

Roberto Bin,\* *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018 ([copertina](#); [indice](#)).

*Dalla conclusione del volume.*

«Leggere un libro è un lavoro impegnativo, che non sempre viene ripagato. Per rendere più agevole questo lavoro, e valutarne preventivamente l'utilità, riassumo qui le tesi sostenute in questo scritto.

I. La prima tesi (§§ I.1-3), certo non particolarmente originale, è che le classificazioni dei diritti e delle libertà che vengono di solito accettate e usate – libertà negative e diritti positivi, diritti che costano e diritti che non costano ecc. – e in genere la distinzione dei diritti in “generazioni”, può servire a isolare diversi momenti storici in cui certi diritti sono stati rivendicati e hanno ottenuto un certo riconoscimento, ma non hanno alcuna utilità analitica, essendo intrise di ideologia. Tutti i diritti “costano”, il problema è calcolarne il prezzo e capire chi se lo assuma; tutti i diritti presuppongono una miscela di autonomia individuale e solidarietà sociale, anche se forse i dosaggi sono diversi o sono diversamente percepiti.

II. La seconda tesi (§§ I.4-6) è che la consueta contrapposizione dialettica tra diritti in senso soggettivo e diritto in senso oggettivo – tra *rights* e *laws* – non basta a comprendere la dimensione sociale dei diritti. Il riferimento utile è all'*istituzione*, in cui trova posto la natura sociale dei diritti. Che cosa siano i diritti e quali contenuti essi abbiano non lo si può comprendere senza considerare la società e le sue istituzioni politiche, l'universo normativo conflittuale in cui viviamo e le modalità con cui le istituzioni pubbliche intervengono a selezionare e convalidare le istanze incoerenti provenienti dalla società. La dimensione sociale dei diritti non si riconosce soltanto nella loro rivendicazione e nel riconoscimento attraverso il dibattito e l'approvazione della legge: anche la sua interpretazione e l'applicazione attraverso la giurisdizione sono processi in cui la società fa sentire il suo peso.

III. Se i diritti «nascono limitati» e sono sempre e comunque destinati ad essere bilanciati, questo vuol dire che i diritti sono “a somma zero” (§ II.1). Questo è un assioma che accompagna l'intero lavoro, ed ha due implicazioni: la prima è che se la tutela di un diritto avanza di un passo, di altrettanto arretrerà la tutela del diritto o dell'interesse concorrente; la seconda è che non possono essere imposti ad un diritto limiti che non siano resi necessari dal soddisfacimento di altri interessi o diritti. Il che significa inoltre che la tutela di un diritto è sempre misurabile solo nell'ambito del bilanciamento di esso con gli altri diritti o interessi.

IV. Una concezione “oggettivistica” e “contenutistica” dei diritti ha difficoltà a spiegare il bilanciamento dei diritti ed è portata a ritenere che vi sia una certa gerarchia tra di essi e che non siano quindi ammissibili bilanciamenti tra i diritti più alti in grado e interessi di basso profilo. Perciò contrappongo ad essa una concezione dei diritti come “ombrelli” che garantiscono la tutela in modo molto differenziato: massima per i beni per la cui difesa la protezione costituzionale è stata immaginata, meno rigorosa man mano ci si allontani da loro. Questo consente di riconoscere nella Costituzione una tutela continua,

modulare ed elastica ispirata ad una visione complessiva e sistemica della tutela dei diritti dell'individuo (§§ II.2-3).

V. In un sistema basato sulla divisione dei poteri, il bilanciamento dei diritti e degli interessi è compito che spetta al legislatore. Questi traccia assetti normativi che tengono presenti il normale svolgimento delle vicende sociali e per esso definiscono il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Di regola, in presenza di una disciplina legislativa, non è compito dei giudici, e neppure della Corte costituzionale, scegliere come gli interessi e i diritti vadano bilanciati, ma valutare se l'assetto definito del legislatore rispetti i limiti fissati in Costituzione. Il bilanciamento è l'*oggetto* del giudizio di legittimità costituzionale, non il suo *prodotto* (§ II.4).

VI. L'assioma per cui i diritti sono «a somma zero» ha un risvolto "libertario", che colloca i c.d. "nuovi diritti" in una prospettiva "classica", dominata dal principio che tutto ciò che non è vietato è permesso, e se qualcosa è vietato o ristretto ci dev'essere un altro diritto o un interesse che da quel divieto o da quel limite trae giovamento (così riportando a zero la somma). Non si deve cercare il fondamento di un diritto "nuovo", ma vanno sottoposti a scrutinio severo i limiti che la legge contrappone ad esso. Se si applica questa lente all'esame della legislazione (e della giurisprudenza) sui "nuovi diritti" si vedrà che molti dei limiti imposti non sono motivabili se non sulla base di assunti ideologici, che come tali non devono avere accesso al bilanciamento (§ II.5).

VII. Uno dei bersagli polemici di questo scritto è il c.d. *principio della massima estensione dei diritti*, perché esso è incompatibile con l'assioma che i diritti sono "a somma zero". La tesi sostenuta è che il successo di cui gode questo principio in alcuni settori disciplinari, come il diritto penale, derivi dall'*habitus* mentale e professionale che porta a guardare esclusivamente ai diritti dell'imputato e del reo, non ponendo sulla bilancia diritti e interessi che non sono meno rilevanti, e che invece il *maximum standard* tranquillamente trascura. La critica a questo principio è sviluppata nel § II.6 e poi ripresa più volte nei capitoli III e IV, con riferimento alla Carte e alle giurisprudenze europee.

VIII. Perché la tutela "multilivello" dei diritti e il *maximum standard* possano essere sostenibili, occorrerebbe che ci sia una certa simmetria tra i livelli di protezione dei diritti, siano cioè coassiali. La "coassialità" della nostra Costituzione e delle principali carte dei diritti europee (Carta di Nizza e CEDU) è contestata, anzitutto sulla base della diversa traccia genetica che le caratterizza. Il preteso "deficit democratico" dell'Unione europea è riletto come una precisa scelta originaria a favore di un sistema liberistico che non vuole che la politica intralci il funzionamento del mercato. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia è riletta in questa chiave, che pone i diritti del mercato in posizione nettamente privilegiata rispetto agli altri diritti, e in particolare ai c.d. diritti sociali (§§ III.1-4).

IX. Critica è anche la lettura della giurisprudenza EDU, che si è sviluppata con ambizioni indebite, alimentate da interpretazioni del proprio ruolo ben lontane dalle funzioni originarie della Carta dei diritti, ma anche incompatibili con l'attuale organizzazione del Consiglio d'Europa (§§ III.5-6). La pretesa di fare della CEDU una costituzione priva di un substrato politico-rappresentativo porta ad una logica di svuotamento della "storicità" delle costituzioni e a immaginare che i diritti possano evolvere solo per linee interne alla giurisprudenza, senza un rapporto con i contenuti che

ad essi attribuiscono le istituzioni politiche rappresentative. In particolare, appare incompatibile con l'assetto costituzionale italiano (come è stato osservato dalla stessa Corte costituzionale) la pretesa della Corte EDU di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal Trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale (§ III.6).

X. L'internazionalizzazione dei diritti umani, di cui anche la CEDU e i suoi organi sono protagonisti (§ IV.1), costituisce un fenomeno che si colloca nella relazione tra Stati: costituisce una deroga al dogma della sovranità degli Stati, su cui regge il diritto internazionale, deroga ispirata all'esigenza di assicurare che al loro interno sussistano le condizioni necessarie a garantire il rispetto degli impegni assunti da uno Stato con gli altri membri dell'organizzazione internazionale. Si apre così la prospettiva di una difesa del *rule of law* e dei diritti collocata in una dimensione extra-statuale e imperniata su apparati di tipo giurisdizionale, di cui la Corte EDU si porrebbe come esponente e modello. Ma si tratta – questa è la tesi (§ IV.3) – di diritti “sublimati”, “dematerializzati”, tolti dal contesto storico delle costituzioni nazionali e ridotti ad un'essenza ristretta, una sorta di massimo comun divisore. Più che agli interessi degli individui, le istituzioni e le carte sovranazionali sembrano avere a cuore gli interessi degli Stati. Gli individui ne godono semmai di riflesso (§ IV.2).

XI. Mentre la tutela “internazionale” dei diritti umani offre una casistica alquanto sporadica, la loro effettività è invece garantita dai giudici nazionali, per i quali le leggi di esecuzione dei trattati costituiscono la base legale su cui fondare il riconoscimento di diritti individuali (§ IV.3). La carica etica dei diritti umani (e della dignità dell'uomo, che ne è il distillato) viene importata così nell'ordinamento interno alimentando la critica all'assetto normativo attuale dei diritti stessi: i giudici ricorrono ai diritti umani riconosciuti in ambito internazionale nel tentativo di cambiare i paradigmi consolidati nell'ordinamento interno, siano essi connessi alle scelte politiche che hanno portato alla configurazione legislativa dei diritti, siano invece le premesse dell'interpretazione delle disposizioni vigenti. La tutela internazionale dei diritti e della dignità alimenta così la rivendicazione di diritti senza storia che non guardano in faccia nessuno (§ IV.4).

XII. La globalizzazione è divenuta l'ambiente ideale in cui prosperano i diritti umani e la dignità dell'uomo. Essi rappresentano il nucleo minimo dei diritti riconosciuto dall'ordinamento internazionale; fanno parte del *global rule of law* che viene richiamato per rivendicare la protezione di un livello essenziale di libertà e diritti che si vedono minacciati dallo strapotere di soggetti economici privati, che della globalizzazione sono i protagonisti. Lo Stato di diritto riprende così la sua funzione atavica, si ripropone come «grido di battaglia» che chiama in soccorso il potere pubblico per chiedere protezione contro gli abusi dei poteri privati (§ IV.5).

XIII. I diritti umani segnano il faticoso inseguimento della tutela dei diritti in un mondo in cui i confini si sono indeboliti, in cui tutto può circolare liberamente, salvo le persone. Oggi la ricchezza è mobilissima, le persone molto meno e l'immigrazione è messa sotto rigido controllo quando sia spinta dalla ricerca di condizioni di vita accettabili. La giustizia sociale sembra scomparsa dalle finalità delle organizzazioni internazionali che dovrebbero garantire il funzionamento del mercato globale: il quale invece è messo nelle

mani di operatori economici privati che non sono in alcun modo condizionati dal rispetto dei diritti e della qualità di vita delle popolazioni. Ma il fatalismo con cui si guarda e si accetta questa situazione non è giustificato: il mercato, anche quello globale, esiste in forza di regole che lo rendono possibile e funzionante; queste regole derivano pur sempre dagli Stati. Si tratta allora di invertire l'ordine delle priorità che è sempre più dettato dal mercato solo perché gli Stati e le loro organizzazioni (Unione europea in primo luogo) hanno abdicato al loro compito costituzionale, quello di tutelare i diritti. È un vistoso “*deficit politico*” a minare il ruolo degli Stati e lasciare incontrastato il dominio del mercato.

Quest'ultima tesi riassume anche le conclusioni cui arriva questo scritto, che possono essere sintetizzate così: la storia delle libertà e dei diritti, come si è cercato di mostrare sin dalle primissime pagine, non è mai stata separata dalla rivendicazione e dalla lotta sociale per il loro riconoscimento. Non è mai stata una lotta lineare, come spesso ci hanno fatto intendere le ideologie che hanno rivestito la teorizzazione dei diritti e delle libertà. I processi storici che hanno portato al riconoscimento di essi sono complessi, ma mai irreversibili. Anche l'attuale retrocessione dei diritti, soprattutto di quelli di matrice sociali, e dell'eguaglianza sostanziale che ad essi si è sempre accompagnata, sembra un processo inarrestabile e irreversibile. Ma non lo è affatto: ancora una volta, è solo l'offuscamento prodotto dall'ideologia.»

\* Professore di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.