentenza della Corte Cost. n. 173 dell' 11/6/2009.

11 È da rilevarsi che, qualora siano rimasti ignoti gli autori di un reato non viene richiesta la autorizzazione al giudice per le indagini preliminari in quanto ciò si porrebbe in contrasto col principio di obbligatorietà della azione penale e con i presupposti del provvedimento di cui all'art 414 c.p.p. al riguardo v. Cass. pen., sez. I, 25/5/2004, n. 23975.

tenuità del fatto, ovvero il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Tutte queste ipotesi portano in auge questioni procedurali.

Altro riferimento normativo interessante è l'articolo 405 comma 1 bis c.p.p., inserito con la legge n. 46 del 20/2/2006. Questa disposizione normativa stabilisce che il PM, al termine delle indagini, formula una richiesta di archiviazione quando la Corte di Cassazione si è pronunciata *ex art. 273 c.p.p.* in merito alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non siano poi stati acquisiti nuovi elementi. Si tratta dei casi in cui si decide di avvalersi del cosiddetto ricorso *per saltum*, uno strumento che potrebbe essere validamente utilizzato quale strategia difensiva da un bravo difensore di parte.

Quanto al procedimento di archiviazione è da rilevarsi che, in tutte le ipotesi sopra delineate, il pubblico ministero ha l'obbligo di formalizzare una richiesta di archiviazione, trasmettendo la documentazione completa acquisita nel corso della indagine al giudice.

È doveroso, perciò, sottolineare che, da una parte, il PM non potrà procedere alla archiviazione di sua iniziativa ma dovrà, necessariamente, sottoporre la sua richiesta al controllo di legalità del GIP; d'altro canto, il giudice non potrà assolutamente archiviare autonomamente senza aver prima ricevuto una formale richiesta da parte del PM che resta, sempre e comunque, il soggetto titolare dell'esercizio della azione penale.

Per quanto attiene alle conseguenze processuali, è necessario mettere in rilievo che la mancata richiesta di archiviazione da parte della pubblica accusa non comporta decadenza dalla potestà di chiedere la stessa; tuttavia, tutto ciò che viene acquisito dopo la scadenza del termine non potrà essere utilizzato. Resta il fatto che il pubblico ministero non sarà comunque soggetto a sanzione alcuna in quanto non prevista dal nostro ordinamento giuridico!

Una volta accertata la sua competenza, il GIP potrà accogliere la richiesta di archiviazione ed emettere decreto motivato (*de plano*), rimettendo gli atti al PM (il provvedimento che dispone la archiviazione è notificato alla persona sottoposta ad indagini qualora nel

corso del procedimento sia stata applicata la misura della custodia cautelare limitativa della libertà personale); ovvero potrà decidere di non accogliere la richiesta di archiviazione del PM, o perché non ne condivide le valutazioni, oppure perché subentra la opposizione alla archiviazione della persona offesa.

In questo secondo caso di mancato accoglimento della richiesta di archiviazione, il GIP provvederà a fissare una apposita udienza che si svolge in forma camerale ai sensi dell'articolo 127 c.p.p., al fine di discutere delle risultanze delle indagini compiute e ne darà comunicazione a tutti i soggetti processualmente interessati.

Nel corso della udienza camerale si possono prospettare diverse possibilità: è possibile che a seguito della discussione col GIP il pubblico ministero cambi idea, decida di non archiviare, di richiedere indietro gli atti e di esercitare la azione penale; può, altresì, accadere che sia il GIP a cambiare idea sulla base della discussione e ritenere che la richiesta del PM sia fondata ed in questa ipotesi il procedimento si chiuderà; ma può anche accadere che il GIP ed il Pm restino ambedue sulle loro rispettive posizioni. Il giudice per le indagini preliminari, in questo ultimo caso, potrà provvedere ai sensi e per gli effetti dell'art. 409 IV e V comma c.p.p.; in particolare egli potrà disporre, con ordinanza, o nuove indagini suppletive, indicando alla pubblica accusa il termine per il compimento delle spese, ovvero potrà ordinare la imputazione coatta, nel termine di dieci giorni.¹²

La imputazione coatta viene sovente ordinata allorquando il GIP ritiene che le indagini sono complete ma non condivide le richieste formulate dal PM.

Nel caso in cui dovesse esserci un ulteriore dissenso del pubblico ministero, il GIP potrà anche decidere di sollecitare il Procuratore Generale presso la Corte di Appello affinché eserciti la avocazione delle indagini e provveda ad esercitare egli stesso la azione penale se sarà necessario.

¹² In *subiecta materia* è da rilevarsi che non è abnorme il provvedimento con cui il GIP individui una ipotesi di reato nuova rispetto a quella formulata dal PM ed inviti questo a formulare la relativa imputazione a carico di un soggetto antecedentemente non iscritto come indagato nell'apposito registro. Sul punto v. Cass. pen., sez. II, 21/1/2004, n. 1640.

È doveroso sottolineare che "l'istituto della avocazione delle indagini preliminari trova il suo ambito di applicazione nel caso in cui, a causa di eventi oggettivi o di inattività del pubblico ministero, la tutela degli interessi pubblici e privati può essere compromessa. Si tratta, perciò, di un meccanismo processuale volto a completare la istruttoria grazie all'intervento del procuratore generale nella fase delle investigazioni prima, e nell'esercizio dell'azione penale dopo.¹³

Se, al contrario, il PM formula una nuova imputazione, entro due giorni il GIP fissa l'udienza preliminare e si procede all'esercizio della azione penale da parte del pubblico ministero in base alle nuove indicazioni fornite dal giudice.

II - QUESTIONI ATTUALI RELATIVE AI POTERI DEL GIP DI DISSENTIRE SULLA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE FORMULATA DAL PM ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA VIGENTE

La disciplina normativa relativa ai poteri del GIP che è dissenziente rispetto alla richiesta di archiviazione formulata dal PM si evince dall'articolo 409, commi IV e V del codice di procedura penale.

Questa ipotesi di possibile dissenso del giudice rispetto alle determinazioni assunte dal PM segna, senza dubbio, a parere di chi scrive, il momento più delicato della fase procedimentale delle indagini preliminari in quanto vi è una evidente, ma per certi versi opportuna, interferenza del giudice per le indagini preliminari su dei valori fondamentali del nostro sistema accusatorio; in particolare, vi è principalmente uno scontro tra la autonomia investigativa del PM e la funzione giurisdizionale di controllo propria del GIP.¹⁴

¹³ Sul punto v. E. Stefani, in *il processo penale accusatorio*, Milano, 2001, p. 125.

¹⁴ Sul punto v. commento a sentenza di Cass. pen., S.U. del 28/11/2013 n. 4319, in *diritto penale contemporaneo*, 3/2/2014. In particolare le Sezioni Unite della Suprema Corte sono state chiamate, in quella circostanza, ad esprimersi sulla abnormità o meno del provvedimento emesso dal GIP che abbia ravvisato ulteriori fatti

La *ratio* degli istituti delle indagini ulteriori e della imputazione coatta di cui all'art. 409 c.p.p. è chiaramente quella di un controllo legale, da parte del giudice, della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero sulla quale vengono espresse delle valutazioni.

Rispetto alla legittimità costituzionale della attività che è svolta in questa fase dal giudice per le indagini preliminari, si può affermare con ragionevole certezza che, se da una parte vi è una indubbia interferenza della autorità giudicante sull'importante principio di separazione delle funzioni, sulla struttura del processo di parti, poiché l'ordine di imputazione coatta parrebbe derogare al principio secondo cui il giudice deve muoversi su iniziativa di parte; d'altra parte, si deve ritenere che la verifica di legalità sia una imposizione dello stesso articolo 112 della Costituzione e dunque il giudice è tenuto a svolgere il ruolo di garante indiscusso del principio di obbligatorietà della azione penale che è un corollario del diritto di matrice liberale alla legalità ed una importante estrinsecazione del diritto inviolabile alla eguaglianza formale e sostanziale di cui all'articolo 3 della Costituzione, commi I e II. Conseguentemente, al giudice sono imposti dei poteri/doveri direttamente dalla legge al fine di evitare che le scelte del pubblico ministero possano rivelarsi, in qualche modo, arbitrarie: risulterebbe alquanto difficile al PM l'essere il garante di se stesso.

Si può perciò asserire che, il potere di controllo del giudice è volto a controbilanciare un eccesso di discrezionalità attribuito, probabilmente, dal nostro ordinamento giuridico al pubblico ministero.

La discrezionalità è attribuita al PM, *in primis*, dall'articolo 335 c.p.p.

In forza di tale disposizione normativa, come sopra accennato, spetterà proprio al PM la iscrizione della *notizia criminis* nell'apposito registro. È da rilevarsi, infatti, che "il termine di durata massima delle indagini, al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre dalla data in cui il nome dell'indagato è effettivamente iscrit-

to nel registro delle notizie di reato e non da quella in cui la notizia di reato è iscritta con riferimento ad un atto di indagine senza la contestuale annotazione dell'indagato".¹⁵

La discrezionalità del pubblico ministero è stata, inoltre, di recente, accentuata dalla istituzione del cosiddetto Modello 45, attinente alle pseudo notizie di reato.¹⁶

Un ampio *spatium* di discrezionalità è attribuito, altresì, al Procuratore della Repubblica il quale avrà il potere di selezionare le informazioni che costituiscono notizie di reato da quelle che, quanto meno all'apparenza, non sono idonee a mettere in moto un procedimento penale.

Di conseguenza, il potere di controllo del giudice per le indagini preliminari si estrinseca, in un primo momento, nella attenta valutazione della esaustività o meno delle risultanze delle attività di indagine svolte dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari; in un secondo momento, da parte della autorità giudicante, sarà doveroso valutare e sottoporre a controllo la legalità e la formula archiviativa scelta dal PM.

Tuttavia, in ossequio ai principi cardini del sistema accusatorio, i poteri di controllo del GIP è sottoposto a delle limitazioni. Il controllo di legalità, infatti, non potrà mai tradursi in una ingerenza nella sfera delle funzioni riservate all'organo inquirente che è solo il pubblico ministero. Dunque, l'ambito di intervento del GIP deve essere ritagliato sul contenuto oggettivo e soggettivo della notizia di reato.

Inoltre, al fine di non vanificare il dovere di controllo del giudice è doveroso considerare fisiologici tutti i suoi poteri correttivi che non comportano una sostituzione al PM; ad esempio, il GIP potrà procedere alla modifica della qualificazione giuridica del fatto o potrà segnalare al PM l'iscrizione di nuove notizie di reato spingendolo ad avviare nuove indagini. Il potere del giudice può perciò essere qualificato anche come correttivo.

Nella prassi processuale, tuttavia, sovente si prospettano dei profili problematici: il GIP,

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 27/5/1997, n. 1863.

¹⁶ Sul punto v. M. Cerati, *i registri penali*, in www.ceratim.it, gennaio-aprile 2000, p. 1 ss.

costituenti reato a carico del medesimo accusato o di altri accusati ed abbia ordinato ap Pm la imputazione coatta ai sensi e per gli effetti dell'art. 409 comma V c.p.p.

ad esempio, una volta ricevuta tutta la documentazione da parte del PM attinente alle indagini svolte può esprimere il suo dissenso, appunto, rispetto alla opinione della pubblica accusa di procedere alla archiviazione del procedimento penale. Può accadere, infatti, che il GIP dissenta sui profili soggettivi della domanda di archiviazione, perciò l'organo giudicante, nel rigettare o nel confermare la domanda di archiviazione, prospetta l'esigenza che il procedimento non si arresti e dispone la iscrizione nell'apposito registro di persone diverse rispetto a quelle già considerate dal PM nella richiesta. Per cui è possibile che siano individuati ulteriori possibili autori del reato. Si tratta di un potere certamente ordinatorio spettante al giudice previsto espressamente non nell'ambito della archiviazione ordinaria, ma della archiviazione contro ignoti ex articolo 415, comma II, c.p.p.

Con riguardo ai poteri del giudice sono state, tuttavia, sollevate diverse questioni. È intervenuta, infatti, in diverse occasioni, la Suprema Corte di Cassazione. Una pronuncia di fondamentale importanza è la sentenza Minervini¹⁷ la quale ha evidenziato che il GIP "può determinare l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. delle notizie di reato riscontrate in seguito all'esame degli atti trasmessi dal PM: nuove notizie di reato in senso soggettivo (cioè a carico di persone non indagate) oppure oggettivo".

In questa importante pronuncia la Suprema Corte di esclude la abnormità del provvedimento del GIP che ordini al PM di iscrivere nuovi soggetti nel registro apposito.¹⁸

In *subiecta materia*, si è altresì espressa la Corte Costituzionale la quale ha affermato che,

17 Cass. pen., S.U., 31/5/2005, n. 22909.

18 Sul punto v. G. Angiolini, *limiti al controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale*, in *diritto penale contemporaneo*, p. 14. Qui si sottolinea come questo precedente abbia fornito una precisa linea di indirizzo sulla tematica dei poteri attribuiti al gip in materia di archiviazione e lo stesso abbia fatto reputando legittimo il provvedimento impugnato nella parte in cui ordina al pm di iscrivere un soggetto non indagato nell'apposito registro, ma abnorme limitatamente alla parte in cui ordina il rinvio ad altra udienza per l'ulteriore caso.

a prescindere dalla tipologia di archiviazione, spetta al giudice il potere di disporre la iscrizione del nominativo del soggetto che, in base agli atti, potrebbe essere un potenziale autore del reato.¹⁹ A sostegno di tale soluzione estensiva aveva deposto, alcuni anni addietro, la tendenza avviata con la sentenza n. 409 del 1990 della Corte Costituzionale a rendere omogenea la disciplina della archiviazione contro noti con quella della archiviazione contro ignoti.

Fra l'altro è indubbio, a parere di chi scrive, che ciò che accomuna le due tipologie di archiviazione è la finalità che è quella di evitare un processo superfluo ed è anche quella di rispondere ad un principio di economicità sia in termini economici che di tempistiche procedurali.

La finalità di controllo da parte del giudice si estrinseca in maniera pregnante nel suo potere di ordinare la imputazione coatta di cui al V comma dell'articolo 409 c.p.p. il cui scopo è quello di impedire che il PM ometta, intenzionalmente, di iscrivere un nominativo di una persona già individuata, al fine di eludere i termini di durata delle indagini preliminari. Di conseguenza, anche il questo caso, l'intervento del giudice risponde alla esigenza di evitare una situazione di inerzia della accusa che potrebbe, di fatto, essere volontaria o meno.

Inoltre, è doveroso mettere in risalto il fatto che nelle varie sue pronunce, la Corte Costituzionale, giudice supremo delle leggi, riguardo alla legittimità costituzionale dell'articolo 409 c.p.p. si è premurata di sottolineare come i commi IV e V traggano il loro fondamento dallo stesso principio di obbligatorietà della azione penale di cui all'articolo 112 della Costituzione che esige, appunto, "che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice"²⁰.

Nella prassi procedimentale, così come emerge dall'articolo 335 c.p.p., comma II, può accadere che il dissenso del GIP investa l'oggetto della domanda di archiviazione. In particolare, la autorità giudicante potrà dissentire sulla qualificazione giuridica del fatto. In questo caso, spetterà al giudice il potere di inqua-

19 Corte Cost., n. 176 del 18/5/1999.

20 Corte Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, in *giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 586.

drare il fatto entro una diversa cornice di qualificazione giuridica.

D'altro canto, sebbene "la richiesta di archiviazione della notizia di reato apre il sipario sulla necessità di contemperare e di dare attuazione a due principi di rango costituzionale: da un lato, il principio di obbligatorietà della azione penale sancito dall'art. 112 Cost. e, dall'altro, il principio di terzietà del giudice riconosciuto dall'art. 111 Cost., c. 2 Cost."²¹, il potere del giudice di dare una diversa qualificazione giuridica è connaturato all'esercizio della giurisdizione ed egli diviene, anche in questo caso, garante della legalità dell'esercizio dell'azione penale; si tratta, perciò, di un potere "giustificato" dall'imprescindibile controllo di legalità che incide sulla valutazione della fondatezza o meno della *notizia criminis*.

Il dissenso del GIP può altresì investire la ricostruzione del fatto storico. Dunque, può accadere che il giudice dissenta con la descrizione del fatto concreto prospettata dal PM nella sua richiesta di archiviazione ed individua fatti completamente diversi dal contenuto della notizia di reato contenuto nella domanda. Il giudice potrà anche individuare fatti nuovi a carico della stessa persona o di altre persone. Alla individuazione di fatti nuovi corrispondono nuove notizie di reato.

La iscrizione sarà effettuata comunque dal PM, ma il GIP sarà tenuto, in virtù dell'obbligo di denuncia, ex articolo 331 c.p.p., a segnalare i fatti di reato in relazione alla documentazione contenuta nel fascicolo trasmessogli.²²

In sintesi, si può dunque affermare che, in forza dell'articolo 409, comma IV, c.p.p., a seguito della udienza, se ritiene necessarie ulteriori indagini, dovrà indicarle con ordinanza al pubblico ministero e fisserà un termine per il compimento delle stesse, ovvero, in forza dell'articolo 509, comma V, c.p.p., allorché il giudice non accolga la richiesta di archiviazione, potrà disporre con ordinanza che il PM formuli la imputazione. Entro due giorni dalla

formulazione della imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare.

Dunque, nel primo caso contemplato dall'articolo 409 c.p.p., il giudice segnala al PM la necessità di effettuare nuove iscrizioni ed il PM dovrà avviare nuove indagini. Quella del GIP è una funzione sollecitatoria che sembra non intaccare in alcun modo la autonomia investigativa del PM ma vi è, semplicemente, un orientamento delle indagini ed il PM sarà libero rispetto agli atti da compiere; infatti è da escludersi che il GIP possa obbligare il PM ad esercitare l'azione penale rispetto a notizie di reato non ancora iscritte. Ne consegue che, prima di procedere, è sempre necessaria la iscrizione nell'apposito registro.

Quanto alla ipotesi della imputazione coatta contemplata dal V comma dell'articolo 409 c.p.p., si tratta, certamente, di uno dei possibili epiloghi del rigetto della domanda di archiviazione.

La imputazione coatta sembrerebbe presentare delle anomalie rispetto al principio cardine di un sistema a stampo tendenzialmente accusatorio, quale è quello italiano, di separazione delle funzioni tra giudice e pubblico ministero e quindi sembrerebbe esserci una interferenza con i principi di riparto della giurisdizione. Il dissenso del giudice, infatti, investe il merito della richiesta di archiviazione in quanto l'autorità giudiziaria non condivide il giudizio del PM circa la inidoneità dei mezzi a proseguire il giudizio e a non dare perciò avvio al processo penale. La funzione della imputazione coatta è, tuttavia, quella di evitare una situazione di blocco processuale che si verrebbe inevitabilmente a creare ed è indubbiamente un importante strumento del nostro ordinamento giuridico a disposizione del giudice per le indagini preliminari.

Con questo atto di impulso il GIP si sostituisce al PM nel potere di iniziativa nell'esercizio della azione penale.

È doveroso sottolineare che la sostituzione è limitata alla iniziativa ed il giudice non potrà in alcun modo sostituirsi al PM nella formulazione della imputazione che è un potere tipico del PM.

Al riguardo si è in più occasioni espressa la Corte Costituzionale la quale ha affermato

21 Sul punto v. G. Angiolini, limiti di controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, in diritto penale contemporaneo, p. 5.

22 V. Cass. pen., sez. V, 5/10/1998, n. 4139.

e chiarito che al GIP è dimandato solamente l'atto di impulso processuale²³; dunque, il sacrificio della autonomia della pubblica accusa è tollerato entro il limite del rispetto della obbligatorietà dell'esercizio della azione penale spettante al PM.

La Corte costituzionale ha anche affermato che non possono ravvisarsi profili di illegittimità costituzionale dell'articolo 409, V comma, c.p.p. per violazione dell'articolo 101 della Costituzione, laddove impone la indipendenza funzionale dei giudici, poiché al giudice compete sempre un atto di impulso, mentre "il concreto promovimento dell'azione che si esplica nella formulazione della imputazione, resta di competenza del PM" e, quindi, le funzioni esercitate dai due organi restano distinte escludendo un rapporto gerarchico.²⁴

È da rilevare, inoltre, che l'ordinanza emessa dal GIP contenente le informazioni per il PM e nella quale si invita quest'ultimo ad esercitare l'azione penale, non è vincolante per il PM; per l'effetto, questo avrà libertà nella individuazione degli addebiti da elevare nei confronti dell'accusato.

Il GIP, tuttavia, indicherà nella sua ordinanza gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche che però non impongono al PM di esercitare l'azione penale, se così fosse sarebbero senza dubbio intaccati i principi del sistema accusatorio ed anche i principi sul giusto processo, in particolare l'articolo 111 della Costituzione, comma II: verrebbe difatti a mancare l'indipendenza, la imparzialità e la terzietà dell'organo giudicante.

La obbligatorietà della azione penale in capo al PM garantisce, infatti, la sua indipendenza funzionale, ma anche la eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge e ciò è in perfetta aderenza, a parere di chi scrive, con principio di legalità formale e sostanziale. In un sistema accusatorio risulta doveroso eliminare

23 Corte Cost., 13 maggio-12 giugno 1991 n. 263, in *Archivio in Proc. Pen.*, 1992, p. 41.

24 Corte Cost., 12/6/1991 n. 263. Per approfondimento, v. anche C. Valentini Reuter, in le forme di controllo dell'azione penale, p. 71. V. anche Giulia Angiolini, limiti del controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, in *diritto penale contemporaneo*, p. 13.

ogni forma di discrezionalità nel perseguire il possibile autore di un reato e nulla deve essere sottratto al controllo di legalità. Dunque, se da una parte viene ridimensionata la discrezionalità della pubblica accusa, dall'altra si può assumere che il limite della azione penale è la sua obbligatorietà quando sia palese la inutilità e la superfluità di iniziare un processo penale.

Quanto ai limiti all'intervento coattivo del giudice, al fine di evitare una commistione di ruoli è doveroso sottolineare che, mentre il giudice che dissente dalla richiesta di archiviazione potrà "imporre" al PM di procedere per lo stesso fatto ma con una qualificazione diversa rispetto alla richiesta di archiviazione, come sopra accennato, non si consente al giudice, che deve in ogni caso controllare che la obbligatorietà sia garanzia della azione penale, di ordinare alla pubblica accusa di agire per un fatto difforme rispetto a quello che sia stato già iscritto nel registro delle notizie di reato.

Di conseguenza, non possono essere assolutamente superati i confini oggettivi della domanda rispetto alla quale si limita il potere di controllo del giudice. In tale prospettiva si è espressa la Suprema Corte di Cassazione²⁵ affermando la abnormità di un eventuale provvedimento del GIP di ordinare la formulazione della imputazione anche rispetto a fatti nuovi che non siano iscritti. Alla autorità giudicante è, infatti, oggi precluso questo potere ed egli dovrà limitarsi a sollecitare l'iscrizione nel registro apposito di nuovi fatti; iscrizione che deve essere effettuata dal pubblico ministero.

Analogamente si deve escludere che il GIP possa esorbitare i confini soggettivi della domanda. È da rilevarsi infatti che "un provvedimento giudiziale di imputazione coatta, adottato nei confronti di persona né accusata dal PM né partecipe all'udienza camerale celebrata dal giudice dell'archiviazione, comprometterebbe radicalmente la difesa ed anche il diritto alla parità di trattamento tra situazioni assimilabili".²⁶

25 Corte Cass., S.U., 30/1/2014, n. 4319.

26 G. Leo, in *Diritto penale contemporaneo*, 8/7/2013, p. 1 ss. Qui si sottolinea che viene affrontato dalle Sezioni Unite il problema dei poteri del giudice della archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero.

III - IL DIRITTO DI OPPOSIZIONE ALLA ARCHIVIAZIONE DELLA PERSONA OFFESA DAL REATO

Come sopra evidenziato, a conclusione delle indagini preliminari il pubblico ministero è tenuto ad esprimersi sulla fondatezza della notizia di reato, valutando, ex articolo 125 delle Disposizioni di Attuazione al codice di procedura penale, la idoneità degli elementi raccolti a sostenere la accusa in giudizio.

Allorché il giudice riceve la formale richiesta di archiviazione da parte del PM si possono verificare, nella prassi procedimentale, diverse ipotesi: è possibile che il GIP non proceda alla archiviazione e, esercitando correttamente i suoi poteri attribuitigli dalla legge e sopra delineati, fissi la udienza camerale, dandone comunicazione anche alla persona offesa; ovvero, può accadere che prima che il giudice per le indagini preliminari si pronunci sulla richiesta di archiviazione, la persona offesa dal reato, la quale aveva precedentemente chiesto di essere informata sulla eventuale formulazione della richiesta di archiviazione da parte del PM, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 408, comma II, c.p.p.²⁷, faccia opposizione alla archiviazione.²⁸ In questo caso la iniziativa della persona offesa dal reato anticipa il GIP che non si è ancora espresso e sarà proprio il PM ad avvisare il giudice.

In forza dell'articolo 101 c.p.p. ed in ossequio al cosiddetto *favor actionis* riservato alla tutela dei diritti della persona offesa, anche il difensore della persona offesa potrà proporre opposizione alla archiviazione.

Il pubblico ministero sarà obbligato ad informare la persona offesa dal reato solamente

27 Sul punto v. Cass. pen., sez. V, 19/1/2011, n. 1508. È da rilevarsi che il mancato avviso della richiesta di archiviazione alla persona che ne abbia fatto richiesta da origine alla nullità del successivo decreto del gip poiché spoglia la parte del suo diritto fondamentale alla opposizione. La nullità potrà essere fatta valere con ricorso per Cassazione e senza osservare i termini di cui all'art. 585 c.p.p.

28 V. Cass. pen., sez. VI, 15/10/2007, n. 37960 preme sottolineare che la opposizione alla archiviazione può essere presentata fino a quando non sia stata pronunciata la archiviazione.

quando questa, anche attraverso il suo difensore²⁹, ne abbia fatto formale richiesta. Tuttavia, il fatto che il diritto della persona offesa di interloquire sia subordinato alla disposizione normativa di cui all'articolo 408, comma II, c.p.p., comprime senza dubbio la sua portata pratica poiché è difficile che l'offeso si renda pienamente conto da solo della importanza della sua richiesta ad essere informato e delle conseguenze processuali di una sua omissione.³⁰

Certamente, la mancata notifica da parte del PM alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta, comporterebbe una palese violazione del diritto di intervento e del diritto al contraddittorio; ciò darebbe inevitabilmente luogo a nullità del provvedimento del giudice ai sensi e per gli effetti dell'articolo 178, lettera c, c.p.p.³¹

Risulta doveroso, inoltre, rilevare che "la manifestazione della volontà di essere informato dell'eventuale archiviazione presuppone che la persona offesa sia informata della pendenza delle indagini nei confronti di un determinato soggetto anche al di fuori dei casi in cui la *notizia criminis* sia costituita dalla querela. E, nei fatti, ciò potrebbe non accadere fino a quando non venga inviata l'informazione di garanzia di cui all'art. 369 c.p.p."³²

Il PM potrà informare della richiesta di archiviazione la persona offesa anche di sua iniziativa. Si tratta, in questo caso, di un suo potere discrezionale esercitabile anche quando l'autore del reato è ignoto.

Una volta che il pubblico ministero abbia notificato, presso il suo domicilio o presso il difensore di parte, alla persona offesa la richiesta di archiviazione del procedimento penale, questa, esercitando il suo diritto a poter accedere al fascicolo contenente gli atti della indagine, nel termine di dieci giorni potrà fare opposizione

29 V. Cass. pen., sez. V, 18/10/2002, n. 35126. Sul punto anche V. Gomba, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2003, p. 63. Si sottolinea che la opposizione alla richiesta di archiviazione ex art. 410 c.p.p. può essere validamente proposta anche dal difensore che sia stato nominato dalla persona offesa.

30 Al riguardo v. P.P. Rivello, *Opposizione*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. IX, Torino, 1995, p. 8 ss.

31 In tal senso v. Cass. pen., sez. V, 28/10/1996, n. 4621.

32 E. Stefani, *Il processo penale accusatorio*, Milano, 2001, p. 108.

con un atto motivato indicando le investigazioni suppletive e i relativi elementi di prova.³³

Quanto alla natura del termine di proposizione della opposizione alla archiviazione, secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario³⁴, il termine di dieci giorni avrebbe una natura perentoria; secondo, invece un secondo recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione, divenuto maggioritario³⁵, il termine di dieci giorni avrebbe natura ordinatoria.

La non perentorietà del termine trova il suo fondamento sia nell'articolo 173, comma I, c.p.p., in base al quale "i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza soltanto nei casi stabiliti dalla legge"; sia nel fatto che "è escluso in modo pacifico che l'opposizione alla richiesta di archiviazione rientri nel *genus* delle impugnazioni trattandosi di un atto diretto non contro un provvedimento del giudice, bensì contro una richiesta del pubblico ministero"³⁶.

Dunque, stante la natura ordinatoria e non perentoria del termine di dieci giorni, il decorso dello stesso non implica decadenza e la persona offesa potrà comunque proporre opposizione tardiva al pubblico ministero fino a che egli trasmette gli atti al giudice. In particolare, la opposizione alla archiviazione potrà essere proposta anche al GIP sino al momento della sua decisione.³⁷

La parte offesa dal reato dovrà, quindi, chiedere a pena di inammissibilità, che vengano svolte le ulteriori indagini preliminari e dovrà indicare l'oggetto delle indagini suppletive ed i relativi elementi di prova; questi ultimi devono essere specifici e ben individuati e devono necessariamente possedere i caratteri della pertinenza, cioè della inerenza alla notizia di

33 Cass. pen., sez. II, 27/5/2006, n. 10504. È doveroso sottolineare che la richiesta di indagine suppletiva e l'indicazione dei mezzi di prova sono elementi sufficienti all'ammissibilità dell'atto di opposizione e quindi spetterà poi al giudice di procedere al contraddittorio camerale al fine della delibazione del requisito della fondatezza della *notizia criminis*.

34 Cass. pen., sez. VI, 18/9/2003, n. 38944.

35 Cass. pen., sez. II, 21/7/2016, n. 34029.

36 Sul punto v. S. Aduasio, opposizione alla richiesta di archiviazione: il gip è tenuto a valutare anche se tardiva, in www.salvisjuribus.it.

37 Cass. pen., sez. II, 2/2/2005, n. 231108.

reato e della rilevanza, ossia della idoneità della investigazione a incidere sulle risultanze dell'attività svolta dalla pubblica accusa, in modo tale da indurre la autorità giudiziaria giudicante ad una soluzione opposta rispetto a quella prospettata e proposta dal pubblico ministero.

La giurisprudenza sembrerebbe aver ritenuto che anche la produzione di nuova documentazione, allegata all'atto di opposizione, con richiesta di approfondimento dell'esame della stessa e delle risultanze già acquisite, è sufficiente a sorreggere l'ammissibilità della opposizione anche in mancanza di specifici suggerimenti probatori contenuti nell'atto stesso.³⁸

Il giudice delle indagini preliminari, poi, dovrà effettuare una duplice valutazione: in un primo momento, dovrà valutare la ammissibilità della opposizione ed in momento successivo dovrà effettuare una valutazione nel merito.

Quanto al primo profilo, il GIP secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ad avviso di chi scrive del tutto condivisibile, il GIP deve appunto limitare il giudizio di ammissibilità della opposizione ai profili di pertinenza e di specificità suddetti senza procedere a valutarne la capacità probatoria, non potendo anticipare a questa fase valutazioni di merito in ordine alla fondatezza o all'esito delle indagini suppletive indicate in quanto la opposizione è preordinata a sostituire il provvedimento *de plano* con il rito camerale.³⁹

Qualora, invece, la opposizione alla archiviazione proposta dalla persona offesa, in forza dell'articolo 410, comma II, c.p.p. sia inammissibile, il GIP dispone la archiviazione con decreto e restituisce gli atti al PM.

Fuori dai casi previsti dall'articolo 410, comma II, c.p.p., il giudice provvede a norma dell'articolo 409 commi II, III, IV e V, ma, in caso di più persone offese dal reato, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente.

È da rilevarsi, inoltre, che il diritto a ricevere l'avviso della richiesta di archiviazione è intrasmissibile, per cui l'intervento decesso della persona offesa, ad esempio, non com-

38 V. Cass. Pen., sez. VI, 2/12/1996, n. 3680, Vanenti in *Ced Cassazione* 1997 e prima Cass. pen. S.U., 14/2/1996, n. 2 Testa in *Cass. Pen.* 1996, 2168 con osservazioni di A. Nappi.

39 Cass. pen., sez. II, 2/3/2012, n. 8129.

porta la estensione del diritto al legittimo erede.⁴⁰

Preme, altresì, sottolineare che “l’avviso della richiesta di archiviazione spetta alla persona offesa anche quando l’archiviazione stessa sia richiesta per essere ignoto l’autore del reato (Cass, sez. I, 10/ 4/2008, n. 17823); così come la Corte Costituzionale ha affermato che qualora il PM avanzi richiesta di archiviazione al GIP relativamente ad un procedimento iscritto a modello 45 – atti non costituenti reato – la persona offesa che l’abbia richiesto ha diritto a ricevere l’avviso della richiesta. (Cass. sez. VI, 30/1/2008, n. 11051).⁴¹

In definitiva, si può affermare che la opposizione alla archiviazione da parte della persona offesa dal reato è uno strumento di fondamentale importanza esperibile dal titolare di un bene giuridico tutelato da una norma giuridica violata e risponde, da una parte, alla esigenza di ricostruzione delle vicende processuali conformemente ad una verità processuale che sia quanto più possibile vicina a quella storica, in evidente ossequio al dovere solidaristico di cui all’articolo 2 della Costituzione Italiana ed alla ineludibile esigenza di giustizia sociale; d’altra parte, essa costituisce, a parere di chi scrive, una estrinsecazione ed una indubbia garanzia dei fondamentali diritti di eguaglianza formale e sostanziale, ex articolo 3 della Costituzione, di tutte le parti protagoniste del procedimento penale dinanzi alla legge e dinanzi ad una autorità terza, indipendente ed imparziale la cui funzione principale non è certamente quella di sacrificare o far soccombere la libertà della persona umana, ma è quella di farsene indiscussa garante, in ossequio ai principi cardini sul giusto processo di cui all’articolo 111 e all’articolo 27 della Costituzione Repubblicana.

Stella Feroleto è laureata in Giurisprudenza, col massimo dei voti, presso la “Università Magna Graecia di Catanzaro”.

40 Sul punto v. Cass. pen., sez. VI, 24/10/2006, n. 28872; v. anche Cass. pen., sez. V, 2/7/2007, n. 31921.

41 V. L’OPPOSIZIONE, in Stefano Guadalupi, *Commentario sistematico al codice di procedura penale*, Piacenza, 2015, p. 78.

Stagista in magistratura presso il Tribunale (I sezione civile) di Catanzaro.

Sta, altresì, concludendo la Scuola per le Professioni Legali presso la “Università Magna Graecia” di Catanzaro.

Ha terminato la pratica forense in diritto fallimentare presso il foro di Catanzaro.

BIBLIOGRAFIA

S. Aduasio, *Opposizione alla richiesta di archiviazione: il gip è tenuto a valutare anche se tardiva*, in www.salvisjuribus.it, 3/9/2016;

E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 3589;

G. Angiolini, *Limiti al controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, in diritto penale contemporaneo*, 22/7/2014, p. 5;

G. Angiolini, *Limiti al controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, in diritto penale contemporaneo*, 22/7/2014, p. 13;

G. Angiolini, *Limiti al controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale, in diritto penale contemporaneo*, 22/7/2014, p. 14;

Cassazione Penale, sezione V, 28/10/1996, n. 4621;

Cassazione Penale, sezione VI, 2/12/1996, n. 3680;

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 14/2/1996, n. 2 Testa, in *Cass. pen.*, 1996, 2168 con osservazioni di A. Nappi;

Cassazione Penale, sezione VI, 27/5/1997, n. 1863;

Cassazione Penale, sezione V, 5/10/1998, n. 4139;

Cassazione Penale, sezione V, 18/10/2002, n. 35126;

Cassazione Penale, sezione VI, 18/9/2003, n. 38944;

Cassazione Penale, sezione II, 21/1/2004, n. 1640;

Cassazione Penale, sezione I, 25/5/2004, n. 23975;

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 31/5/2005, n. 22909;

- Cassazione Penale, sezione II, 2/2/2005, n. 231108;
- Cassazione Penale, sezione II, 27/5/2006, n. 10504;
- Cassazione Penale, sezione VI, 24/10/2006, n. 28872;
- Cassazione Penale, sezione V, 2/7/2007, n. 21921;
- Cassazione Penale, sezione VI, 15/10/2007, n. 37906;
- Cassazione Penale, sezione III, 23/6/2010, n. 32430;
- Cassazione Penale, sezione V, 19/1/2011, n. 1508;
- Cassazione Penale, sezione II, 2/3/2012, n. 8129;
- Cassazione Penale, Sezioni Unite, 28/11/2013, n. 4319, in *diritto penale contemporaneo*, 3/2/2014;
- Cassazione Penale, Sezioni Unite, 30/1/2014, n. 4319;
- Cassazione Penale, sezione II, 21/7/2016, n. 34029;
- Corte Costituzionale, n. 88 del 1991;
- Corte Costituzionale, 13 Maggio – 12 Giugno 1991 n. 263, in *ArchivioProc.Pen.*, p.199;
- Corte Costituzionale, 28 Gennaio – 15 Febbraio 1991, n. 88, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, p. 586;
- Corte Costituzionale, n. 263 del 12/6/1991;
- Corte Costituzionale, n. 255, del 1992;
- Corte Costituzionale, n. 176 del 18/5/1999;
- Corte Costituzionale, n. 37 del 3/2/2000;
- Corte Costituzionale, n. 114 del 2004;
- Corte Costituzionale n. 173 dell'11/6/2009;
- B. Cartillone, *obbligatorietà dell'azione penale*, in *www.biagiocartillone.it*, 8/1/2014, p.1 ss.;
- M. Cerati, *i registri penali*, in *www.certim.it*, gennaio-aprile 2000, p. 1 ss.;
- P. Corso, *le indagini preliminari*, in *Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti*, in *Procedura Penale*, Torino, 2014, p. 457 ss.;
- N. Galantini, *giusto processo e garanzia costituzionale nella formazione della prova*, in *diritto penale contemporaneo*, pp. 1 ss.;
- V. Garofoli, *dalla non considerazione di colpevolezza ex art. 27 Cost., alla regola dell'oltre ragionevole dubbio*, in *www.treccani.it*, pp. 1 ss.;
- V. Gomba, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2003, p. 63;
- G. Lauricella, in *diritto costituzionale alla difesa tra funzione di governo ed esercizio dell'azione penale*, 21/2/2011, pp. 2 ss.;
- G. Leo, in *diritto penale contemporaneo*, 8/7/2013, p. 1 ss.;
- S. Matera, *separazione delle carriere: perché non risolve la questione di Giustizia*, in *www.libertaegiustizia.it*, 4/12/2012, pp. 1 ss.;
- L'Opposizione, in *Commentario Sistematico al codice di procedura penale*, 2015, p. 78;
- A. Pizzorusso, *garanzia costituzionale dell'azione penale*, in *D. disc. Priv.*, 1992;
- C. V. Reuter, in *Le forme di controllo dell'azione penale*, Padova, 1994, p. 71;
- P.P. Rivello, *Opposizione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IX, Torino, 1995, p. 8 ss.;
- E. Stefani, in *il processo penale accusatorio*, Milano, 2001, p.108.
- E. Stefani, in *il processo penale accusatorio*, Milano, 2001, p. 125.