



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

ROBERTO BIN - PAOLA CHIARELLA

**Critica della teoria dei diritti.
Conversazione con Roberto Bin**

ROBERTO BIN* - PAOLA CHIARELLA**

**Critica della teoria dei diritti.
Conversazione con Roberto Bin**

La riflessione giusfilosofica ha il pregio di non potersi mai dire conclusa. Sebbene si continui a parlare e a scrivere a profusione sulla natura del diritto e sulle sue principali questioni, nel circolo degli interpreti resta viva la sensazione dell'ancora "non detto", di una frontiera oltre la quale spingere il pensiero e la discussione in avanti. Il testo di Roberto Bin *Critica della teoria dei diritti* (FrancoAngeli 2018, pp. 1-146) ha questo intento pur partendo da una domanda quasi primordiale per i nostri studi *Che cos'è un diritto?* dalla quale prende corpo una serie di riflessioni sulla tutela dei diritti *vecchi e nuovi*, sui loro limiti giuridici e finanziari, sul bilanciamento di interessi contrapposti, sulla tutela multilivello dei diritti di cui si trascura talvolta la diversità delle origini e della natura delle Corti nazionali ed europee tenute a proteggerli. Il volume non manca neppure di offrire una stimolante riflessione sui rapporti tra diritto ed economia, contribuendo a sfatare il mito di un mercato autoimmune dal diritto.

A proposito, il prof. Roberto Bin, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara, ha tenuto presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro una lezione dal titolo "Il mercato è davvero nemico dei diritti?", nell'ambito delle attività seminariali della

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara.

** Docente a contratto di Teoria e tecnica della normazione e dell'interpretazione e di Antropologia sociale presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

cattedra di Diritto costituzionale II del Prof. Luigi Ventura. L'occasione ci è stata gradita per proporre al Prof. Bin un'intervista sui temi del suo ultimo lavoro di ricerca.

Gentilissimo Prof. Bin, La ringrazio per aver accettato questa intervista. È un grande onore per la nostra rivista “Ordines” poter dare voce ai temi del suo recente lavoro. Partirei proprio dalla prima critica che Lei muove all'abusata distinzione tra le generazioni dei diritti che, a suo giudizio, non ha alcuna utilità analitica giacché intrisa di ideologia. Pur condividendo l'impossibilità distinguere così nettamente le categorie dei diritti, non è forse utile ancora oggi quella distinzione allorché assistiamo ad un ritorno ideologico della primazia dei diritti di prima generazione, a discapito della tutela dei diritti sociali a livello nazionale e dei diritti politici a livello europeo?

Non è sbagliata la distinzione tra generazioni dei diritti di per sé, ma per i risvolti ideologici che l'accompagnano (i diritti fondamentali, come la sicurezza personale o la libertà del domicilio non avrebbero un “costo”, mentre il diritto alla salute o quello all'istruzione sì); ha un fondamento storico soprattutto come indicazione di generazioni diverse in cui sono sorte le rivendicazioni sociali relative ai diritti. Il fatto che oggi noi assistiamo ad un ritorno ai diritti di prima generazione a discapito dei diritti sociali e dei diritti politici significa che in effetti qualcosa si è rotto nel meccanismo di evoluzione della nostra società e ha provocato un inatteso e sconvolgente ritorno indietro. C'è molto da riflettere su questo fenomeno e sulle sue cause. La causa principale è senz'altro la perdita di importanza degli Stati nazionali, che sono stati il contesto di maturazione dei diritti. Oggi gli

Stati non dispongono più del controllo della ricchezza, non sono più autonomi nel decidere dove allocare le risorse e come accumulare la finanza necessaria a soddisfare le rivendicazioni dei diritti. La società continua ad avanzare rivendicazioni e si ribella contro lo Stato che non risponde e non riesce a soddisfarle. I *gilet* gialli in Francia sono una reazione come lo è anche il successo elettorale di quelli che in Italia si chiamano i populistici. Ma il problema non è (o non è solo) la qualità dell'azione dello Stato, ma la sua perdita di potere.

Lo Stato di diritto è la felice espressione con la quale si allude alla protezione dell'individuo rispetto all'esercizio arbitrario del potere. Mentre tradizionalmente è al potere pubblico che si pensa, sulla scia di Carl Schmitt, Lei rinviene in Thomas Hobbes il precursore dello Stato di diritto allorché il primo potere posto sotto controllo è quello privato. D'altra parte, lo Stato non è che una creazione artificiale e successiva volta a rimediare l'originaria insicurezza sociale dei privati. La mia domanda riguarda la congruenza dell'espressione Stato di diritto, prevalentemente pubblicistica, in merito al controllo della conflittualità sociale dei privati. Per Stato di diritto si intende lo Stato sottoposto anch'esso al diritto, profilo del tutto assente nell'assolutismo hobbesiano. Forse si potrebbe pensare ad espressioni anche del tutto nuove per esplicitare il concetto determinante della riflessione hobbesiana. Azzarderei dire: *Società di diritto* al fine di riservare l'operatività della formula *Stato di diritto* per le limitazioni del potere politico. Cosa ne pensa?

Hobbes aveva ben capito che la società degli umani non si regola da sola, ha bisogno di una legge e un'autorità che ne garantisca il rispetto. Può anche essere la legge di Dio e l'autorità di un rabbino o di un imam, in società che abbiano la religione come forte fattore di coagulazione. Nel mondo europeo questa funzione è stata traslata al sovrano (Hobbes) e poi al soggetto impersonale chiamato Stato, alla cui autorità si è progressivamente attribuita legittimazione attraverso il suffragio. Se oggi lo Stato perde autorità, come si governerà la società? Il diritto dello Stato rischia di essere soppiantato dalle c.d. leggi dell'economia, che poi sono le leggi del più forte. E così stiamo tornando all'*homo homini lupus*, contro cui Hobbes scriveva.

La scarsità delle risorse viene spesso invocata come limite all'espansione senza freni di diritti e libertà. Ma il limite Lei lo rinviene già nel concetto stesso di diritto, da cui discende, tra i diritti, un calcolo inevitabilmente a “somma zero”. Allude forse ad una lotta tra i diritti? Lei ne deduce infatti una “topografia del conflitto”. Può spiegarci meglio questo concetto?

Come la Corte costituzionale ha sempre detto e ripetuto, nessun diritto è assoluto, perché ogni diritto può trovarsi in competizione con altri diritti o altri interessi. Se tutti i diritti “costano” (che cosa sarebbe la mia libertà personale o la mia proprietà se non ci fossero polizia, giudici, carceri a impedire agli altri di violare i miei diritti?), la legge di bilancio fissa ogni anno quali diritti sono premiati e quali meno. Ma anche sul piano dei diritti (e non degli interessi economici) la conflittualità è normale: che dire, per esempio, del conflitto tra la salute della madre e il “diritto” del feto a nascere? Eppure la maternità non è concepita di solito come il luogo di conflitto tra

madre e figlio: di solito, ma in certi casi può capitare, ed è un dramma che chiede al diritto una soluzione.

Relativamente al calcolo a somma zero dei diritti, il volume affronta anche il tema della “gradualità delle prestazioni pubbliche”. Cosa discende dal fatto che il principio del pareggio di bilancio sia stato costituzionalizzato tanto da diventare un fattore operativo nel bilanciamento dei principi? È anch’esso un precetto di ottimizzazione da realizzare nella misura maggiore possibile, come insegna Robert Alexy? Ma a quale prezzo?

Il principio del pareggio di bilancio o non esiste o non è una novità. Ogni bilancio deve essere in pareggio aritmetico, il problema è che cosa si mette nella parte attiva per equilibrare le spese: il problema cioè è il ricorso al debito pubblico. Si possono finanziare i diritti allargando il debito pubblico? Questa è la vera domanda, che fuoriesce dalle logiche contabili e ci porta a individuare il vero controinteressato: che non è l’astrattezza dell’equilibrio finanziario, né gli occhiuti burocrati di Bruxelles – come ci suggerisce l’idiozia di certi politici – ma le generazioni future, che il peso di quel debito dovranno sopportare. Noi stiamo allargando il diritto alla pensione della generazione attuale, per esempio, a carico della sicurezza previdenziale delle nuove generazioni: un vero delitto!

È molto efficace la metafora delle “pentole” e degli “ombrelli” che lei impiega per distinguere la concezione oggettivista e contenutistica dei diritti dalla concezione

“continua, modulare ed elastica” della tutela dei beni giuridici. Cosa distingue dunque una pentola da un ombrello?

La pentola implica che si ragioni nella logica dentro/fuori (un certo bene entra o meno nella protezione di un diritto), l’ombrello serve a garantire la massima copertura al capo di chi lo apre, ma poi la protezione scema man mano si scenda e si avverta la pioggia bagnare sempre più intensamente il nostro corpo. La logica del bilanciamento dei diritti segue la logica dell’ombrello: ogni diritto è stato scritto in Costituzione pensando alla testa (la persona fisica che non può essere violata, la mia casa, le mie lettere ecc.), ma nella pratica copre anche beni attinenti all’interesse protetto ma non con la stessa intensità garantita alla testa: dipende anche da dove tira il vento, ossia da che parte premano interessi collettivi (la punizione dei criminali o il bilancio) o ciò che sgocciola da altri ombrelli, cioè dalla protezione di altri diritti con cui occasionalmente ci si scontra (per es., la mia libertà di espressione si può urtare la onorabilità delle persone su cui esprimo un giudizio).

La scienza giuridica non è immune dal produrre talvolta equivoci. Lei ne individua essenzialmente due: (i) allorché si parla di “nuovi diritti” e li si sottrae al calcolo a somma zero e (ii) ove si invoca la formula, quasi rassicurante, del “principio di massima espansione dei diritti”. Qual è la giusta misura dello *specialismo* a cui si tende occupandosi di *nuovi diritti*? E che cosa si trascura nell’invocare la massima espansione?



Posto che i diritti sono a somma zero, la teoria della “massima espansione” trascura di considerare chi – la protezione di quali diritti, quali interessi – ci perde se un diritto si espande. È un’idea tipica di chi opera in settori in cui apparentemente la scala dei diritti è fissa, come nel processo penale, in cui la cultura liberale ha sempre puntato l’attenzione sui diritti dell’imputato o del condannato, mentre i diritti della vittima e quelli della collettività passano in secondo piano. Quanto ai “nuovi diritti”, essi sono spesso soltanto la coniugazione di nuove tecnologie con vecchie libertà: per esempio, quello che oggi la scienza consente di fare in relazione a fenomeni fisiologici come la procreazione e il mantenimento in vita del malato portano il legislatore a regolare fenomeni che una volta gli sfuggivano, ed erano affidati alle libere scelte delle persone. Il mio messaggio è che, di fronte a queste nuove situazioni, il legislatore possa intervenire, limitando la nostra libertà di decidere di noi stessi, solo rispettando l’assioma della “somma zero”, cioè chiarendo quale sia il diritto o l’interesse generale egli agisca, non invece, come spesso fa il legislatore italiano (come nel caso dell’infame legge sulla procreazione assistita, in più punti dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale), in nome di “principi” e “valori” che appartengono ad una visione ideologica o teologica della vita.

È altresì molto interessante l’equivoco che Lei rinviene nella cosiddetta “tutela multilivello” generatrice di una garanzia espansiva dei diritti, operativa tra il piano nazionale e transnazionale. Tuttavia, non potendosi trascurare la diversità di genesi e vocazione delle Costituzioni nazionali rispetto alla Cedu ed alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, la fiducia nella

progressiva tutela di livello superiore si ridimensiona notevolmente. Ma cosa vi è veramente di ostacolo?

Che la Costituzione nasce dalla nostra storia ed è vissuta dalla nostra politica democratica, con tutta la dialettica che essa comporta: né la Cedu, né la Carta dei diritti hanno le stesse qualità. Dietro ad esse c'è l'idea che i diritti nascano nelle aule dei giudici (di Strasburgo e di Lussemburgo): per questo, questa idea piace molto a molti giudici italiani, che vorrebbero superare i limiti posti dalle nostre leggi ed ergersi loro come creatori dei diritti. Ma questo è un disegno incostituzionale, perché i giudici sono in Italia indipendenti e autonomi, ma comunque e sempre soggetti alla legge. Spetta alla legge regolare i diritti (e la concorrenza tra di essi), non ai giudici: se questi ritengono che la legge non risponda alla Costituzione, non possono disapplicarla, ma devono rivolgersi alla Corte costituzionale, che è l'unico organo che può invalidare le leggi.

Sul tema del rapporto tra diritti e mercato, la *mitologia* giuridica avrebbe tramandato erroneamente l'idea dell'autosufficienza del mercato rispetto alle regole giuridiche. Cosa vi è di vero e di falso in ciò?

La semplice evidenza che il mercato di per sé non esiste: è un'istituzione, cioè è istituito e regolato dalle leggi. Per costruire il mercato europeo ci son voluti volumi e volumi di regole, senza le quali il mercato non ci sarebbe.

L'Europa ha fatto della crisi un *modus vivendi* nel senso che oramai ci siamo abituati a ragionare in termini di



politiche di austerità, decisioni tecnocratiche, rassicurazione dei mercati ed insicurezza sociale dilagante. Qual è la Sua idea di Europa? È possibile pensare ad un progetto costituzionale europeo che, sulla spinta di un potere costituente dal basso, possa offrire un modello alternativo a quello attuale?

Più che di un processo costituente, che si arenerebbe subito appena si incominciasse a discutere dei principi, dei “valori”, della sovranità, ecc., abbiamo bisogno del ritorno della politica: ed è proprio quello che oggi manca in Europa (e in Italia).

Il deficit democratico europeo, come Lei osserva, non spunta inaspettatamente, ma in forza di un disegno preordinato volto a minimizzare il ruolo del Parlamento. Ma a chi non piace la democrazia e perché? Vi è un qualche legame con il parallelo deficit nella tutela dei diritti sociali?

Il deficit democratico era comprensibile e accettabile negli anni '50: si trattava di rimettere in piedi l'Europa distrutta dalla guerra “politica” e si pensava ad un mercato da costruire con poche regole. Poi il mercato stesso ha richiesto un'enorme quantità di regole, e l'introduzione della moneta unica ha inevitabilmente imposto limiti e vincoli alle scelte economiche e sociali degli Stati. A questo punto il funzionamento dell'Unione europea si è arenato e ha dimostrato che il vero deficit è quello della politica. Più l'Europa è una soluzione obbligata – almeno io la vedo così – con maggior forza richiede una guida politica del processo.

In apertura del suo volume Lei individua l'origine dello Stato di diritto nella limitazione dei poteri dei privati. Oggi l'insicurezza economica e sociale è in larga misura dovuta alla deresponsabilizzazione dello Stato rispetto agli obiettivi di tutela sociale. Lo Stato di diritto è allora in crisi anche per questa ragione, tenuto conto dello strapotere di soggetti economici che prosperano soprattutto in un mondo globalizzato?

Esattamente così. Siamo ritornati ad un livello di diseguaglianza economica incompatibile con la democrazia, e infatti le democrazie vengono smantellate o quantomeno poste ai margini delle decisioni importanti. Chi le prende, al posto degli Stati? Poteri e potentati economici, per lo più anonimi e multinazionali, rispetto ai quali nessuno riesce a svolgere un controllo o imporre limiti e sanzioni. È tornato il *lupus* di Hobbes e noi abbiamo ripreso a cercare il sovrano che ci protegga. Ne conosciamo solo uno, però: lo Stato. È da questo che bisogna ripartire, dagli Stati e dalla ripresa della politica.