

Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti *

Roberto Bin

Non posso certo ambire, in queste conclusioni, a tessere assieme tutte le ricche trame che si sono sviluppate in questo convegno. I temi sono davvero tanti, molto diversi e tutti alquanto stimolanti. Mi limiterò a gettare un sasso nello stagno e vedere come si allargano i cerchi che provo.

Il sasso è semplicemente una domanda: che cosa sono i “diritti” di cui parliamo? Chi li può individuare e dove deve esserne richiesta la tutela?

La bella relazione di Giorgio Pino ci ha illustrato, criticamente, la risposta del “*political constitutionalism*”. Per questa corrente di pensiero il “diritto dei diritti” è il diritto alla partecipazione politica: è nel circuito della rappresentanza politica, e nella legge che ne costituisce la espressione naturale, che andrebbe ricercata la risposta alle nostre domande. È il legislatore democratico il soggetto a cui dobbiamo rivolgerci per ottenere il riconoscimento di un diritto: è ovvio, ma lo si dice polemicamente, perché si vuole contrastare l’opinione diffusa che siano i giudici e le corti costituzionali i soggetti a ciò deputati. È certamente vero che i giudici non hanno conoscenze migliori del legislatore per definire il corretto assetto degli interessi; ed è certamente vero che i diritti nascono dalla società, e quindi dal dibattito pubblico, non dalle carte, e quindi dalle sentenze che le interpretano. È il *bill of rights*, e la pretesa di farlo valere davanti ad un giudice, l’obiettivo polemico di questa corrente di pensiero. Ma lasciare i diritti alla disponibilità del circuito politico è quantomeno il frutto di un errore di prospettiva storica: i diritti sono nati come rivendicazione nei confronti del potere politico; il loro riconoscimento deve bilanciare il sacrificio in termini di libertà che la stessa presenza di un potere pubblico impone a tutti noi: i diritti sono stati riconosciuti come scambio, prezzo dell’accettazione del potere. «Il fine

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all’art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall’Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: “La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti”*, 19 novembre 2021.

dell'obbedienza è la protezione», scriveva Hobbes¹. Ma da qui ad accettare che sia il sistema politico a disporre dei diritti individuali corre molta strada. Il *political constitutionalism* nasce in un contesto specifico e soffre di un certo provincialismo nel proiettare le sue origini nel firmamento della teoria politica: o forse di provincialismo soffriamo noi che siamo sempre pronti ad accettare quello che ci viene dal mondo anglosassone, sulla spinta di un certo imperialismo editoriale, come se ogni scritto che si fregia delle nobili insegne di riviste e case editrici di prestigio fosse meritevole di grande considerazione. Il *political constitutionalism*, è stato elaborato da autori che - come giustamente osservava Francesca Rosa - non hanno l'esperienza concreta di un *bill of rights* codificato e posto ad un livello gerarchico superiore alla legge ordinaria (Inghilterra, Nuova Zelanda, Canada...). La teoria ha come presupposto però che il sistema politico di riferimento possieda ottime condizioni di funzionamento del canale della rappresentanza e di un fisiologico ricambio della maggioranza: certo il nostro Paese non appartiene a questo mondo virtuoso, ma esiste un qualche dove in cui tali condizioni siano davvero presenti? L'elezione di Trump e quello che ha comportato sin dopo la sua sostituzione non sembra accreditare una prospettiva così tranquillizzante. E del resto le statistiche internazionali ci dicono che esistono società come quella statunitense, quella britannica e - buona terza - quella italiana in cui la mobilità sociale è diventata assai limitata e le disuguaglianze economiche sempre più profonde². Il buon funzionamento del circuito democratico-rappresentativo è solo un'ipotesi teorica: può far funzionare come modellino teorico o può servire a muovere critiche nei confronti di giudici che superano i limiti e il dovere di *self restraint* che una adeguata "modestia giudiziaria" dovrebbe loro consigliare. Ma non ci dice molto su come i diritti funzionano in concreto.

Una teoria dei diritti dovrebbe invece fare onestamente i conti con tre dati di fatto. Il primo lo ha giustamente messo in luce la relazione di Giusella Finocchiaro. Siamo spesso travolti da nuovi diritti che, a ben vedere, tanto nuovi forse non sono. Sono le possibilità scientifiche e tecnologiche a cambiare il contesto e il quadro degli equilibri in cui si trovano ad operare diritti da tempo riconosciuti e consolidati. Internet da un lato, la evoluzione della scienza e delle tecniche mediche dall'altro hanno cambiato il quadro in cui si collocano oggi questioni che da sempre appartengono al catalogo dei diritti, dalla libertà di espressione del pensiero alla *privacy*, dal concepimento alla sepoltura. Cambiare

¹ *Leviatano*, II, cap. XXI.

² Qualche dato non guasta: cfr. M. Corak, *Income Inequality, Equality of Opportunity, and Intergenerational Mobility*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2013), p. 79 ss. (si può leggere in <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.27.3.79>).

il contesto significa cambiare gli antichi equilibri. Nelle società capitalistiche e liberali esiste una sorta di principio primo con cui si deve fare i conti: ogni mutamento radicale, ogni innovazione sensazionale è come un colpo dato al setaccio: qualcosa passa il retino, qualcosa vi è trattenuta. È quello che è avvenuto con l'avvio della globalizzazione, l'introduzione dell'Euro, la crisi finanziaria del 2008, e ora con la pandemia: una parte della società coglie il mutamento come occasione, un'altra come un handicap: per questo i ricchi diventano sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri (non esattamente il quadro fenomenologico più compatibile con il *political constitutionalism*). Come ha mostrato Donatella Morana parlando del diritto alla salute, il mutamento rafforza l'esigenza di una risposta che assicuri l'effettività della tutela dei diritti: ma il risultato della crisi e del mutamento che essa ha comportato è l'aumento della conflittualità attorno ai diritti, la polarizzazione degli interessi.

Questo il secondo dato di fatto con cui fare i conti. Il conflitto è la dimensione pre-costituzionale, ontologica mi verrebbe da dire, dei diritti fondamentali. Per questo mi appare poco apprezzabile la teoria dei diritti di Ferrajoli, a cui hanno accennato sia Pino che Civitarese. I diritti sono sempre in conflitto, e il punto in cui si trovano a duellare non è predeterminabile. Mille raffigurazioni della Sacra Maternità ci rappresentano l'infinita dolcezza del rapporto tra madre e figlio: eppure anche lì si inserisce il conflitto, si parli di aborto o del diritto di tenere celata al figlio la sua origine. L'infinita varietà del reale si riflette nell'infinita varietà dei conflitti: che non sono mai "nominalistici", nel senso che sia possibile risolverli *a priori*, in base a qualche aggettivazione (diritti fondamentali, diritti patrimoniali, diritti assoluti, diritti relativi e così via). Il problema è quello della effettività, per cui la strada da percorrere è segnata, è quella della concretezza. Noi viviamo in una società conflittuale, in cui il "senso del diritto" non è affatto un sentimento condiviso. Robert Cover³ ha scritto pagine esemplari, anche se calate nel contesto di una teoria ebraica dei diritti, che ci illustrano ciò che potremmo percepire ogni giorno se solo ci guardassimo attorno. Giusto-ingiusto, lecito-illecito, ragione-torto sono bisettrici che intersecano la nostra esperienza giornaliera, si tratti dell'incrocio stradale, del bisticcio dal salumaio o del dibattito politico: tutti viaggiamo nella vita muniti di profonde convinzioni di ciò che è bene e ciò che è male, e su di esse costruiamo immagini, forse inconsapevoli e forse non sempre oneste, dei nostri diritti e di quelli altrui.

I diritti nascono dai conflitti, cioè nascono dalla lotta per la loro affermazione. Il terzo dato di fatto riguarda le arene entro cui la lotta si svolge. Esse sono principalmente due, la legislazione e la giurisdizione. Nessuna ha

³ *The Supreme Court 1982 term. Foreword: Nomos and narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* (1983-1984), p. 4 ss.

l'ultima parola, in fondo: la giurisdizione può giungere – ricorrendo alla Corte costituzionale - sino a bocciare le scelte del legislatore (oltre a smussarle e levigarle attraverso l'interpretazione), ma il legislatore ha sempre la possibilità di ridare le carte, cambiare le leggi e – in casi estremi – persino la costituzione. Forse un giorno le maggioranze cambieranno, ma è certo che la legislazione riproduce le scelte della maggioranza del momento – le scelte su ogni punto coinvolto dal conflitto. Per cui è inevitabile che la giurisdizione, e quella costituzionale in apice, sia il luogo in cui si rivendicano i diritti che interessano segmenti minoritari della società. La funzione “antimaggioritaria” appartiene senz'altro alle finalità per cui è istituita la Corte costituzionale, come ci insegna ben nota dottrina statunitense. La forza della giurisdizione è la motivazione delle sentenze, e la motivazione non può che far riferimento alla costituzione, è lì che trova il suo sostegno, il punto a cui legare la motivazione. La motivazione è una catena che può essere smontata e rimontata più volte, sorregge un teorema destinato a evolvere di continuo anche per inglobare tutti i lemmi con cui il teorema risponde alle tante eccezioni che l'esperienza concreta – l'inesauribile varietà di cui si diceva – oppone alla linearità del ragionamento con cui si è risolto il caso precedente. Raramente l'appiglio alla costituzione si sradica dal parametro prescelto e il perno di fissaggio si sposta in un punto diverso del testo: si usano semmai stratagemmi retorici un po' fumosi, come l'appello a concetti confusi e poco aderenti al testo come quello della “dignità dell'uomo”, vera matta da calare per interrompere l'argomentazione e imporre una decisione priva di un sostegno testuale convincente. Altrettanto si può dire della “fondamentalità” di un determinato diritto che, sì, è contemplato nel catalogo costituzionale, ma in esso non trova il trono su cui essere incoronato come principio principe. «Nessun diritto nasce assoluto, tutti si bilanciano» è il mantra che la Corte costituzionale ci ripete sin dalle prime sue sentenze: e con ragione. Il diritto nasce dalla lotta, affronta il conflitto con gli altri interessi, e trova soddisfazione, sempre parziale, al prezzo di essere bilanciato con diritti e interessi contrastanti. Un punto di accomodamento mai definitivo, perché la lotta per l'affermazione *piena* del diritto è incessante, il conflitto è permanente.

La lotta per i diritti non finisce con la costituzione, ma anzi l'*open texture* dei cataloghi dei diritti ospita e alimenta un conflitto permanente. La scienza e la tecnica ampliano a dismisura lo spettro delle possibilità e quindi la richiesta di accedere al catalogo, in modo che venga riconosciuto e sostenuto il nostro diritto di godere della protezione costituzionale. La strada è segnata: quello che all'inizio nasce come rivendicazione di libertà “negativa” di accesso si trasforma presto in una rivendicazione di adeguate prestazioni che rendano l'accesso effettivo e eguale. Il «desiderio infinito e impossibile»⁴ di diritti appartiene quindi alla

⁴ M. A. Glendon, *Rights Talk*, New York 1991, p. 45.

fisiologia della vita. Il succedersi delle “generazioni dei diritti” – proiezione della attitudine tassonomica degli studiosi – ci dice soltanto che la società si evolve e scopre di continuo nuovi orizzonti a cui rivolgere i propri desideri – o forse i propri bisogni. I c.d. «diritti climatici» è l’orizzonte che si è schiuso più di recente. Una società opulenta, sufficientemente soddisfatta delle acquisizioni raggiunte (preoccupata semmai di garantirle anche alle componenti che rischiano di rimanere indietro) guarda con apprensione al suo futuro e si preoccupa di ciò che lascerà alle «generazioni future».

La recente modifica degli artt. 9 e 41 della costituzione italiana ha rafforzato la tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, «anche nell’interesse delle future generazioni». Dico “rafforzato” perché questa tutela era già racchiusa nei concetti di “paesaggio” e di “patrimonio” impiegati nel testo originale dell’art. 9⁵. Ma non c’è dubbio che la riforma costituzionale offrirà nuovo alimento ai movimenti che chiedono a gran voce maggiore impegno degli Stati e dei loro legislatori sul fronte della lotta al mutamento climatico. È una lotta che ha già ottenuto alcuni successi clamorosi davanti ai giudici di diversi Paesi, culminando nella sentenza della corte federale tedesca sul *Klimaschutzgesetz*. La «giustizia climatica»⁶ è dunque il nuovo scenario della lotta per i diritti. Lotta contro chi?

Ci risponde indirettamente la Corte di giustizia dell’Unione europea⁷ che (confermando in appello la decisione del Tribunale) ha respinto il ricorso mosso da alcune persone appartenenti a diversi paesi europei (e non), operanti nei settori dell’agricoltura e del turismo, per ottenere l’annullamento delle misure legislative e di esecuzione varate negli anni dall’Unione europea volte a graduare con molta prudenza le emissioni di gas-serra, in attuazione degli accordi di Parigi. Ma il giudice europeo ha ritenuto che i ricorrenti non avessero legittimazione ad agire, mancando la prova di un danno diretto causato ai ricorrenti dal cambiamento climatico ed essendo chiaro che l’iniziativa mirava piuttosto a sollecitare un mutamento delle norme europee. Chi si sono trovati di fronte i ricorrenti? Il Parlamento e il Consiglio, cioè gli organi attraverso cui gli Stati (e i loro rappresentanti) determinano la politica europea. Certo, non possiamo aspettarci di trovare nelle istituzioni europee il campione di quel sistema democratico *in reasonably good working order* che è il primo presupposto del *political constitutionalism*⁸. Il fatto è che la rivendicazione dei “diritti climatici” – come

⁵ Rinvio a R. Bin, *Il disegno costituzionale*, in *Il lavoro e l’ambiente nell’antropocene*, in *Lavoro e Diritto* 2021 (in corso di stampa).

⁶ M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, in *DPCE online* 2020/2, p. 1345 ss.

⁷ In C-565/19, *Carvalho*.

⁸ Cfr. J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale L.J.* (2006), p.1346.

ogni rivendicazione di diritti – innesca una lotta. Una lotta contro chi? Contro gli interessi di coloro che producono merci che inquinano attraverso processi produttivi che inquinano. Ma anche gli interessi diffusi di tutti coloro che non sono disposti a rinunciare ai benefici quotidiani che derivano dall'inquinamento. In fondo è una lotta contro noi stessi.

ABSTRACT: the essay analyzes the different perspectives concerning the guarantee of fundamental rights beyond the Courts. The main question deals with the growing difficulty in identifying rights and the subjects called to guarantee them. These problems arise from the long-lasting struggle for rights, which does not end with the adoption of a constitution: the open texture of the catalogues of rights causes a permanent conflict around their meaning.

KEYWORDS: bill of rights; generation of rights; constitutional conflicts; judicial review; politics.

Roberto Bin – già Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara (roberto.bin@unife.it).