



JPs Working Papers - No.6

**IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELL'INCLUSIONE DELLA DIVERSITÀ
CULTURALE IN EUROPA E IN AMERICA LATINA.**

by Roberto Toniatti
(University of Trento, Professor
of Comparative Constitutional Law)

ISBN 978-88-8443-658-0

IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELL'INCLUSIONE DELLA DIVERSITÀ CULTURALE IN EUROPA E IN AMERICA LATINA: PREMESSE PER UNA RICERCA COMPARATA SUI RISPETTIVI MODELLI¹.

1. Introduzione.- 2. Il contesto costituzionale dello stato-nazione.- 3. Le premesse per una transizione verso un paradigma costituzionale inclusivo delle diversità culturali.- 4. Il paradigma inclusivo nelle fonti del diritto in Europa.- 4.1 Le fonti di diritto costituzionale.- 4.2 Le fonti di diritto internazionale regionale.- 4.3 Le fonti di diritto sovranazionale dell'Unione europea.- 5. Il diritto ctonio.- 6. Le premesse per una transizione verso un paradigma inclusivo in America latina.- 6.1 Le fonti di diritto costituzionale.- 6.2 Le fonti di diritto internazionale.- 7. Conclusioni.-

1. Introduzione.

Nel corso degli ultimi due decenni del secolo scorso si è marcatamente consolidata - con ritmi costanti, progressivi ed incrementali, accanto alla dinamica della globalizzazione e verosimilmente in rapporto di causa ad effetto rispetto a quest'ultima - una significativa crescita della (auto ed etero)consapevolezza circa la diversità culturale collettiva di vari gruppi all'interno di una aggregazione sociale più ampia, quest'ultima normalmente di natura statale e rappresentata come nazione, con l'effetto di incidere con effetti disaggregativi su quella simmetrica coincidenza fra stato e nazione e fra nazione e stato che non a caso si pone a fondamento della costruzione ideologica storico-politica dello stato-nazione e che risulta sempre meno agevole sostenere all'interno di un quadro prescrittivo.

Alla rilevanza culturale ed alla visibilità del fenomeno sociale, molto spesso tradotto, del resto, anche sul piano della rappresentanza politica, non poteva evidentemente non corrispondere un fenomeno giuridico, espresso dal consolidamento delle norme sul riconoscimento, sulla protezione e sulla promozione della diversità culturale nell'ambito della sfera del diritto costituzionale, del diritto sovranazionale e del diritto internazionale².

La materia, del resto, presenta premesse storiche (semplificando, di repressione ed emancipazione) ed ideali (ancora una volta semplificando, connesse all'eguaglianza formale e sostanziale e alla discriminazione diretta e indiretta) che non avrebbero potuto non trasferirne la dinamica di rivendicazione dal terreno del dibattito politico e sociale a quello dell'inquadramento giuridico e della garanzia giurisdizionale.

¹ Il presente lavoro è stato scritto nell'ambito della ricerca PRIN "Giurisdizione e Pluralismi" e costituisce una rielaborazione della comunicazione presentata al XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, svoltosi a Bogotá presso la Universidad Externado de Colombia nei giorni 16-18 settembre 2015. La comunicazione nella versione spagnola è stata pubblicata sul sito www.jupls.eu.

² Nondimeno, un processo di radicamento e di manifestazione del fenomeno giuridico in una pluralità di sedi normative e di forme giuridiche si era già in precedenza configurato soprattutto in fonti convenzionali di diritto internazionale prodotte nel contesto successivo alla fine della prima guerra mondiale e al superamento di imperi multinazionali come quello asburgico e quello ottomano.

Si tratta, come ben noto, di un fenomeno assai vasto ed articolato e ben radicato, altresì, nella diffusione di una attenta sensibilità verso la distinzione dell'identità individuale e di gruppo e nella maturazione di una compiuta consapevolezza circa la portata esistenziale della conduzione di una vita personale e sociale coerente con il proprio patrimonio identitario. La tutela dell'identità appartiene alla sfera complessa della dignità della condizione umana e si alimenta anche in ragione di una reazione almeno pari e contraria alla forza dei condizionamenti che in un passato molto recente (ma spesso ancora nell'attualità), con vari modi di restrizione e atteggiamenti, hanno perseguito l'obiettivo di negare, reprimere, cancellare, ridicolizzare, umiliare, marginalizzare, colpevolizzare le identità "diverse", "altre", "minoritarie", tanto più quanto più tali identità si rivelavano in grado di manifestare – nel tempo e nello spazio – una visione culturale che esprimesse un potenziale di ragionevole contestazione dei fragili dogmi oppressivi troppo spesso fatti propri dalla cultura di maggioranza (il riferimento al nazionalismo, al razzismo, al sessismo e a ogni fanatismo religioso o ideologico è di per sé eloquente).

Il fenomeno, inoltre, tanto nella sua dimensione sociale quanto nei suoi approdi giuridici, presenta il dato costante della concentrazione nel tempo, della dinamica incrementale della sua configurazione, della diffusione nello spazio globale, sia pure presentando tanto un nucleo duro condiviso e trasversale quanto anche specificità e differenziazioni che sollecitano il giurista ad un impegnativo compito di analisi, contestualizzazione e sistematizzazione.

All'interno di questo contesto si pone, dunque, il fenomeno concernente la diversità culturale e, per effetto delle tendenze sopra indicate e della loro idoneità ad incidere sui fattori di fondo di definizione degli ordinamenti giuridici e ad esprimere un disegno istituzionale innovativo, si determina la transizione costituzionale da un paradigma di negazione ed esclusione ad uno di riconoscimento ed inclusione³.

Evidentemente, non si tratta di una transizione che possa essere qualificata alla stregua di un evento puntuale bensì, piuttosto e necessariamente, come un processo, tendenzialmente radicato quanto all'*an* in una pluralità di ordinamenti ma ancora discontinuo ed articolato quanto al *quomodo*, al *quid* e al *quando*. Lo studio della materia attraverso l'applicazione del metodo comparato al complesso congiunto di profili comuni e di altri differenziati appare particolarmente adeguato e promettente,

³ Rinviamo a R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi e M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Il Mulino, Bologna, 1994, 273 e IDEM, *Minorities and Protected Minorities: Constitutional Models Compared*, in T. Bonazzi and M. Dunne (eds), *Citizenship and Rights in Multicultural Societies*, Keele University Press, London, 1995, 195 per l'elaborazione di quattro modelli ricostruttivi della disciplina destinata al fenomeno delle minoranze da parte degli ordinamenti della *western legal tradition* (il modello dello stato nazionalista repressivo, dello Stato nazionale liberale agnostico, dello Stato nazionale a vocazione multinazionale, dello Stato multinazionale paritario). Su tali modelli vedi anche F. PALERMO e J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 2° ed., Cedam, Padova, 2011.

tanto in una dimensione di macro-comparazione – che tenga conto di dati giuridici ordinamentali generali –, quanto di micro-comparazione, che ponga invece ad oggetto dell'analisi contenuti circoscritti ad uno o più istituti.

L'oggetto di questa riflessione concerne la configurazione di un nuovo paradigma costituzionale inclusivo delle minoranze nazionali in Europa e dei popoli indigeni in America latina.

La materia presenta evidenti dati strutturali comuni ma anche profili di differenziazione i quali non solo giustificano l'indagine ma ne valorizzano l'impostazione metodologica. In relazione al terreno della comunanza, ricordiamo la condivisione della tradizione giuridica di diritto codificato da parte dell'ordinamento degli stati e dunque la qualificazione sistemologica di base, il rilievo condizionante del modello organizzativo dello stato-nazione e dei suoi tipici fattori unificanti ed aggregativi, la disponibilità – in una fase recente - ad introdurre innovazioni *in subiecta materia* anche attraverso norme condivise di diritto internazionale (e, in Europa, sovranazionale) caratterizzando così, in virtù della transizione di paradigma costituzionale, la prevalenza un nuovo assetto costituzionale d'impronta pluralista, senza peraltro inibirsi il controllo dei relativi nodi giuridici ed istituzionali di fondo.

Rispetto a questo scenario condiviso di *mainstream constitutionalism* pluralista innovativo e in relazione ai due contesti qui rilevanti, si manifesta tuttavia una incisiva differenziazione, che si può agevolmente far discendere dalla natura del fattore distintivo fra minoranze nazionali europee e popolazioni indigene dell'America latina: tale *hecho diferencial*, infatti, è da ricondurre ai contenuti fondanti della rispettiva dimensione culturale antropologica e, nel caso latino-americano, si rivela portatore di innovazioni costituzionali tali da implicare necessariamente anche un mutamento di qualificazione sistemologica: infatti, mentre gli ordinamenti europei rimangono in un contesto (di gran lunga prevalente) di monismo giuridico, un buon numero di ordinamenti latino-americani viene invece ad acquisire una nuova caratterizzazione di (incipiente ma suscettibile di sviluppi importanti) pluralismo giuridico.

Si tratta – sia chiaro – di un tipo di pluralismo di tipo debole (secondo la nota bipartizione di John Griffiths)⁴, i cui margini di ammissibilità, cioè, dipendono dall'apprezzamento svolto da parte dell'ordinamento dello stato (il quale, insieme al monopolio dell'uso legittimo della forza, si proclama titolare, rivendica ed esercita anche il monopolio della legittimità)⁵ sicché, sul piano dell'effettività, è da ritenere che

⁴ Cfr. J. GRIFFITHS, *Journal of Legal Pluralism*, 1986, 3. Per un inquadramento del rapporto fra culture egemoni e diritto dei popoli subalterni in connessione con il pluralismo giuridico, R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, 75. Sulle dinamiche (storiche e contemporanee) di sviluppo del pluralismo giuridico, nella vasta letteratura, rinviando a B. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 2008, 375.

⁵ Per una trattazione radicale in proposito cfr. U. MATTEI and L. NADER, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Wiley-Blackwell, New York, 2008 (trad. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Bruno Mondadori, Milano, 2010).

continuino ad esistere istanze e prassi di pluralismo giuridico in senso forte che sfuggono non solo all'inclusione ma addirittura alla conoscenza ed al controllo da parte dello stato. E' pur vero che l'adozione del metodo negoziale fra stato e organizzazioni indigene circa la definizione degli spazi di autonomia giuridica da riconoscere e, rispettivamente, da rivendicare, induce a ritenere che si tratti di un processo ancora aperto e dall'esito non predeterminato, per cui quei margini potrebbero ancora espandersi (o anche comprimersi); ma rimane pur anche vero che in relazione a beni giuridici individuali (la vita, l'integrità corporale, la dignità) quali tipicamente garantiti dal diritto costituzionale liberale applicato, ad esempio, al diritto penale, il disegno istituzionale non appare volto a trarre ispirazione da un paradigma costituzionale inclusivo, mantenendo dunque in capo allo stato la potestà punitiva e la definizione della tipologia delle pene da applicare nelle fattispecie più gravi.

Si tratta, dunque, di un *paradigma inclusivo condizionato, relativo, parziale*, per lo più delineato nella forma e nel contenuto unilateralmente dallo stato nel rispetto dei valori costituzionali supremi della comunità nazionale unitaria il cui carattere supremo viene asserito anche nei confronti delle popolazioni indigene: occorre avvertire che nell'ambito della presente riflessione, la prospettiva da ultimo delineata non può essere valutata alla stregua di un paradigma inclusivo, in quanto fondata su di una applicazione semplicistica dell'eguaglianza formale in contrasto con l'ispirazione pluralista che esprime invece una concezione dell'eguaglianza sostanziale e rispetta, pertanto, la diversità anche nei suoi aspetti radicalmente inconciliabili con i valori della maggioranza. Il paradigma inclusivo della diversità in senso proprio, pertanto, proprio in quanto condizionato nei termini sopra indicati, esprime oggettivamente la risultante di una *mediazione culturale, politica e normativa* variamente apprezzabile secondo la sensibilità di chi opera la valutazione.

Nei prossimi paragrafi verranno delineati tanto il percorso storico comune quanto la rispettiva transizione di paradigma costituzionale per elaborare alcune osservazioni conclusive che tengano conto di come si articola l'assetto plurale conseguente e il disegno istituzionale di fondo.

Conviene segnalare sin d'ora, nondimeno, come la prospettiva dell'indagine sia quella di delineare due assetti normativi di riferimento distinti i quali, per un verso, condividono un'impostazione riduttiva e di matrice liberale secondo la quale oggetto della garanzia sono i "diritti delle minoranze" e i "diritti dei popoli indigeni" intesi però come i diritti *degli appartenenti* alle une ed agli altri, mentre, per l'altro verso, si distinguono a fronte di una distinzione secondo la quale i diritti dei popoli indigeni si convertono nel "diritto dei popoli indigeni", nel senso di diritto oggettivo, di famiglia giuridica propria e distinta da quella dello stato e che si presta anche ad essere applicata nelle forme del diritto personale; laddove, nel contesto europeo, di diritto oggettivo delle minoranze si potrebbe parlare solamente con riguardo all'individuazione *ratione*

materiae di un corpo normativo dello stato dedicato alle minoranze ovvero, ma solo in un senso molto indiretto e figurativo, nell'ipotesi in cui alle minoranze venga riconosciuto uno spazio istituzionale esclusivo di autogoverno territoriale.

In altre parole, negli ordinamenti dell'America latina la transizione costituzionale verso un paradigma inclusivo della diversità culturale comporta un concomitante percorso di transizione dal monismo al pluralismo giuridico (e giurisdizionale), mentre negli ordinamenti europei il superamento del monismo giuridico è molto contenuto – pur non mancando interessanti eccezioni - e qualitativamente diverso, nel senso che esso non va oltre il mero *pluralismo normativo*, quale configurabile in ogni sistema federale o decentrato a prescindere dal fattore culturale.

Ne consegue, da ultimo, che la transizione negli ordinamenti dell'America latina - ancora in corso, peraltro – comporta anche una transizione di famiglia o tradizione giuridica, segnatamente dalla famiglia dei sistemi di diritto codificato romano-germanico (o di *civil law*) a quella della vasta ed eterogenea famiglia dei sistemi giuridici plurali, ovvero, secondo la classificazione vigente, dei sistemi misti, o ibridi⁶.

E ne consegue, altresì, che si possa delineare niente più che una mera ipotesi evolutiva secondo la quale, in prospettiva, gli ordinamenti dell'Europa continentale e dell'America latina siano destinati ad allontanarsi sempre di più gli uni dagli altri, a meno che anche gli ordinamenti europei, in risposta alle difficoltà di integrazione della crescente popolazione di immigrazione extra-europea, non avviino un percorso di progressivo superamento del proprio monismo giuridico. In tale contesto, gli ordinamenti europei diverrebbero destinatari di un'inversione di direzione della dinamica di circolazione dei modelli che li ha sempre visti esportatori delle proprie esperienze verso orizzonti non europei.

Nel prossimo paragrafo si esaminerà la matrice comune che ha portato, tanto in Europa che in America latina, allo sviluppo del monismo giuridico contestuale al consolidamento dello stato-nazione, mentre nel paragrafo 4 si tratterà del quadro delle fonti e dei principali contenuti normativi concernenti le minoranze nazionali in Europa. Nel paragrafo 5 si procederà ad esporre alcuni tratti propri della tradizione di diritto ctonio che consentirà di apprezzare compiutamente, nel successivo paragrafo 6, la ricostruzione del processo di costituzionalizzazione del riconoscimento del diritto indigeno, anche come effetto delle fonti di diritto internazionale e della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo. Nel paragrafo 7, infine, si esporranno alcune considerazioni conclusive.

⁶ In merito rinviamo a V. PALMER, *Mixed Legal Systems. The Origin of the Species*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, 127; E. REIS, *Synthesis or Serendipity? The Case of Mixed Jurisdictions*, in *ibidem*, 147; V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge University Press, 2001; W. TETLEY, *Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)*, in *Uniform Law Review*, 1999, 591-619; 877-907, in <http://www.unidroit.org/leading-articles-uniform-law-review-2>.

2. Il contesto costituzionale dello stato-nazione.

Nel corso dei secoli XIX e XX, il costituzionalismo in Europa e in America latina ha sperimentato una marcata pluralità di forme e di contenuti, in relazione non solo alle dinamiche del regime politico che ne ha caratterizzato i distinti periodi storici – con riferimenti a fasi di liberalismo oligarchico, di cripto democrazia (o democrazia di facciata), di autentico autoritarismo e populismo – ma anche al percorso di consolidamento della stato-nazione.

Se l'ispirazione di fondo dell'organizzazione istituzionale si basava sull'idea per la quale ogni nazione dovesse avere uno stato – il *proprio* stato –, si affermava in realtà anche l'inverso, ossia che ogni stato dovesse avere una nazione – la *propria* nazione – ed una soltanto. Di conseguenza, tanto lo statismo quanto il nazionalismo si sono alimentati a vicenda e hanno congiuntamente giustificato la propria reciproca relazione ponendosi ora come giustificazione della ragion d'essere dello stato-nazione, ora come finalità della sua azione di governo⁷.

In tale contesto, il concetto di cittadinanza, in particolare, ha acquisito una configurazione tipica, unitaria e fondamentale nel rapporto fra l'individuo e lo stato, con l'eliminazione del rilievo pubblico di ogni altra formazione sociale di intermediazione, in coerenza con il rigore scaturito dal patrimonio ideologico ed assiologico della rivoluzione francese che si è affermato in Europa continentale ma anche, almeno indirettamente, in America latina. La cittadinanza individuale, inoltre, da un lato si affermava in quanto tale sotto il profilo del riconoscimento e della garanzia dei diritti fondamentali, ma, dall'altro, si esauriva nella dimensione collettiva, metastorica, uniforme, unitaria ed esclusiva della nazione, ovvero del popolo (ovvero della classe sociale, o anche della razza – in base al distinto presupposto ideologico del regime politico) identificati quali titolari della sovranità. La cittadinanza si configurava come premessa per l'imputazione uniforme ed indifferenziata delle situazioni giuridiche, con la tendenziale esclusione di aree di diritto personale a tutto vantaggio di una concezione

⁷ Per una chiara e sintetica ricostruzione rinviamo a R. CAMMARATA, *Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, 79 ss. In argomento, da menzionare un autorevole monito, il quale richiama “a judgement that the process of overcoming the subordination of whole communities entails recognition of their collective right to order their own affairs. In this sense, it is appropriate to talk of group rights or community rights, including the fundamental right to self-determination. *The most powerful enemy of self-determination is the modern state, which has its own culture and its own interests.* But if self-determination is elevated to the status of an unqualified right to dominate the community, other interests will undoubtedly be compromised – the interests of women, most obviously. There is also the question of the individual. Surely no-one should want to deny the right of an individual to shape his/her own life out of personal choice. Whatever the limitations of liberal jurisprudence, there is a core of individualist ethics which remains of crucial significance”, O. MENDELSON and U. BAXI, *Introduction*, in O. Mendelson and U. Baxi (eds), *The Rights of Subordinated Peoples*, Oxford University Press, Delhi, 1994, 7 (emphasis added).

rigorosamente territoriale (preferibilmente nazionale unitaria ma, in talune ipotesi – come, ad esempio, in Svizzera - anche secondo un disegno istituzionale federale).

La configurazione di tale dimensione richiedeva altresì il sostegno di ulteriori fattori di consolidamento, quali la *lingua* – necessariamente unica -, la *discendenza storica* – costruita con richiamo a miti fondativi del passato (anche con riferimento, ad esempio, ai confini “naturalisti” del territorio non meno che dell’identità culturale) proiettati nel futuro come ineludibile “comunità di destino” -, la *coesione nazionale* costruita anche in ragione degli eventi fondativi dell’unità dello stato e, persino, in certi contesti, la *religione* ufficiale di stato, anche se in questa prospettiva l’aberrazione (come oggi autenticamente ci appare) del principio “*cujus regio, ejus et religio*” era stata superata già agli albori della formazione dello stato-nazione post-westphalico.

Sul piano strettamente giuridico, è il codice civile – prima ancora che la Costituzione “politica” - che viene a rappresentare il monumento costitutivo dell’unitarietà ed esclusività dell’ordinamento. E dunque: la norma generale e astratta, il conferimento della giuridicità esclusivamente alle fonti normative dello stato, la preferenza per la legge e per gli atti normativi in generale quale manifestazione della volontà prescrittiva riconducibile al metodo politico di produzione del diritto e la conseguente marginalizzazione dei fatti normativi – quale, *in primis*, la consuetudine, normalmente legata ai territori e dunque tendenzialmente suscettibile di differenziazione -, l’uniformità e la territorialità del diritto, l’affermazione dell’eguaglianza formale rappresentano indicatori emblematici dell’emancipazione non solo della società dalle limitazioni proprie dell’*ancien régime* ma anche della stessa civiltà giuridica europea e di derivazione europea.

La dimensione della titolarità strettamente individuale dei diritti fondamentali – sia pure condizionata da quelle istanze nelle quali il godimento del bene giuridico richiede il suo esercizio collettivo (come nel caso, ad esempio, del diritto di sciopero ovvero dei diritti linguistici delle minoranze nazionali) – viene dunque ad essere uno dei paradigmi caratterizzanti la cultura giuridica di quella che spesso viene definita la *western legal tradition*, nozione interessante anche in ragione della sua idoneità a ricomprendere, accanto al diritto della famiglia romano-germanica dell’Europa continentale, la tradizione giuridica di *common law* dell’Inghilterra, dei Paesi del *Commonwealth*, delle ex colonie britanniche in generale nonché, evidentemente, degli Stati Uniti d’America.

Giova inoltre precisare come il paradigma costituzionale individuale equivalga altresì all’esclusione della dimensione collettiva o comunitaria a base *sociale*, salvo rare eccezioni, rappresentate significativamente soprattutto dalle organizzazioni religiose (o, talvolta, dalle organizzazioni sindacali). I diritti fondamentali si costruiscono dunque in chiave rigorosamente individuale in capo ai singoli i quali vengono sottratti ad ogni ulteriore qualificazione in ragione della loro adesione a gruppi di identità. Inoltre, l’ordinamento giuridico non esita, in continuità storica con il processo di codificazione nazionale, a contraddire le basi illuministe e razionaliste della definizione

universalistica dei diritti fondamentali dell'uomo per nazionalizzare e connotare con accenti diversificati anche questi ultimi, che non a caso si configurano storicamente come diritti del "cittadino" e non dell'individuo *tout court*, il quale – qualora privo della cittadinanza - non appartiene al corpo sociale tipico dello stato, ossia la nazione, o il popolo.

A tale inquadramento, del tutto prevalente nell'Europa occidentale, si sono in qualche misura sottratti gli ordinamenti dei grandi imperi a base multinazionale – l'impero asburgico, quello russo zarista, quello ottomano in relazione all'area balcanica – nei quali non a caso la cittadinanza era sempre integrata dall'ulteriore appartenenza ad una formazione nazionale, linguistica o religiosa e nei quali lo *status* dell'individuo era disciplinato da norme differenziate in ragione del collegamento stabile e non necessariamente volontario con corpi intermedi.

E' conseguente a tale ricostruzione del costituzionalismo europeo ma anche latino-americano - svolta con estrema sintesi – che gli ordinamenti che vi si richiamano vengano caratterizzati da un paradigma a vocazione esclusiva di tutti quei fattori che non siano riconducibili ai presupposti di omogeneità, unitarietà e uniformità postulati dallo stato-nazione.

3. Le premesse per una transizione verso un paradigma inclusivo delle diversità culturali.

Sino, *grosso modo*, alla seconda metà del secolo XX l'evoluzione degli ordinamenti degli stati-nazione europei e latino-americani ha dunque espresso e si è costruita sulla base di un paradigma costituzionale di portata eminentemente esclusiva rispetto alla dimensione comunitaria delle formazioni intermedie caratterizzate da una propria diversità culturale, con evidente omissione del riconoscimento della circostanza per la quale queste ultime – per quanto nell'esperienza d'antico regime si prestassero ad essere qualificate come incompatibili con l'emancipazione degli individui – possono altresì esprimere una dimensione di autorealizzazione e di adesione libera e volontaria da parte degli individui (come testimoniato dalla Costituzione italiana del 1948 con riguardo alle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", art. 2 e dalla Costituzione spagnola del 1978 in relazione a "*la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra*", art. 9). Di segno opposto era stato il disegno marxista-leninista di emancipazione delle classi sociali subalterne, a discapito dell'emancipazione degli individui, ma con la riproposizione in chiave autoritaria della dimensione unitaria ed uniforme del proletariato.

Il pluralismo *delle e nelle* democrazie costituzionali liberali si affermava in relazione alla dimensione religiosa (sia pure non senza residui confessionali e radicate diffidenze nei confronti di taluni culti), alla dimensione politica (benché la garanzia costituzionale della funzione dell'opposizione sia spesso solo indiretta e, peraltro, comprensibilmente,

non sia estesa ai partiti anti-sistema), alla dimensione sociale (soprattutto con il consolidamento della forma di stato sociale interventista). Ma nessuna di queste dimensioni del pluralismo produceva effetti incisivi sui fattori dell'unitarietà nazionale e dell'ordinamento giuridico imperniato (sempre meno) sul cardine codicistico, tanto è vero che sia in Europa sia in America latina – per quanto con inevitabili distinzioni - si affrontavano percorsi impegnativi come quelli dell'integrazione sovranazionale e della tutela giurisdizionale internazionale dei diritti fondamentali.

E' dunque nel corso della seconda metà del secolo XX che, in base ad una serie di concause – che sarebbe interessante approfondire in altra sede e con il contributo anche di scienze sociali diverse dal diritto -, tanto in Europa quanto in America latina appare e si viene progressivamente sviluppando e rafforzando un diverso ed anzi contrapposto paradigma costituzionale, di portata inclusiva delle diversità culturali, evidentemente in relazione al rispettivo fenomeno sociale oggettivo quale è dato verificare in ciascuno dei due ambiti continentali in ragione delle differenziazioni di natura storica e sociale che hanno caratterizzato il contesto formativo dello stato nazione: in America latina il fenomeno in parola è da ricondurre alle popolazioni indigene, mentre in Europa esso si manifesta soprattutto con riguardo alle minoranze linguistiche e/o nazionali, popolazioni dal profilo analogo a quello dei popoli indigeni latino-americani potendosi individuare solo con riguardo alle popolazioni Sami che vivono nei territori settentrionali degli Stati nordici (Norvegia, Svezia, Finlandia, Russia), nonché, pur con caratteri del tutto loro peculiari, alle popolazioni Roma e Sinti. Pur con questa necessaria precisazione, occorre avvertire che nella prosecuzione di questa relazione si farà riferimento solo alle minoranze linguistiche e nazionali dell'Europa che per intensità del fenomeno e per vocazione alla formalizzazione di un paradigma costituzionale *ad hoc* – benché non sotto il profilo della qualificazione antropologica – vengono fatte artificialmente corrispondere alle popolazioni indigene dell'America latina.

4. Il paradigma inclusivo nelle fonti del diritto in Europa.

Giova a questo punto dell'esposizione volgere lo sguardo all'apparato normativo positivo al quale si è fatto ripetutamente riferimento, osservando come esso risulti dalla convergenza di norme interne agli stati e di norme metastatali, che hanno l'evidente obiettivo di rendere omogeneo il disegno istituzionale della transizione al paradigma costituzionale inclusivo, anche in ragione di un rapporto di compatibilità con le istanze sovranazionali ed internazionali. L'operazione avrà ad oggetto il dato normativo formale, nella consapevolezza della circostanza per la quale esso, se di per sé non garantisce l'effettività, ne rappresenta pur sempre la premessa in quanto formalizzazione di una volontà politica costituente e/o legislativa nel diritto interno e sovranazionale ovvero di una volontà pattizia nel diritto interazionale.

4.1. Le fonti di diritto costituzionale.

Nell'Europa occidentale - accanto al consolidato e risalente pluralismo linguistico (e religioso e culturale) connesso all'assetto (con)federale della Svizzera -, a lungo il riconoscimento costituzionale delle minoranze nazionali è stato limitato al Belgio (che, a partire dal 1993, ha intrapreso l'esperienza federale realizzando un modello originale di articolazione in Comunità linguistiche preposte a materie personali e sociali e individuate in base alla rispettiva lingua (fiammingo, francese e tedesco) e in Regioni, poste a capo delle politiche economiche e di sviluppo del territorio), alla Finlandia (*in primis* per la minoranza di lingua svedese), all'Italia (solo in virtù della Costituzione democratica del 1948 e non senza la coincidente vigenza di obbligazioni di diritto internazionale risultanti dal trattato di pace del 1946). In Italia, in particolare, la scelta terminologica riferisce la tutela alle minoranze *linguistiche* (dunque né nazionali, né etniche) e una legge ordinaria di riconoscimento delle (quattordici) minoranze linguistiche *storiche* (con conseguente persistente esclusione delle popolazioni Rom e Sinti) è stata emanata solo nel 1999. Nel frattempo, la fine della dittatura franchista travolgeva anche l'impianto nazionale rigorosamente unitario della Spagna e si riconosceva – con una ricerca di equilibrio non priva di ambiguità – che “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*” (art. 2).

Tuttavia, è soprattutto con la caduta del muro di Berlino che il mosaico delle diversità culturali dell'Europa centrale e orientale e poi dell'Europa balcanica – risalenti alle passate esperienze plurinazionali e ibernata nel periodo comunista - si è manifestato in tutta la sua consistenza, andando fra l'altro a scontrarsi con il nazionalismo delle maggioranze (libero di manifestarsi una volta venuto meno il controllo unificante e uniformante del regime comunista), creando situazioni di tensione e violenza volte anche ad una ridefinizione dei confini statali (come nel caso dello scioglimento consensuale della federazione cecoslovacca ma anche dello smembramento drammatico della Jugoslavia e, da ultimo, alla costituzione del Kosovo)⁸. Questa nuova situazione è

⁸ La materia è stata oggetto di approfondimento in altri lavori: cfr. R. TONIATTI, *Minoranze (diritti delle)*, voce *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1996, 173; IDEM, *Identità, eguaglianza e azioni positive: profili e limiti costituzionali della rappresentanza politica preferenziale*, in S. Scarponi (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di “quote” al vaglio di legittimità*, Trento, 1997, 56; IDEM, *Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, 17; IDEM, *Pluralismo e autodeterminazione delle identità negli ordinamenti culturalmente composti: osservazioni in tema di cittadinanza culturale*, in E. Ceccherini e M. Cosulich (a cura di), *Tutela delle identità culturali, diritti linguistici e istruzione. Dal Trentino-Alto Adige/Südtirol alla prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2012; nonché R. TONIATTI, M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, Giappichelli, 2008; R. TONIATTI, L. MONTANARI, J. WOELK, *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010.

stata governata con strumenti di diritto costituzionale interno e di diritto internazionale, nonché con ricorso anche a fonti di *soft law*.

Quest'ultimo riferimento è alla Carta di Parigi per una nuova Europa del 1990 (posta a fondamento dell'istituzione dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione europea, OSCE), nella quale i capi di stato e di governo partecipanti alla Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) hanno affermato, fra l'altro, che “la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales será protegida y que las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen el derecho de expresar, preservar y desarrollar libremente esa identidad sin discriminación alguna en plena igualdad ante la ley”; ma anche alla successiva Dichiarazione di Vienna degli stessi attori i quali nel 1993 hanno affermato che “la protección de las minorías nacionales es esencial para la estabilidad y la seguridad de la democracia en nuestro continente”.

Ma è soprattutto alle norme di diritto costituzionale e di diritto internazionale regionale che si fa affidamento.

Nel primo caso, si assiste – anche attraverso attività di consulenza e sostegno tecnico ai processi costituenti e di attuazione costituzionale, quali svolte ad esempio dalla Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto (la c.d. Commissione di Venezia) del Consiglio d'Europa e quali le forme non troppo dissimulate di condizionalità da parte dell'Unione Europea – al recepimento formale del paradigma costituzionale inclusivo nei confronti delle minoranze nazionali il quale, fra l'altro, consente anche di giurisdizionalizzare la gestione dei conflitti e diminuirne la portata potenzialmente eversiva del nuovo ordine europeo.

E' da porre in evidenza, in particolare, l'uso differenziato di termini quali “nazione”, “popolo”, “cittadini” quanto a titolarità ed esercizio del potere costituente e delle funzioni politiche e, implicitamente, da un lato, l'esclusione dell'assimilazione (non volontaria) e, dall'altro, il riconoscimento di diritti individuali ad esercizio collettivo – quali, tipicamente, i diritti linguistici - che, anche senza una necessaria e conseguente elevazione della minoranza a gruppo con personalità giuridica (di diritto pubblico), tende ad impedire la formazione di un corpo separato all'interno dello stato.

A titolo di esempio, si può citare la Costituzione della Polonia del 1997: benché l'art. 4 imputi alla “nazione” tanto la titolarità quanto l'esercizio del potere supremo, l'art. 1 afferma invece che “La República de Polonia constituye el bien común de todos sus ciudadanos” con riferimento, dunque, al concetto unitario espresso da “tutti i suoi cittadini”; e nell'art. 35.1 garantisce “a los ciudadanos polacos que pertenezcan a una minoría nacional o étnica la libertad de mantener y desarrollar su propia lengua, de mantener sus costumbres y tradiciones, y de desarrollar su propia cultura”; e al 35.2 precisa altresì che “(2) las minorías nacionales y étnicas tendrán derecho a establecer instituciones educativas y culturales, instituciones diseñadas para proteger la identidad

religiosa, así como para participar en la resolución de los asuntos relativos a su identidad cultural”.

Ancora più significativa è la Costituzione della Slovenia del 1991, che all’art. 3 afferma che lo Stato appartiene “a todos sus ciudadanos”, che “el poder reside en el pueblo”, che “los ciudadanos ejercitan este poder directamente y por medio de las elecciones” benché l’art. 1 stabilisca altresì che lo Stato “se funda en el derecho permanente e inalienable de la nación eslovena a la autodeterminación”. Il successivo art. 5 (“protegerá y garantizará los derechos de las comunidades nacionales autóctonas italiana y húngara”), che opera un riconoscimento della dimensione comunitaria delle minoranze, letto congiuntamente con le disposizioni sopra citate esprime un ragionevole equilibrio costituzionale fra le esigenze dell’unità nazionale tradizionale e il paradigma inclusivo rivolto alle minoranze.

Altrettanto può osservarsi nel caso della Costituzione della Slovacchia del 1992, nel cui Preambolo, “reconociendo el derecho natural de las naciones a la autodeterminación”, si afferma l’esercizio del potere costituente da parte della nazione slovacca “junto a los miembros de las minorías nacionales y grupos étnicos que viven en el territorio de la República Eslovaca” (i quali, pertanto, della “nazione slovacca” non fanno evidentemente parte pur venendo ammessi idealmente a partecipare all’esercizio del potere costituente) e si conclude con la proclamazione dell’adozione della Costituzione da parte de “los ciudadanos de la República Eslovaca”; infine si procede ad una elencazione molto dettagliata dei loro diritti nella Parte IV della Costituzione (intitolata “Los derechos de minorías nacionales y de grupos étnicos”): l’art. 34 stabilisce che “(1) Los ciudadanos que pertenezcan a una minoría nacional o grupo étnico en la República Eslovaca tienen garantizado su desarrollo completo, particularmente, el derecho a desarrollar, junto con otros miembros de su minoría o grupo, su propia cultura, a difundir y recibir la información en su lengua materna, a asociarse en asociaciones nacionales de minorías, a establecer y mantener instituciones educativas y culturales. Disposiciones más detalladas estarán previstas en la ley. (2) Además del derecho a aprender la lengua oficial, los ciudadanos que pertenezcan a las minorías nacionales o los grupos étnicos, tienen también garantizado, en las condiciones establecidas en la ley: a) el derecho de ser educado en su lengua, b) el derecho de utilizar su lengua en las comunicaciones oficiales, c) el derecho de participar en la toma de decisiones en las materias que afecten a las minorías nacionales y los grupos étnicos”.

Occorre anche ricordare, nondimeno, sia il rafforzamento della dimensione individuale (ad esempio nell’art. 12, in base al quale (3) “Todos tienen derecho a decidir libremente a qué grupo nacional pertenecer. Se prohíbe cualquier forma de influencia o de presión que puede afectar o inducir a renunciar a la nacionalidad original de una persona”.), o nell’art. 33, il quale prescrive che “ “la pertenencia de una persona a una minoría nacional o un grupo étnico no puede ir en su perjuicio”, sia il limite di fondo della tutela minoritaria, in base al quale (art. 33.3) “el ejercicio de los derechos de los ciudadanos que pertenezcan a las minorías nacionales y los grupos étnicos que están

garantizados por esta Constitución no puede conducir a una amenaza a la soberanía y la integridad territorial de la República Eslovaca ni a la discriminación de otra población”.

Norme di tenore analogo si possono ritrovare anche nell'Europa balcanica come, ad esempio, nella Costituzione dell'Albania (art. 3), della Croazia, dove si introduce il concetto di “igualdad nacional (art. 3) fra i “valori superiori” dell'ordinamento; della Serbia, dove si afferma che lo stato appartiene al popolo serbo e a tutti i cittadini che vivono in esso. In altre parole, benché sul piano dell'effettività storica vi sia ancora da affrontare un cammino lungo e non agevole, anche negli ordinamenti balcanici - nei quali più violento e tragico è stato il risorgere del nazionalismo e dove si sono attuate autentiche politiche di pulizia etnica -, il paradigma costituzionale formale dell'inclusione delle diversità culturali è stato accolto nel testo delle rispettive leggi fondamentali, a conferma dell'esistenza di un terreno comune nel costituzionalismo dominante europeo.

Quest'ultima circostanza – oltre che la necessità di corrispondere all'esigenza di garantire la sicurezza democratica compromessa dai conflitti fra ordinamenti e minoranze - trova riscontro nella predisposizione di fonti normative *ad hoc* a cura del Consiglio d'Europa.

4.2. Le fonti di diritto internazionale regionale.

Come già anticipato, un significativo contributo di omogeneizzazione alla tutela delle minoranze nazionali è rappresentato da una fonte di diritto internazionale regionale, segnatamente il Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa del 1995 (in rapporto di complementarità funzionale con la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias)⁹.

In proposito è importante menzionare soprattutto alcuni dati dell'architettura normativa di fondo: in primo luogo, occorre ricordare che la garanzia internazionale viene collocata “dentro del imperio de la ley y del respeto hacia la integridad territorial y la soberanía nacional del Estado” (come precisato nel Preambolo); in secondo luogo, che in virtù di tale fonte di diritto internazionale regionale, la protezione delle minoranze nazionali entra a far parte a pieno titolo della cooperazione internazionale nel campo della tutela dei diritti dell'uomo (art. 1); in terzo luogo, che si prescrivono sia un

⁹ Per una visione di sintesi cfr. S. LARICCIA, *Minoranze in Europa*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., V, 2001, 762.

generale principio di divieto di politiche di assimilazione non volontaria¹⁰ sia un atteggiamento di fondo ispirato al dialogo interculturale¹¹.

Tuttavia, un aspetto cruciale da sottolineare è l'ambiguità di fondo della Convenzione quadro che, pur riferendosi alla protezione “de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías”, presenta in realtà un impianto di tutela rigorosamente su base individuale, come evidenziato anche dall'art. 3.1 secondo il quale “toda persona perteneciente a una minoría nacional tendrá derecho a elegir libremente ser o no tratada como tal y el ejercicio de esa opción y de los derechos relacionados con la misma no dará lugar a ninguna desventaja” e dall'art. 3.2 che non va oltre la previsione di un esercizio collettivo dei diritti contenuti nel testo (“2 Las personas pertenecientes a minorías nacionales podrán ejercitar, tanto individualmente como conjuntamente con otras, los derechos y libertades derivados de los principios consagrados el presente Convenio marco”).

La Convenzione quadro fa, inoltre, ripetuto riferimento a clausole condizionali (ad esempio, “Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario”, art. 4; “En las zonas geográficas habitadas tradicionalmente o en número considerable por personas pertenecientes a minorías nacionales. cuando estas personas lo soliciten y dicha solicitud corresponda a una necesidad real”, art. 10; “En caso necesario, las Partes tomarán medidas”, art. 12) che rinviano a verifiche del tutto vaghe ed imprecise l'opportunità di attivare alcune tutele, che rimangono in ogni modo sottratte ad ogni forma di controllo giurisdizionale. In sintesi, il giudizio sui contenuti di garanzia offerti dalla Convenzione quadro non può non essere realisticamente negativo – benché occorra rammentare che l'obiettivo della Convenzione stessa è di garantire un livello minimo di protezione -, salvo però valutare in modo del tutto positivo il fatto in sé dell'adozione della Convenzione stessa come indicatore autorevole di mutamento di paradigma costituzionale europeo, come suggerito anche dall'emersione del tema “minoranze nazionali” nel contesto del diritto dell'Unione Europea, dunque nel contesto dell'ordinamento sovranazionale¹².

¹⁰ Cfr. infatti l'art. 5.2: “Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación”.

¹¹ Cfr. in tal senso l'art. 6.1: “Las Partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural, y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa, en particular en los campos de la educación, de la cultura y de los medios de comunicación”.

¹² Per interessanti osservazioni sul sistema (non giurisdizionale) di vigilanza sull'applicazione della Convenzione quadro cfr. M. WELLER (ed.), *The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, European Centre for Minority Issues, University of Cambridge, Oxford University Press, 2005,6; e P. THORNBERRY and M.A. MARTIN ESTEBANEZ, *Minority Rights in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2004, 269. Per una elaborazione del concetto di “co-nation” (che rievoca la *plurinación* boliviana) come equivalente funzionale (ma non privo di ambiguità) di minoranza nazionale idoneo a conferire uno *status* di eguaglianza cfr. T. H. MALLOY, *National Minority Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, 49.

4.3. Le fonti di diritto sovranazionale dell'Unione europea.

Il fenomeno sociale del pluralismo culturale nell'Unione Europea assume connotati propri e articolati che giova pertanto chiarire nella loro complessità: in primo luogo, osserviamo che l'Unione, in tanto in quanto presenti i caratteri di un ordinamento composto sia dal punto di vista territoriale sia da quello culturale e linguistico, può definirsi come un ordinamento geneticamente plurale, in relazione, evidentemente, agli stati membri ed alla rispettiva storia. Ricordiamo in proposito come non solo il preambolo del trattato UE (nel quale, fra le motivazioni costituenti, si indica il proposito di “intensificare la solidarietà tra i [...] popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni”) ma anche numerose prescrizioni contenute nel testo - fra le quali riveste particolare rilievo il principio di eguaglianza fra gli stati membri dei quali l'Unione deve rispettare l'identità nazionale “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional” (art. 4) - testimonino un disegno istituzionale caratterizzato dal recepimento del paradigma inclusivo delle diversità culturali riconducibili agli stati membri.

In altre parole, l'ordinamento dell'Unione Europea è geneticamente plurale e inclusivo in relazione alle diversità culturali e linguistiche dei popoli che la compongono; in ragione della relativa condizione di eguaglianza, nondimeno, se, da un lato, sarebbe improprio individuare – sul piano giuridico ed istituzionale – un rapporto di (una) maggioranza e (molte) minoranze e se – nel linguaggio corrente – si fa spesso riferimento ad un'Europa nella quale ciascun popolo è una minoranza, in una prospettiva sistematica si deve optare per una definizione dell'Unione Europea quale ordinamento propriamente plurinazionale.

Ma il fenomeno sociale qui rilevante si articola in una seconda realtà, ossia quella per la quale nell'Unione Europea si configura anche un multiculturalismo derivato dagli Stati membri e con questi ultimi condiviso: le minoranze nazionali all'interno degli stati membri sono così, indirettamente, anche minoranze all'interno dell'ordinamento eurolunionale: è precisamente con allusione a questa dinamica innovativa che si può parlare di un processo di emersione delle minoranze nazionali degli stati membri nel diritto dell'Unione. Ed è a questo riguardo che nel trattato UE si sono poste norme *ad hoc*: in *primis*, l'art.2 del trattato istitutivo dell'Unione Europea nel testo adottato con il trattato di Lisbona¹³.

In materia si può fare riferimento anche all'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea (“*La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y*

¹³ Così recita il testo: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”).

linguistica”), benché ancora privo di una interpretazione applicativa da parte dei giudici dell’Unione¹⁴.

Queste norme si applicano altresì alla terza dimensione del multiculturalismo dell’UE, derivato dagli stati membri e con questi condiviso, in relazione al fenomeno dell’immigrazione. Se è vero che, in rapporto a questa nuova esperienza di multiculturalismo si possono virtualmente applicare le norme qui sopra richiamate, è anche vero che a riguardo sarebbe superficiale parlare della formalizzazione di un paradigma costituzionale inclusivo. La notazione, peraltro, non è marginale in quanto si tratta di un autentico deficit di inclusività rispetto ad un fenomeno – quello migratorio – che non è di certo provvisorio ma, anzi, o per antico insediamento confermato da successive generazioni di immigrati (culturalmente minoritari in modo strutturale, ancorché titolari della cittadinanza dello stato di residenza e dunque anche cittadini dell’UE), ovvero per progetto di insediamento di lungo periodo si conferma essere un connotato permanente della società europea. Rispetto a questa realtà, al massimo si può dire che esistono indizi di una dinamica evolutiva anche se lenta e non priva di contraddizioni.

5. Il diritto ctonio.

Come già indicato - e come indirettamente confermato dalla notazione circa il deficit di inclusione delle diversità culturali di cui è portatrice soprattutto la popolazione immigrata nell’UE, che potremmo definire come diversità culturale “esterna” -, alla radice della distinzione del rispettivo paradigma costituzionale inclusivo europeo e latino-americano si pone la qualificazione antropologica che caratterizza il contesto culturale delle rispettive identità minoritarie: nell’esperienza europea il fenomeno più significativo è rappresentato dalle minoranze linguistiche e nazionali, mentre in quella latino-americana dalle popolazioni indigene.

Se, dunque, per un verso, in entrambi i casi si può agevolmente parlare di minoranze a prescindere dalla consistenza strettamente numerica dei gruppi direttamente interessati - in quanto, come nel caso delle differenze di genere, si tratta di una condizione minoritaria coincidente con la marginalità e debolezza strutturale rispetto ai profili definitori principali della cittadinanza nazionale -, per l’altro verso di minoranze si può e si deve parlare con riguardo ad una differenziazione che è tutta di natura qualitativa e si connette, in particolare, ad un passato di repressione seguito da lunghi periodi di marginalizzazione, sì da motivare l’adozione di un concetto di “iperminoranza” riferito

¹⁴ Per una trattazione in materia cfr. L. TRAPASSI, *Minoranze (dr. Unione Europea)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, 2013. Sull’art. 22 cfr. C. PICIOCCHI, *L’identità culturale e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2002, 119.

a “quei gruppi che sono senza dubbio, in un certo territorio ed in un dato tempo, vittime di discriminazione e spesso anche di repressione”¹⁵.

Mentre nel caso europeo il paradigma innovativo consiste soprattutto nel passaggio dalla esclusione del singolo in quanto componente di un gruppo minoritario (benché si potesse verificare l’inclusione effettiva del cittadino a titolo indifferenziato e dunque senza ulteriore qualificazione) all’inclusione dell’individuo a titolo indifferenziato – nonché, in talune ipotesi, all’inclusione dell’individuo a titolo differenziato, ossia proprio in ragione della sua appartenenza al gruppo, in un contesto di tipo promozionale (*affirmative action*) - nel caso latino-americano le condizioni oggettive di vita portano a riconoscere, per il passato anche recente, una esclusione totale di fatto.

Sotto il profilo giuridico, in entrambi i casi il paradigma esclusivo poteva valutarsi alla stregua di una discriminazione indiretta o di fatto. In altre parole, fatta eccezione per il fattore distintivo (*el hecho diferencial*), ossia prevalentemente l’identità linguistica, le condizioni di vita (dei componenti) della minoranza linguistica o nazionale europea - dallo stile di vita, all’adattamento ai criteri generali di condotta, alla forme di alfabetizzazione e di socializzazione – sono del tutto analoghe e corrispondenti a quelle (dei componenti) della maggioranza.

Ben diversa e diversamente connotata è invece la situazione di vita del componente un popolo indigeno, la cui cosmogonia – che si riflette sul sistema di valori, sui presupposti di fondo del vivere individuale e sociale, sui criteri di comportamento della vita quotidiana, sui modi del rapportarsi con se stessi, con gli esseri viventi e la natura, sulle concezioni generali della vita e della morte – presenta caratteri, forme e contenuti del tutto differenziati e propri.

Questa circostanza distintiva non rimane circoscritta in una dimensione culturale astratta e virtualmente separata dal vivere quotidiano ma si proietta sull’intera esistenza e anche sul piano propriamente giuridico: la cosmogonia indigena produce il proprio diritto, un diritto originale, un diritto equivalente alla *legge dell’equilibrio naturale*, un diritto che pertanto non appartiene all’uomo più di quanto non appartenga alla terra, ed anzi alla natura in generale, un diritto del quale l’uomo non può disporre in quanto non gli appartiene ma al quale deve adeguarsi in quanto è l’uomo che appartiene al diritto in tanto in quanto il diritto sia tutt’uno con la legge della natura.

Si tratta, evidentemente, dei caratteri propri del diritto ctonio – una delle tradizioni giuridiche note alla sistemologia giuridica, accanto al diritto codificato dell’Europa continentale, al *common law* inglese, al diritto religioso rivelato. Dunque un “sistema”, ossia un complesso articolato di valori, di norme tradizionali e regole consuetudinarie

¹⁵ Cfr. *amplius* sul concetto e sulle sue manifestazioni storiche G. POGGESCHI (a cura di), *Le iperminoranze*, Pensa Editore, Lecce, 2012. In relazione all’America latina cfr. A. Tomaselli, *Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibrismi tra costruzioni costituzionali e standard internazionali*, *ibidem*, 21.

che non si distinguono fra loro in ragione di una rispettiva riconducibilità ad una diversa sfera dell'esperienza umana – diritto, morale, economia, socialità – che è stato autorevolmente così definito da uno dei maggiori giuristi comparatisti, “Since there are no (well, few) formally designated actors in chtonic law there is no one whose activity can readily be designated as law. Law is thus not command, or decision, and can be found only in the bran-tub of information which guides all forms of action in the chtonic community. Does everything in the tradition constitute law? Western lawyers would probably say no to his question; chtonic people would probably not be very interested in trying to answer it. So the law that we know is in there, in the chtonic tradition, is all mixed up with other things – how to cook, how to catch rabbits and deer, how to behave to one's family (in a very large sense), how to be honourable. We can't be too precise on this. *It just doesn't matter* [...] Chtonic law is thus inextricably interwoven with all the beliefs of chtonic and indigenous peoples and is inevitably, and profoundly, infused with all those other beliefs. If there is chtonic law, and there is, you cannot understand it without understanding other things. There is no separation of law and morals, no separation of law and anything else”¹⁶.

Il diritto ctonio, sia nella sua manifestazione di *genus*, ossia quale tradizione giuridica autonoma, sia nella pluralità delle sue epifanie di *species* – tanto plurali quante sono le singole comunità autoctone –, costituisce dunque una rappresentazione ineludibile dell'identità culturale diversa riconducibile ai popoli indigeni in maniera e in misura non distinta dall'insieme della visione del mondo e del suo patrimonio assiologico. Ne consegue che risulterebbe intrinsecamente inadeguato ogni orientamento che pretendesse di costruire un paradigma inclusivo della diversità culturale dei popoli indigeni che non comprendesse in sé anche la dimensione giuridica e giurisdizionale, inseparabile dal tutto.

Sicché è solo conseguente che la dinamica che ha portato ad abbandonare la logica ‘protezionista’, prima, e la logica ‘integrazionista’, poi, abbia più di recente condotto al riconoscimento non solo dei *diritti* in senso soggettivo – come già sopra indicato – bensì del *diritto* in senso oggettivo dei popoli indigeni¹⁷, in conformità ad una logica

¹⁶ Cfr. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 5th ed., Oxford University Press, 2014, 72. Sulla necessità per il giurista di accedere ad una concezione del diritto non circoscritta al “Westphalian Duo” si legga W. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, in particolare là dove si osserva che “A picture of law in the world that focuses only on the municipal law of nation states and public international law would for many purposes be much too narrow. For example, it is difficult to justify omitting Islamic law or other major traditions of religious law from such a picture. Yet, to include only those examples of religious law or custom officially recognised by sovereign states (state legal pluralism) would be seriously misleading”, 362.

¹⁷ La dinamica è stata efficacemente rappresentata in tali termini, in modo da porre in evidenza come sia “giunto a maturazione un passaggio fondamentale nell'impostazione dei cultori del diritto: l'attenzione è passata dapprima dall' ‘indígena’ agli ‘indígenas’, successivamente dagli ‘indígenas’ al ‘pueblo indígena’, da S. LANNI, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America latina*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, 161.

inclusiva¹⁸. A ben vedere, in proposito, occorre precisare che la prima prospettiva, in quanto del tutto funzionale ad una concezione di origine europea, può ritenersi non solo inadeguata ed insufficiente ma addirittura inesistente nella percezione indigena; così come il complesso della cultura indigena - inclusivo, ovviamente, dei suoi strutturali contenuti giuridici e giurisdizionali – corrisponde all'unica dimensione percepibile e percepita da parte indigena. In tale contesto, è di particolare interesse la traduzione concettuale da una tradizione giuridica all'altra: la cultura giuridica occidentale, infatti, non riesce ad astenersi dall'articolare il diritto in senso oggettivo dei popoli indigeni in una pluralità di situazioni giuridiche di tutela che possano avere un significato preciso in base alle proprie categorie le quali, a loro volta, potrebbero in astratto venire applicate anche alle minoranze nazionali in Europa, di certo in tanto in quanto abbiano un contenuto patrimoniale¹⁹.

In altre direzioni, l'enunciato che esprime la formalizzazione del diritto ctonio in un testo normativo di stile occidentale è invece difficilmente traducibile in senso propriamente (ossia, conforme alla cultura giuridica occidentale) giuridico: è il caso dei concetti del 'buen vivir' e del 'bien estar colectivo'²⁰ formalizzati nelle Costituzioni dell'Ecuador e della Bolivia, dei quali – al di là dell'apprezzamento per la loro forza evocativa e suggestiva di memorie mitologiche ed immagini utopiche - occorre verificare e misurare la prescrittività e l'effettività anche sul piano dell'interpretazione e applicazione giurisprudenziale.

¹⁸ Emblematica in tal senso è l'evoluzione testuale della Costituzione argentina: nel testo del 1853 si attribuiva all'organo parlamentare il compito di "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67); mentre la revisione del 1994 (art. 75, n. 17) ha previsto invece che sia compito istituzionale

"reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

¹⁹ Si è infatti osservato: "Il semplice raffronto con la 'cultura' e il 'diritto' dominante, vale a dire con quello di matrice occidentale, pone in luce un 'nucleo di diritti fondamentali' dei popoli indigeni, il quale di per sé strida con le impostazioni e le concezioni del primo: ciò accade in particolare per quanto concerne la proprietà indigena, l'uso dei beni comuni, il diritto alle proprie forme di sviluppo e benessere, il riconoscimento della natura come soggetto di diritto", in S. Lammi, *op. cit.*, 165.

²⁰ In proposito si è scritto che tali concetti "rivelano una chiara presa di consapevolezza da parte del legislatore ecuadoriano: la natura forma parte delle visioni ancestrali radicate nell'armonia integrale tra gli uomini e la natura stessa. Si tratta di un'armonia che la società industrializzata e consumistica ha perso o al più, ha relegato a visioni strettamente filo-religiose e che è meritevole di essere ribadita in seno costituzionale perché chiara e presente tra i popoli indigeni di quell'area", in S. LAMMI, *ibidem*, 188; si è anche osservato che "il 'buen vivir' incoraggia le distanze del capitalismo e del suo archetipo di società eurocentrica-nordamericana, favorendo per un verso la diminuzione della forbice tra 'tradizioni ctonie' e 'ordinamenti giuridici' e per un altro verso il riequilibrio del rapporto tra 'Stato' e 'proprietà privata', ripristinando ad ampio raggio i 'beni comuni' fra i temi del diritto costituzionale e delle dimensioni ontologiche che pertengono a questa materia del nuovo costituzionalismo iberoamericano", *ibidem*, 194, 195.

In realtà, la formalizzazione del diritto ctonio negli ordinamenti dell'America latina nei margini di compatibilità con il diritto costituzionale e con il diritto internazionale – con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali – per un verso riduce il compito dell'interprete ad un giudizio di conformità fra il diritto indigeno e il diritto statale e internazionale (nell'ipotesi del pluralismo giuridico in senso debole, come già indicato) ma, per l'altro verso, non esime il giurista dalla conoscenza e comprensione del diritto ctonio stesso, nella sua portata integrale (in un contesto di pluralismo giuridico in senso forte), se interessato alla conoscenza del diritto effettivamente vigente in un determinato contesto sociale e territoriale, nel quale convivono diritto statale e non statale in un rapporto di reciproca esclusione.

E' evidente che fra l'applicazione del diritto ctonio "integrale" e del diritto ctonio "statalizzato" esiste un ampio spazio grigio, caratterizzato dalla non agevole ricerca di un equilibrio fra i valori di fondo delle due dimensioni e l'ulteriore valore di fondo rappresentato dal paradigma costituzionale inclusivo condizionato dello Stato liberale, ovvero, come è stato detto, dello *Stato interculturale* quale autonoma figura di forma di stato *tout court*²¹. E' verosimile ritenere che solo una verifica *a posteriori* della concreta configurazione materiale di tale equilibrio e della qualità e quantità di realizzazione della "cosmovisione costituzionale andina" fondata su un "vero e proprio 'contratto sociale' con la natura, madre dell'umanità" potrà consentirci di considerare la portata dell'inclusione costituzionale e del conseguente rispettivo sacrificio²².

Può ritenersi che il problema *de quo* sia parte del più ampio nodo problematico rappresentato dalla natura eterogenea ed interattiva del fenomeno giuridico quale si manifesta nello spazio globale e che è arduo compito del giurista comparatista osservare e cercare di ricostruire in un quadro unitario per quanto possibile razionalizzato e sistematico²³.

²¹ Cfr. S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo ibero-americano*, Filodiritto editore, Bologna, 2013: lo Stato interculturale risulterebbe dalla transizione "dal diritto ad essere diversi alla diversità come bene comune" e si fonderebbe "sulla possibilità offerta a tutte le comunità costitutive dello Stato plurinazionale di costruire insieme una nuova identità comune partendo dal dialogo fra quelle originarie e quelle dei conquistatori", 24.

²² Le citazioni sono da M. CARDUCCI, *La Costituzione come "ecosistema" del nuevo constitucionalismo delle Ande*, in S. Bagni (a cura di), *op. cit.* dove si osserva, fra l'altro, che "al nuevo constitucionalismo si attribuiscono contemporaneamente qualità di discontinuità e di continuità verso il passato" si da segnare le esperienze in corso come un "*constitucionalismo experimental*", 12, 13.

²³ In tal senso è da cogliere e raccogliere l'insegnamento di W. Twinings, *op. cit.*, 375 là dove precisa che "some of the concerns behind resistance to the idea of non-state law deserve to be taken seriously. What is at stake is not mainly to do with definitions or labelling or semantics. The central point is that relations between municipal law and other forms of normative ordering (however they are labelled) and other interactions (interlegality) deserve the sustained attention of jurists because they are a crucial part of understanding legal phenomena".

6. Le premesse per una transizione verso un paradigma inclusivo in America latina.

Il richiamo dei lineamenti costitutivi della tradizione del diritto ctonio è sufficiente di per sé a comprendere la sfida qualitativa che ogni disegno istituzionale volto a consolidare un paradigma inclusivo delle diversità culturali reali e di fondo negli ordinamenti costituzionali latino-americani deve affrontare. Si tratta, in sintesi, di operare una saldatura fra culture (e tradizioni giuridiche) che il colonialismo e la colonizzazione hanno voluto e saputo contrapporre. Del resto, è proprio questo l'evento assunto a titolo storico per la definizione stessa di popolo indigeno da parte dell'art. 1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes n. 169 della Organización Internacional del Trabajo: “[...] considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”. E' significativo, altresì, ricordare come la Costituzione boliviana, analogamente, assuma la presenza pre-coloniale quale fattore costitutivo di una comunità indigena e della sua individuazione (*“Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”*, art. 30).

Nonostante questa marcata differenziazione rispetto al continente europeo, anche molti ordinamenti latino-americani hanno intrapreso il cammino dell'adozione di un paradigma inclusivo rispetto ai diritti dei popoli indigeni residenti nel proprio territorio, con una marcata tendenza alla sua costituzionalizzazione (o in sede costituente ovvero attraverso leggi di revisione costituzionale) oltre che per effetto di norme di diritto internazionale. Naturalmente si applica anche a questo contesto l'avvertenza già premessa all'analisi degli ordinamenti europei, segnatamente che la formalizzazione normativa non esaurisce la portata delle norme ma rappresenta un fondamentale riconoscimento della traduzione prescrittiva di una volontà politica nella sede di definizione solenne della tavola valoriale e dell'assetto istituzionale di una comunità organizzata in stato.

6.1. Le fonti di diritto costituzionale.

Alcuni ordinamenti possono essere considerati essi stessi paradigmatici della tendenza sopra richiamata e, fra questi, certamente la Bolivia, la Colombia e l'Ecuador possono essere indicati in questa sede a titolo esemplificativo.

Secondo la Costituzione della Colombia del 1991, le popolazioni indigene sono incorporate all'interno della nazione colombiana (*“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*, art.7) e, atteso che *“el castellano es el idioma oficial de Colombia”*, si prevede che *“las lenguas y dialectos de los grupos*

étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe” (art. 10). In ogni modo, la Costituzione stabilisce che “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”, art. 8.

La Bolivia e l’Ecuador, in particolare, incorporano il paradigma inclusivo nella stessa definizione di nazione e della forma di stato: nel caso dell’Ecuador, infatti il preambolo afferma, fra l’altro, che il soggetto costituente è il popolo il quale “proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas”; e l’art. 1 afferma che “el Ecuador [...] es un estado [...] pluricultural y multiétnico” mentre l’art. 83 precisa che “los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; inoltre, benché si affermi che “el castellano es el idioma oficial”, “el Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos [...] e si stabilisce che “el quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley”.

Del tutto singolare si conferma l’ordinamento boliviano: in proposito occorre richiamare la definizione secondo la quale “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*” (art. 1); la definizione dello stato quale ordinamento culturalmente composto in virtù della quale “*la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*” (art. 3); l’adozione costituzionale e l’obbligo di promozione di “*principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)*” e il richiamo a valori costitutivi quali i “*valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien*” (art. 8).

Anche rispetto alla tradizione giuridica ctonia che caratterizza i popoli indigeni, gli ordinamenti prescelti affrontano l’opzione dell’inclusione razionalizzata e selettiva, adottando cioè palesemente un modello di pluralismo giuridico in senso debole e sottoponendo di conseguenza l’ammissibilità del diritto tradizionale indigeno al limite della compatibilità con l’ordinamento costituzionale. In realtà, la Costituzione boliviana introduce direttamente taluni limiti: infatti, se l’art. 190.1 in tema di jurisdicción indígena originaria campesina stabilisce che “las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus

autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”, il secondo comma prescrive in via generale che “la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. Si tratta di una clausola di tipo residuale destinata ad una prudente ed equilibrata interpretazione giurisprudenziale ma si conferma in ogni modo come il pluralismo culturale venga riconosciuto e garantito pur sempre nel quadro di conformità e compatibilità costituzionale e nel quadro di una dinamica di tipo integrativo: infatti l’art. 1 della Costituzione boliviana, parzialmente già richiamato, non casualmente precisa altresì che “*Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*” (art. 1); e l’elencazione dei diritti riconosciuti *a las naciones y pueblos indígena originario campesinos* avviene “*en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución*” (art. 30).

Il primato normativo della Costituzione è peraltro previsto e prescritto anche dalla Colombia (“la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, art.4) e dall’Ecuador (“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos”, art. 16).

Nondimeno, la portata del paradigma inclusivo è talmente e virtualmente ampia che ciascuno dei tre ordinamenti ha previsto una fonte legislativa ordinaria quale sede normativa “interculturale” per la definizione puntuale dei rapporti fra le norme generali dell’ordinamento – *in primis*, la Costituzione – e le norme del diritto ctonio.

La Costituzione ecuadoriana prevede infatti (nel Titolo VIII dedicato alla función judicial) che “*las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial Nacional*” (art. 191). Analogamente, la Costituzione colombiana colloca nell’ambito delle giurisdizioni speciali la norma che prevede che “*las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional*” (art. 246). In Bolivia, si stabilisce che “*el Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina*” ma anche che “*la Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas*” (art. 192.III).

La legislazione di coordinamento in parola – al di là del metodo negoziale che essa inevitabilmente incorpora ai fini della sua formazione - rappresenta in realtà un indizio

della difficoltà applicativa del rapporto fra primato della Costituzione e dei diritti fondamentali, anche in quanto risultanti da norme di diritto internazionale, da un lato e pienezza del paradigma inclusivo delle diversità culturali, dall'altro. La legge negoziata può contribuire alla razionalizzazione della materia ma la radicalità delle diversità e la difficile riduzione del diritto ctonio ad una serie di disposizioni precettive postula un'attività intellettuale di bilanciamento dei valori svolta caso per caso quale è il compito tipico della giurisprudenza. Del resto, già esiste una significativa giurisprudenza e il riferimento al lavoro pregevole della Corte costituzionale colombiana che in questi anni supplisce la mancanza di una legge conferma che è la giurisdizione più che la legislazione a poter garantire equilibrio e mediazione nel caso concreto.

6.2. Le fonti di diritto internazionale regionale.

In tal senso, del resto, si esprimono anche le fonti di diritto internazionale direttamente applicabili in materia, ossia il Convenio 169, già richiamato, e – in quanto fonte di soft law - la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 2007.

Sin dal preambolo, il Convenio 169 avverte che il riconoscimento de “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones” opera “dentro del marco de los Estados en que viven”; inoltre, l'art. 1.3 precisa che “la utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. L'art. 8, infine, introduce la condizione di fondo dell'autonomia giuridica e giurisdizionale: “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

A sua volta, la Dichiarazione delle Nazioni Unite specifica che “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art. 4) e che “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (art. 34).

Anche le fonti di diritto internazionale, pertanto, pongono in essere un corpo normativo ampiamente garantista sotto il profilo sostanziale per quanto riguarda quelle sfere di

diritto differenziato che sono particolarmente prossime alla cultura ctonia (proprietà comunitaria della terra, diritti linguistici ed educativi, diritti del lavoro, libertà di modello di sviluppo economico, diritto alla consulta previa sull'uso della terra e relative risorse naturali, valorizzazione dei saperi tradizionali) ma rigorosamente esplicite quanto al rispetto sia delle sovranità statali e dei loro confini, sia dei diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli strumenti di diritto internazionale.

7. Conclusioni.

Non occorre aggiungere ulteriori rilievi sulla comparazione fra gli ordinamenti dell'Unione Europea e quelli dell'America latina, potendo le somiglianze quanto all'*an* dell'incorporazione di un paradigma inclusivo delle diversità culturali e le differenziazioni quanto ai contenuti - già più volte sottolineate - essere considerate piuttosto evidenti. Non vi è dubbio che la strada intrapresa dai secondi - in tanto in quanto implichi un processo che ha come obiettivo quello di rendere per quanto possibile compatibili le tradizioni giuridiche ctonie e quelle di diritto codificato di matrice europea continentale - presenta difficoltà qualitativamente ben maggiori.

Si può peraltro osservare come, in questa materia, la comparazione fra modelli giuridici e costituzionali europei e modelli latino-americani - che in una molteplicità di circostanze presenta elementi di marcata comparabilità e rappresenta un terreno tradizionalmente praticato - cede il passo rispetto ad una comparabilità più accentuata fra modelli latino-americani e modelli riferibili ad altri modelli geopolitici (africani e, in parte, asiatici), riconducibili a contesti post-coloniali e a paradigmi di identità propri di gruppi culturalmente minoritari in senso forte appartenenti al *genus* delle popolazioni indigene.

Nondimeno, tanto una maggiore attenzione nei confronti delle proprie popolazioni "indigene" (i Sami del NordEuropa e le popolazioni Rom e Sinti), quanto una politica dell'integrazione più aperta ed inclusiva delle comunità di immigrati extraeuropei, potrebbero determinare anche in Europa lo sviluppo di aree di pluralismo giuridico in senso sistemologico. E in tale evenienza si potrebbero ricreare le condizioni per una significativa comparabilità fra le più mature esperienze latino-americane e quelle europee, con una inversione della consolidata direzione della dinamica di circolazione dei modelli.

La prospettiva dell'inclusione della diversità culturale, per quanto condizionata - come si è rilevato con riguardo al riconoscimento del diritto ctonio e della sua applicazione giurisdizionale dall'interno delle comunità autoctone -, non è altro che una delle manifestazioni attraverso le quali il principio costituzionale di eguaglianza si sviluppa e si declina nel tempo e nello spazio. In tale contesto sistematico, con riguardo tanto alle minoranze nazionali in Europa, quanto alle popolazioni indigene nell'America latina,

può ipotizzarsi la traduzione dell'eguaglianza in un *diritto all'inclusione delle diversità* che possa risultare condizionato solo in base a principi supremi dell'ordinamento in modo però che risulti comunque riconoscibile e garantito un *contenuto essenziale dell'identità diversa* destinataria dell'inclusione.

In proposito, potrebbe rivelarsi interessante il tentativo di valutare la portata della generalizzazione della formalizzazione del paradigma inclusivo alla stregua di un fattore connotativo di un nuovo ciclo costituzionale (almeno in via di sedimentazione e razionalizzazione): rispetto al primo ciclo del costituzionalismo originario liberale del secolo XIX, ed altresì rispetto al secondo ciclo del costituzionalismo sociale e programmatico espresso dai caratteri della Costituzione lunga dello stato di derivazione liberale del secolo XX, potrebbe essere proprio il dato normativo *de quo* ad assumere il ruolo di riferimento fondativo di classificazione di una nuova generazione di testi costituzionali - le Costituzioni inclusive delle diversità culturali o, meglio, le Costituzioni del pluralismo giuridico.

Il potenziale di questa eventuale nuova categoria discende anche dalla circostanza per la quale, mentre i primi due cicli sono stati costruiti prendendo in considerazione i testi costituzionali dell'area euro-atlantica – del resto, gli unici allora esistenti –, la sua costruzione non potrebbe evidentemente prescindere dalle Costituzioni delle altre aree geo-culturali nelle quali l'inclusione del pluralismo culturale e giuridico si rivela più marcata. E' evidente che una tale proiezione planetaria del costituzionalismo e della scienza del diritto comparato che ne studia le epifanie potrebbe in tal modo acquisire un valore aggiunto di autenticità riflessiva delle diversità delle culture – della quale spesso si lamenta l'assenza – ma potrebbe anche, nondimeno, pregiudicare alcuni caratteri storicamente e concettualmente originari.