

Di diritti e altre cose strane. Una replica

GIORGIO PINO*

Rights and Other Strange Things. A Reply

Abstract: The author replies to four commentaries to his book *Il costituzionalismo dei diritti* (il Mulino, 2017) taking the chance to further clarify his own stance on some topics discussed thereby.

Keywords: Constitutionalism, Fundamental rights, Social rights.

Ho avuto la fortuna di imbartermi in quattro lettori (Marilisa D'Amico, Susanna Pozzolo, Nicola Riva, Silvia Zorzetto) non solo particolarmente attenti e benevoli verso il mio libro *Il costituzionalismo dei diritti* (2017), ma soprattutto incisivi e precisi nelle loro osservazioni critiche, alcune delle quali trovo del tutto fondate (se solo ci avessi pensato...), e altre credo siano da imputare al modo infelice e/o involuto in cui ho cercato di comunicare il mio pensiero (se solo mi fossi espresso meglio...). Purtroppo, il libro è ormai lì, ad affrontare i lettori portandosi dietro tutti i difetti che vi ha messo dentro il suo autore, e che non sono passati inosservati ai commentatori. Ma posso almeno sfruttare questa occasione per provare a precisare meglio la mia posizione su alcune questioni sollevate in questo dibattito.

Prima, però, due brevi parole sul progetto che sta dietro *Il costituzionalismo dei diritti*. Il mio intento, in questo libro, è stato per un verso analitico-ricostruttivo, e per un verso normativo. Si tratta evidentemente di due compiti ben distinti concettualmente, anche se ciò non corrisponde ad una partizione topografica dell'esposizione; ritengo però di aver tenuto chiaramente separati gli argomenti dell'uno e dell'altro tipo, e di aver declinato in maniera piuttosto trasparente le mie preferenze normative.

Ebbene, dal primo punto di vista – analitico-ricostruttivo – ho provato a rendere conto di un fenomeno complesso, anche se è sotto gli occhi di tutti ed è dotato di una diffusione sostanzialmente planetaria. Questo fenomeno può essere denominato “costituzionalismo contemporaneo” o, come preferisco fare, “costituzionalismo dei diritti”, e la sua complessità deriva da una pluralità di fattori. In primo luogo, non è del tutto chiaro che cosa sia; in secondo luogo, non è del tutto chiaro quali elementi contenga; in terzo luogo, è dotato della connotazione positiva associata al termine “costituzionalismo”; in quarto luogo (e in stretta conseguenza con il punto precedente), si trova a condividere l'etichetta “costituzionalismo” con numerose altre entità (il “costituzionalismo politico”, il “costituzionalismo democratico”, il “costituzionalismo sociale”, il “costituzionalismo garantista”, il “costituzionalismo multilivello”, il “co-

* Professore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.

stituzionalismo globale”, ecc.), alcune delle quali sembrano però portare a posizioni etico-politico-giuridiche addirittura antitetiche rispetto a ciò che sembrerebbe potersi ragionevolmente ascrivere al costituzionalismo dei diritti.

Ora, per quanto riguarda le questioni appena indicate, mi è sembrato di poter utilmente qualificare il costituzionalismo dei diritti, quanto al “cosa”, non come un tipo di ordinamento giuridico (come mi pare essere più spesso qualificato), ma piuttosto come un tipo di cultura giuridica (o di ideologia, come ha notato esattamente Silvia Zorzetto): vale a dire come un insieme di atteggiamenti empiricamente rilevabili a partire da discorsi contenuti in testi come motivazioni di sentenze, contributi dottrinali, ecc.; e inoltre, quanto agli elementi che lo compongono, mi è sembrato di poter individuare una serie di posizioni che in un modo o nell’altro discendono tutte dall’idea della supremazia della costituzione e specialmente del suo contenuto etico sostanziale (i diritti, principi e valori contenuti nella costituzione). Il costituzionalismo dei diritti potrebbe dunque essere definito, in pochissime parole, come l’insieme delle conseguenze giuridiche che vengono fatte discendere dall’idea della supremazia assiologica della costituzione. L’individuazione di queste posizioni e conseguenze giuridiche – che cerco di sviluppare soprattutto nei primi due capitoli del libro – consente poi di distinguere il costituzionalismo dei diritti da altri “costituzionalismi” che pure si incontrano frequentemente nel dibattito filosofico-giuridico e filosofico-politico contemporaneo.

Dal secondo punto di vista – quello normativo – il mio intento è stato di sviluppare una difesa del modello del costituzionalismo dei diritti nei confronti di molteplici critiche di cui è bersaglio. Sono lieto del fatto che più di un commentatore ha notato che il modo in cui ricostruisco le critiche, o almeno alcune di esse, è caritatevole. In effetti, nel dibattito sul costituzionalismo dei diritti le posizioni critiche sono spesso assai bene argomentate, e puntano il dito su questioni e preoccupazioni reali che non è possibile dismettere come disaccordi o confusioni puramente verbali, o simili.

Tuttavia, ciò che cerco di mostrare in questo libro è che oltre ai disaccordi valoriali sostanziali (ad esempio, il disaccordo sostanziale sul valore della democrazia, o su quello della certezza del diritto, o sulla priorità di certe categorie di diritti rispetto ad altre), il dibattito attorno al costituzionalismo contemporaneo registra *anche* alcuni fraintendimenti di tipo “concettuale”; e questi sono in particolare i fraintendimenti sulla struttura e sul funzionamento dei diritti – diritti in generale, e diritti fondamentali in particolare. Da fraintendimenti di questo tipo originano alcuni veri e propri crampi concettuali – o, più spesso, illusioni ottiche non innocenti da un punto di vista ideologico – quali ad esempio l’idea che solo alcuni diritti costino; o che solo alcuni diritti siano “giustiziabili”; o che i diritti siano distinguibili in “generazioni”, di modo che i veri diritti sono solo quelli appartenenti alla prima generazione, mentre man mano che si procede nelle generazioni successive ci si trova davanti solo a simulacri di diritti, illusioni consolatorie prive di reale valore; o che bilanciare i diritti equivalga ad azzerarli; o che la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali generi allo stesso tempo l’azzeramento della libertà del legislatore e l’espansione della discrezionalità giudiziale. Ebbene, la mia opinione è che varie questioni di questo tipo possano essere letteralmente sgonfiate grazie ad una più precisa concettualizzazione di cosa sia e di come funzioni un diritto fondamentale.

Questo ovviamente richiede l’elaborazione di una proposta teorica (una teoria dei

diritti fondamentali), che come tale è controvertibile e utilizza in parte stipulazioni. Il successo di questa proposta deriverà dai noti fattori, non precisamente misurabili, come capacità esplicativa, coerenza interna, semplicità, eleganza, non eccessiva distanza dagli usi esistenti... In poche parole, gli ingredienti principali della teoria dei diritti fondamentali sviluppata nel libro sono una teoria dei diritti soggettivi che elabora l'impianto di Hohfeld, e l'idea che i diritti fondamentali abbiano una struttura e un comportamento analogo a quello dei principi – in virtù del fatto che le norme attributive di diritti fondamentali sono di solito principi. Tra le varie conseguenze di questa costruzione teorica, vi è quella che i diritti non sono né delle monadi, perfettamente isolate rispetto agli altri abitanti del nostro paesaggio etico, politico e giuridico; né delle entità autoapplicative e autosufficienti – al contrario, i diritti fondamentali richiedono numerose decisioni autoritative (concretizzazioni, bilanciamenti...), da parte di diversi soggetti, e richiedono l'allocazione di apposite risorse economiche, amministrative, ecc. Dunque ha perfettamente ragione Marilisa D'Amico quando nota che “se non ci occupiamo del potere, perdiamo di vista anche i diritti”. Di più: direi che il discorso dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo ha anche l'effetto di strutturare in un certo modo il rapporto tra i poteri, moltiplicando i soggetti istituzionali che hanno un ruolo nella definizione dei diritti, ed eventualmente ponendo tali soggetti in tensione tra loro (come ha efficacemente notato Zorzetto, il modello del costituzionalismo dei diritti non è “apollineo”, non si fonda su un'armonia prestabilita, ma al contrario incorpora programmaticamente molteplici tensioni).

Ora, dal punto di vista della scelta a favore di una teoria dei diritti fondamentali anziché di un'altra, Nicola Riva oppone alla teoria da me impiegata (e che definisce “allargata”) una diversa teoria (che definisce “ristretta”), che si caratterizza per qualificare come diritti fondamentali solo i diritti rivolti verso un'autorità politica a che promuova e non leda certi beni fondamentali (come ad esempio la vita, o la salute). Come dicevo poc'anzi, non esiste un punto archimedeo dal quale giudicare che una teoria sia oggettivamente migliore di un'altra: fatti salvi i casi di teorie autocontraddittorie o altrimenti folli, siamo nel mare aperto delle valutazioni. Tuttavia, mi pare che almeno da un paio di punti di vista la proposta teorica di Riva risulti insoddisfacente – quantomeno rispetto alle nostre intuizioni sui diritti fondamentali e agli usi correnti. Prendiamo ad esempio il caso del diritto fondamentale alla salute, che secondo la teoria ristretta di Riva ha come contenuto la duplice pretesa verso i pubblici poteri di non ledere la salute, e di promuoverla, e si pensi ad un caso di incidente stradale: sembra un po' strano che la condotta del privato che ha causato l'incidente non rappresenti una lesione del diritto fondamentale alla salute della vittima dell'incidente, mentre in ipotesi sarebbe una lesione del diritto fondamentale alla salute solo il fatto che il legislatore non abbia previsto un obbligo di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica (o non abbia adeguatamente assicurato la sicurezza stradale). Lo stesso potrebbe dirsi per la morte causata da un conflitto a fuoco (la lesione del diritto fondamentale alla vita non sarebbe perpetrata dal privato che spara, ma solo dallo Stato che non proibisce, o non impedisce efficacemente, il traffico di armi), o per la violenza sessuale (la lesione del diritto fondamentale all'integrità sessuale e della dignità della vittima sarebbe causata non dall'autore dell'atto, ma solo dallo Stato che non proibisce, o non impedisce ade-

guatamente, il compimento di atti di violenza sessuale). Insomma, spostare tutto il peso dei diritti fondamentali sulla loro dimensione politica ha l'effetto, che a me pare controintuitivo e distante dalla pratica, di non spiegare adeguatamente una parte molto importante del discorso contemporaneo sui diritti fondamentali. Da questo punto di vista, la teoria ristretta proposta da Riva è davvero troppo ristretta. E per altro verso, però, la teoria è solo apparentemente ristretta, visto che non sono agevolmente delimitabili le possibili azioni richieste dalla duplice pretesa di non ledere la salute e di promuoverla.

Passando adesso dalla metateoria alla teoria dei diritti, qualche specifico chiarimento mi sembra necessario sulla scorta delle stimolanti osservazioni di Susanna Pozzolo. Mi sembra che il contributo di Pozzolo contenga principalmente due ordini di critiche al mio libro: per un verso di non prendere sul serio i diritti, e per altro verso di non prendere sul serio l'eguaglianza (e in particolare l'eguaglianza uomo-donna). Entrambe le critiche, a dire il vero, mi sembrano fuori bersaglio.

Quanto alla prima critica, infatti, ho dedicato gran parte del libro a mostrare che il bilanciamento *a*) è ineludibile in regime di costituzione pluralista (in una costituzione pluralista, nessun diritto è assoluto); e *b*) bilanciare un diritto non equivale a farlo scomparire: un diritto mantiene una sua forza normativa anche se sottoposto a bilanciamento, e questa forza consiste esattamente nel fatto che il bilanciamento non può consistere nella soppressione di quel diritto – qualcosa del diritto recessivo deve restare anche dopo il bilanciamento, e se ciò non accade, vuol dire che il presunto bilanciamento ha in realtà violato uno dei due diritti. E il discorso del bilanciamento non implica affatto che ogni limitazione di un diritto vada bene, né che la limitazione di un diritto si possa spingere fino al suo azzeramento. La teoria dei diritti fondamentali ha elaborato alcune distinzioni (ostacolo vs impedimento; limitazione vs violazione; *scope* vs *stringency*, ecc.) che, per quanto controvertibili, mirano a rendere conto esattamente di questi fenomeni, e cioè del fatto che i diritti fondamentali non si comportano come monoliti, o come casseforti, o come palloncini che se forati scoppiano, ma piuttosto come “ondate” (J. Waldron) o come “ombrelli sotto un acquazzone” (R. Bin). Mi rendo perfettamente conto che la semplicità di queste metafore cela concetti alquanto complicati e controvertibili, ma francamente non vedo come si possa sensatamente sostenere che qualunque limitazione di un diritto faccia scomparire il diritto stesso, né ho ancora trovato una teoria dei diritti fondamentali in grado di elaborare una alternativa plausibile al bilanciamento, senza limitarsi a nascondere sotto il tappeto. (Peraltro il ricorso all'idea dworkiniana dei diritti come “briscole”, impiegata anche da Pozzolo, spesso fa dimenticare che lo stesso Dworkin afferma chiaramente che se i diritti confliggono tra loro non si può far altro che bilanciarli.) Pozzolo ha ragione quando segnala che la retorica del bilanciamento può far perdere di vista la forza dei diritti; ma da questa premessa si può solo trarre la conseguenza di esigere una particolare attenzione nel compiere le operazioni di bilanciamento, e uno scrutinio particolarmente attento su tali operazioni, non l'eliminazione del bilanciamento.

Quanto alla seconda critica, essa deriva dal fatto che ho incluso tra i diritti sociali anche il diritto alla parità retributiva tra uomo e donna (art. 37 Cost. it.). Pozzolo considera questo “un errore”, causato per un verso da una mia sbagliata configurazione dei diritti sociali (con particolare riferimento alla mia tesi che il soggetto obbligato

alla soddisfazione di un diritto sociale può anche essere un soggetto privato), per altro verso dalla mia errata concettualizzazione del valore dell'eguaglianza, per altro verso dall'idea, nuovamente, che tutti i diritti siano bilanciabili, e per altro verso ancora, infine, dal fatto che il mio approccio ai diritti fondamentali è influenzato dal sessismo di cui è impregnata la nostra cultura (per cui, in fin dei conti, "non si tratt[erebbe] di una banale svista"). Per parte mia, però, credo che la mia posizione sia coerente, ben fondata, e nient'affatto squilibrata quanto alla considerazione del valore dell'eguaglianza. Provo a spiegarmi, non aggiungendo nulla di nuovo – se non forse una prosa meno stringata – rispetto a quanto ho esposto nel libro a questo riguardo.

A mio modo di vedere, i diritti sociali hanno una fondamentale ispirazione egualitaria. Con ciò intendo dire che i diritti sociali servono a riequilibrare situazioni di fatto squilibrate, situazioni cioè caratterizzate da una diseguaglianza di fatto (*non* di diritto) quanto – ad esempio – ad opportunità lavorative, accesso all'istruzione, all'abitazione, alle cure mediche, ecc. I diritti sociali perseguono questo riequilibrio imponendo obblighi prestazionali a determinati soggetti (pubblici o privati), prestazioni che possono essere economiche o di altro tipo. Immaginiamo un contesto sociale in cui alcuni individui (ad esempio, le donne) incontrino *di fatto* maggiore difficoltà ad accedere al mercato del lavoro, o vengano *di fatto* pagate meno degli uomini, o siano *di fatto* più soggette degli uomini a licenziamento una volta che contraggano matrimonio. Ora, a qualcuno (una assemblea costituente, un legislatore, un filosofo morale) può sembrare una buona idea – certamente lo sembrerebbe a me – introdurre in questo quadro un diritto delle donne, rispettivamente, a godere di misure agevolative di qualche tipo per accedere al mercato del lavoro, a ricevere pari retribuzione a parità di lavoro, a non essere licenziate in caso di matrimonio. Nella misura in cui si tratta di diritti che perseguono l'eguaglianza sostanziale introducendo obblighi prestazionali a carico di altri soggetti, io li chiamo diritti sociali. (Ricordo che il "sociale" qui è da mettere in relazione al fatto che si tratta di diritti che intendono assicurare la piena partecipazione dei loro titolari a tutti gli aspetti della vita sociale, neutralizzando differenze determinate dalla rawlsiana "lotteria naturale".)

Pozzolo a questo proposito insiste sull'idea di discriminazione, e sostiene che poiché in esempi come quelli che ho fatto poco sopra è in ballo appunto la discriminazione sulla base di qualità personali (in questo caso il sesso), allora ci troviamo su un piano molto più fondamentale di quello in cui intervengono i diritti sociali – sul piano dei fondamenti stessi del contratto sociale ("l'uguaglianza tra i partecipanti è *il presupposto* del sistema dei diritti, non è un obiettivo da raggiungere attraverso la redistribuzione della ricchezza"; "se alle donne è riservato un trattamento discriminate *perché* donne, fallisce l'intero castello dei diritti", enfasi nell'originale). Mi pare che qui Pozzolo confonda tra diversi significati di "discriminazione". Infatti, se si intendesse la discriminazione come una ingiustificata differenza di trattamento *sancita per legge* (discriminazione di diritto), allora avrebbe certamente ragione Pozzolo, e il richiamo ai diritti sociali sarebbe effettivamente fuori luogo; ma mi sembra chiaro – se non altro in virtù del ripetuto riferimento alla eguaglianza sostanziale – che il mio discorso sui diritti sociali si riferisca alla discriminazione come ingiustificata differenza *fattuale* di trattamento (discriminazione di fatto). La mia opinione è che i diritti sociali intervengano a correggere o mitigare situazioni di diseguaglianza (non formale ma) so-

stanziale, discriminazioni (non di diritto ma) di fatto, e il diritto alla parità retributiva, nella misura in cui è funzionale a questo scopo, rientra legittimamente nella categoria.

Una veloce notazione su un punto specifico, anch'esso sollecitatomi dalle osservazioni di Pozzolo: non per pedanteria, ma perché mi sono reso conto di aver espresso una tesi in maniera eccessivamente sintetica; colgo dunque questa occasione per provare a formulare il mio pensiero meglio di quanto non mi sia riuscito di fare nel libro. Il punto è la possibilità che il soggetto obbligato ad assicurare un diritto sociale sia un privato, e non solo lo Stato (come invece vuole la *vulgata* corrente, alla quale anche Pozzolo aderisce). Ebbene, pensiamo ad un diritto sociale come il diritto dei non abbienti di ottenere difesa legale a titolo gratuito. Questo diritto, evidentemente, rientra nella mia definizione di diritto sociale. Ora, il soggetto chiamato a sostenere i costi del patrocinio gratuito può certamente essere lo Stato (e spesso lo è). Ma nulla impedisce – e in taluni ordinamenti effettivamente accade – che alcuni soggetti privati (studi legali, fondazioni umanitarie, ecc.) siano obbligati a sostenere tali costi, senza alcuna spesa a carico delle finanze pubbliche. In questi casi sullo Stato ricadrebbe solo l'obbligo (un obbligo di secondo livello) di introdurre l'obbligo (di primo livello) a carico di quei soggetti privati di assicurare a loro spese le prestazioni rilevanti. Lo stesso accadrebbe con un sistema previdenziale interamente finanziato da soggetti privati, o con un sistema sanitario interamente privato in cui i soggetti meno abbienti godono di una assicurazione sanitaria pagata da altri soggetti privati (datori di lavoro, organizzazioni umanitarie...), o in cui le strutture sanitarie siano obbligate per legge ad assicurare a proprie spese le prestazioni sanitarie a certe categorie di richiedenti (per un esempio – reale – particolarmente perspicuo, v. Corte costituzionale n. 167/1999, sulla servitù coattiva di passaggio a favore dei portatori di handicap). Da un punto di vista formale, peraltro, la situazione è del tutto analoga a quella di molti diritti di libertà, come il diritto alla vita: vi è un obbligo (di primo livello) a carico dei consociati di non ledere il diritto alla vita, e un obbligo (di secondo livello) dello Stato di obbligare i consociati a non ledere il diritto alla vita, ad esempio introducendo il reato di omicidio. In entrambi i casi l'obbligo di secondo livello sarà normalmente di fonte costituzionale e l'*interpositio legislatoris*, ancorché non necessaria in assoluto, sarà di volta in volta richiesta o per specificare la genericità e indeterminatezza dei principi costituzionali, o a causa della riserva di legge in materia penale (come nell'esempio del reato di omicidio fatto poco sopra), o simili.

Ovviamente, negli esempi che ho fatto sopra si pongono delicate questioni di filosofia politica, che non posso affrontare qui. Ciò che intendevo mostrare è però che è perfettamente immaginabile un diritto sociale, o addirittura un intero sistema di diritti sociali, in cui il soggetto obbligato alla prestazione corrispondente non sia lo Stato ma soggetti privati.

Concludo con una veloce osservazione *pro domo mea*. Il dibattito che *Politeia* ha avuto la generosità di ospitare, inclusa questa mia replica certamente troppo sintetica, credo mostri chiaramente che non solo nella pratica ma anche nella teoria dei diritti fondamentali c'è ancora molto lavoro da fare – i diritti sono cose complicate, non ultimo a causa del sostrato valutativo che si tirano dietro. Il mio libro ha inteso essere un modesto contributo alla chiarificazione e alla difesa del linguaggio dei diritti, e dibattiti come questo mi confortano sull'interesse e l'importanza di continuare a discuterne.