

Associazione “Gruppo di Pisa”  
Convegno annuale “Cos’è un diritto fondamentale?”  
Cassino, 10-11 giugno 2016

Relazione di sintesi  
**I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali**  
Alessandra Algostino

*Sommario. 1. Premessa; 2. Diritti fondamentali alla prova: i diritti dei migranti. 2.1. Uno status giuridico a tutele variabili. 2.2. Titolarità: diritti fondamentali per chi? 2.3. Oggetto: tra concretizzazione e ambiguità del “nucleo irriducibile”. 2.4. Fondamento e riconoscimento: il ruolo del multiculturalismo; 3. Il diritto ai beni vitali: nuova frontiera dei diritti o mistificazione di una regressione? 3.1. Precondizionalità, scarsità e rischio di predazione come possibili criteri identificativi della categoria. 3.2. Dalle calorie minime al cibo culturalmente orientato, ovvero sul contenuto variabile del diritto ai beni vitali. 3.3. Il senso poliedrico dei beni vitali; 4. Nota conclusiva: migranti e beni vitali alla prova della globalizzazione.*

*1. Premessa*

In primo luogo vorrei ringraziare il direttivo del Gruppo di Pisa per l’invito e per l’attiva partecipazione al percorso di elaborazione delle relazioni; ringrazio altresì i colleghi di Cassino per la loro generosa ospitalità nonché i partecipanti alla sessione che ho avuto l’onore e l’onere di coordinare, ovvero “I diritti fondamentali dei migranti e democrazia”, per la ricchezza di stimoli, contenuti, interpretazioni che sono stati presentati nel dibattito, ai quali – mi scuso sin d’ora – sicuramente non riuscirò a rendere giustizia in questo intervento.

Le relazioni che hanno introdotto i nostri lavori muovono in due ambiti differenti: i diritti dei migranti (Roberto Cherchi) e il diritto ai beni vitali (Benedetta Vimercati).

Nel gruppo di lavoro si è discusso principalmente dello *status* giuridico dei migranti, con una concentrazione degli interventi – mi pare di poter sintetizzare – intorno a tre questioni, affrontate con sensibilità ed approcci differenti di cui tenterò di dar conto nel prosieguo.

Prima questione: effettività dei diritti. Mi riferisco, ad esempio, alla sollecitazione di Paolo Bonetti sull’utilizzo del diritto internazionale come strumento per sostanziare i diritti<sup>1</sup>, argomento ripreso in relazione al contesto venezuelano da Flor Avila, alla suggestione di Joerg Luther relativa alla “privacy di comunità” e al ragionamento in termini di invasione come logica contrastante con l’idea liberale di diritti individuali, al tema ricorrente del vuoto di tutela alle frontiere (così, fra gli altri, Marco Benvenuti) e nella garanzia del diritto di asilo (Paolo Bonetti, Alessio Rauti, Elisa Cavasino), al richiamo di Laura Ronchetti ad interpretare la Costituzione a partire da una sua idea normativa o alla prescrittività della Costituzione (Gaetano Bucci) o, ancora, al valore e al «posto» della dignità (Francesco Belvisi).

Seconda questione: concetto e ruolo della cittadinanza; con una insistenza sull’elemento della volontarietà (così Paolo Bonetti), una riflessione sui modelli di cittadinanza (Alessio Rauti) e sulla discontinuità della parola (Pasquale Beneduce), una precisazione sui rischi che, con l’aggettivazione, essa divenga parziale e senza qualità (Marco Benvenuti) e sulla centralità della residenza (così Andrea Lollo), per finire con un’adesione al criterio della gradualità, senza

---

<sup>1</sup> Argomento che Paolo Bonetti ha declinato anche in relazione al diritto ai beni vitali.

nascondersi come essa possa andare incontro a difficoltà che finiscono per integrare un diniego della cittadinanza (Elisa Cavasino).

Terza questione: pluralità degli *status* giuridici e logica del gradualismo; elementi più volte evocati, sia in chiave critica (come nell'intervento di Alessio Rauti) che adesiva (per esempio da parte di Elisa Cavasino).

Gli interventi, dicevo, si sono focalizzati in specie sui diritti dei migranti, ma esiste tuttavia, a mio parere, un *trait d'union* fra i due temi (diritti dei migranti e diritto ai beni vitali). Entrambi, come cercherò di argomentare, con l'aiuto delle riflessioni emerse in *atelier*, esprimono tensioni e veicolano questioni capaci di interrogare, se non di revocare in dubbio, la categoria – peraltro eterogenea ed oggetto di una pluralità di ipotesi interpretative, come è emerso nella relazione introduttiva di Vincenzo Baldini<sup>2</sup> – dei diritti fondamentali, ovvero, come ha rilevato in sede di discussione Lorenza Violini, forniscono interessanti spunti per delimitarne il contenuto. Ne anticipo alcuni: diritti fondamentali *per chi*? Un diritto fondamentale *può non essere universale*? Qual è l'ambito del diritto fondamentale? Un diritto fondamentale tollera gradazioni? E, ancora: qual è il senso di qualificare un diritto “fondamentale”? Esiste una equivalenza fra diritto fondamentale e diritto costituzionale?

Ampliando il discorso, poi, ci si può chiedere se ragionare di “nucleo essenziale” (come avviene quando si discorre ad esempio di diritto alla salute dei migranti) o di “beni necessari per la sopravvivenza” (secondo una delle possibili accezioni di diritto ai beni vitali), accresce l'orizzonte dei diritti o mistifica la loro regressione. Quali sono le nuove sfide che il cammino dei diritti incontra?

I diritti dei migranti e il diritto ai beni vitali, dunque, possono essere letti, in primo luogo, come test circa l'esistenza e la consistenza della categoria “diritto fondamentale”, in quanto ne palesano alcune questioni chiave, così come ambiguità e contraddizioni: i diritti fondamentali alla prova.

In secondo luogo, essi rappresentano una cartina di tornasole dello stato dei diritti, che restituisce la mappa dei conflitti e le linee di tendenza che attraversano questo primo ventennio del XXI secolo.

## 2. Diritti fondamentali alla prova: i diritti dei migranti

### 2.1. Uno status giuridico a tutele variabili

I diritti dei migranti – restando su un piano puramente descrittivo – sono diritti flessibili, ovvero a tutele crescenti o riconosciuti «in misura attenuata», in una prospettiva contrattualistica che avalla una «lettura negativa o riduttiva dei diritti» (come rileva Roberto Cherchi, con gli interventi adesivi, ma anche critici, emersi – come anticipato – nel gruppo di lavoro, quando si trascorre da un piano descrittivo ad uno prescrittivo). Sono diritti *sub conditione*, ovvero subordinati alla regolarità della presenza e/o al tempo di permanenza nel territorio dello Stato (lo schema del «soggiorno legale stabile e durevole», di cui ragiona Roberto Cherchi), con l'utilizzo solo in chiave residuale del riconoscimento dei diritti allo straniero in quanto persona umana.

La mancanza in capo al migrante di un diritto costituzionale di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale rende inoltre aleatoria la garanzia di qualsivoglia diritto gli venga riconosciuto<sup>3</sup>, sino

---

<sup>2</sup> V. Baldini, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*: «l'esperienza dei diritti fondamentali risulta sempre più caratterizzata da un pluralismo di fonti di produzione di diverso livello (nazionale, sovranazionale, internazionale), oltre che da una varietà di approcci esegetici»; cfr. altresì Id., *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. pp. 104 e 110.

<sup>3</sup> G. U. Rescigno, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, pp. 37 ss., sottolinea come vi sia un elemento irriducibile che differenzia il cittadino rispetto al non-cittadino: il diritto di risiedere, e come

all'immagine di uno straniero che, in ragione della mancanza di qualsivoglia radicamento territoriale, appare privo di diritti costituzionali (così Roberto Cherchi).

Quando i diritti sono riconosciuti, invece, domina la gradualità (come è emerso nei lavori, negli interventi pocanzi richiamati). Essa – intesa sempre come dato descrittivo e non da assumere come elemento coerente rispetto all'orizzonte costituzionale e internazionale di tutela dei diritti –, conosce declinazioni differenti, secondo almeno due variabili: il tipo di diritto (potendosi distinguere in prima approssimazione diritti civili, sociali e politici) e lo *status* giuridico del migrante (con un affievolimento progressivo dal cittadino al lungo soggiornante al titolare di semplice contratto di soggiorno alla persona irregolarmente presente sul territorio).

Ovviamente non intendo qui però riprendere il contenuto della approfondita relazione di Roberto Cherchi (così come non posso ricostruire la ricchezza del dibattito), ma riflettere sugli spunti che lo *status* giuridico dei migranti – o, in taluni casi, come, per tutti, gli *hot spot*, il non-*status* giuridico – offre per abbozzare delle possibili risposte al titolo-domanda di questo convegno “cos'è un diritto fondamentale?”.

Come diritti fondamentali alla prova, i diritti dei migranti pongono almeno tre grandi questioni inerenti la titolarità del diritto, l'oggetto del diritto, il fondamento e il riconoscimento del diritto.

## 2.2. Titorità: diritti fondamentali per chi?

La Corte costituzionale in una serie di note – e ormai risalenti – pronunce in tema di stranieri e diritti considera come, nel sancire il principio di eguaglianza, il riferimento dell'art. 3 Cost. ai «cittadini» non debba essere interpretato letteralmente e come l'art. 3 debba essere letto «in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, Cost.». «Perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali»<sup>4</sup>, cioè quei «diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»<sup>5</sup>. Non sono ammissibili discriminazioni, dunque, quando si ragiona di diritti fondamentali<sup>6</sup> (sulle discriminazioni ha insistito in *atelier* Alfonso Maresca, sottolineando la necessità di evitare che gli stranieri si sentano discriminati).

La Consulta postula un'equivalenza fra diritto fondamentale e diritto inviolabile dell'uomo, per cui si può dedurre che il diritto fondamentale è *tout court* diritto della persona umana<sup>7</sup>?

Invero, non pare che l'analisi della giurisprudenza costituzionale consenta di trarre conclusioni così stringenti.

In primo luogo si può constatare come la Consulta, trattando dei diritti degli stranieri, si avvalga spesso non tanto della locuzione «diritto fondamentale» quanto dell'espressione «diritto inviolabile», senza sciogliere il nodo circa una loro possibile sinonimia. La libertà personale, ad esempio, è annoverata fra i diritti inviolabili, per cui «spetta ai singoli non in quanto partecipi di

---

il non-cittadino potrebbe «godere di tutti i diritti della cittadinanza-partecipazione (quelli civili, quelli politici, quelli sociali), se leggi benevole dello Stato [n.d.r.: o direttamente la Costituzione] di accoglienza hanno deciso così...», ma questo godimento sarebbe del tutto precario ed eventuale, sia perché il non-cittadino può essere fermato alla frontiera, sia perché, anche se entrato nel territorio dello Stato, può esserne cacciato» (p. 42).

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 120 del 1967.

<sup>5</sup> Corte cost., sent. n. 104 del 1969.

<sup>6</sup> Esiste una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», che «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza» si legge in Corte cost., sent. n. 172 del 1999 (una pronuncia, peraltro, rimasta isolata).

<sup>7</sup> Si inverte l'ordine della domanda formulata in apertura da Elettra Stradella: «tutti i diritti umani sono anche diritti fondamentali?».

una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»<sup>8</sup>; così come «diritto inviolabile» è definito il diritto alla difesa<sup>9</sup>. La qualificazione di un diritto come inviolabile è in genere connessa al suo riconoscimento a prescindere dal titolo di presenza sul territorio e compare, in specie, nelle ipotesi in cui si precisa che il diritto è riconosciuto anche allo straniero irregolarmente soggiornante.

In secondo luogo, non è da sottovalutare la circostanza che la locuzione «diritti fondamentali» si accompagna spesso alla specificazione «della persona umana».

La qualificazione come «fondamentale» compare ad esempio in relazione al diritto alla salute, che – anche in aderenza alla lettera del testo costituzionale<sup>10</sup> – è inserito fra i diritti fondamentali della persona<sup>11</sup>, così come in affermazioni dal contenuto più ampio: «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana»<sup>12</sup>.

La precisazione «della persona umana» sottintende la possibilità di distinguere fra diritti fondamentali della persona e, in ipotesi, diritti fondamentali del cittadino?

La scissione dei diritti fondamentali in sottoinsiemi distinti a seconda della titolarità può trovare un parallelismo nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di diritti politici. Il diritto di voto è inserito fra i diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*<sup>13</sup>, ma al contempo si muove dal presupposto che il diritto politico sia un “diritto dell’uomo, in quanto cittadino”.

Potrebbe obiettarsi che proprio l’assunto della Consulta permetterebbe di ragionare in ogni caso di diritti fondamentali della persona umana, poi specificando “in quanto cittadino”, o “in quanto presente regolarmente sul territorio”, e via discorrendo. La replica peraltro sarebbe quasi scontata: è evidente che siamo in presenza di una perifrasi che cela un riconoscimento differenziato in relazione allo *status* giuridico. Semplificando, affermare che i diritti fondamentali sono della persona “in quanto cittadino” equivale a sostenere che i diritti fondamentali sono riconosciuti al cittadino. Si torna alla considerazione che possono darsi diritti fondamentali riconosciuti a tutti e diritti fondamentali attribuiti al solo cittadino.

È la stessa contraddizione che pare di cogliere nella teoria di Luigi Ferrajoli, laddove egli, nel proporre la sua «definizione teorica, puramente formale o strutturale» di diritti fondamentali, afferma che sono tali «tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire»<sup>14</sup>.

Lo *status* giuridico dei migranti, dunque, in prima istanza interroga la questione della titolarità del diritto fondamentale: *diritti fondamentali per chi?*

Due paiono le interpretazioni possibili.

La prima: la categoria “diritto fondamentale” prescinde dalla questione della titolarità o, forse meglio, convive con intitolazioni dei diritti differenti. I diritti fondamentali possono essere della persona umana, del cittadino, del migrante presente regolarmente sul territorio, dell’individuo in stato di rifugio. Detto altrimenti, il diritto fondamentale non corrisponde al diritto umano<sup>15</sup> e la

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 105 del 2001.

<sup>9</sup> Fra le prime, cfr. Corte cost., sent. n. 492 del 1991.

<sup>10</sup> «La Repubblica tutela la salute come *fondamentale* diritto dell’individuo...» (art. 32 Cost.; corsivo mio).

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 252 del 2001.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 198 del 2000.

<sup>13</sup> Cfr., ad esempio in relazione al diritto di elettorato passivo, Corte cost., sent. nn. 235 del 1988, 571 del 1989, 141 del 1996.

<sup>14</sup> L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998/2, p. 5, nonché Id., *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

<sup>15</sup> Si veda in argomento quanto osserva Vincenzo Baldini nella sua relazione, laddove, da un lato, rileva come, «nella pratica, riesce difficile se non impossibile distinguere i diritti fondamentali dai diritti umani positivizzati, la cui intrinseca portata universale, quali diritti naturali o morali, si stempera nelle maglie del diritto positivo statale»; dall’altro, sostiene che «la genesi dei diritti fondamentali non sembra evidenziare senz’altro ed integralmente una continuità con la storia dei diritti umani», ma mantiene una propria «specificità autoreferenziale che rinvia, in buona

qualificazione come fondamentale non discende dal fatto che sia riconosciuto in capo a “tutti” o non impone un riconoscimento universale.

Una possibile implicazione di questo approccio potrebbe consistere nel legare la qualifica di diritto fondamentale ad un’identità politica – ovvero un patriottismo costituzionale à la Habermas<sup>16</sup> (la religione civile, ricordata nel dibattito da Raffaele Maione) –, per cui sarebbe quest’ultima a determinare i diritti che in ciascuna comunità politica sono fondamentali. Corollario, sul piano giuridico, di tale tesi può essere l’affermazione di una coincidenza fra diritto fondamentale e diritto costituzionale (ipotesi che Vincenzo Baldini ricorda esprimere l’orientamento prevalente, pur revocandola in dubbio alla luce dell’esperienza attuale<sup>17</sup>, e intorno alla quale ha argomentato Elettra Stradella<sup>18</sup>), così come la rimessione agli organi di giustizia costituzionale della specificazione dell’area dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali, cioè, sarebbero legati al singolo ordinamento giuridico e allo spazio costituzionale statale (ammettendo, tutt’al più, le influenze discendenti da un assetto multilivello di tutela dei diritti o contemplando la possibilità di un percorso storico che approdi, ad esempio nell’ambito di un processo di integrazione sovranazionale, come potrebbe essere quello europeo, ad una estensione territoriale dell’approccio).

I diritti umani in questa prospettiva potrebbero integrare il minimo comun denominatore fra ciò che è definito nei vari contesti fondamentale, così come rappresentare l’insieme dei diritti che nei diversi ordinamenti sono riconosciuti a tutte le persone umane, sulla scia, per limitarsi a due esempi, della teoria del “consenso per intersezione” (Salvatore Veca)<sup>19</sup> oppure dell’“universalismo sottile” che discende dall’esperienza della reiterazione (Michael Walzer)<sup>20</sup>. I diritti umani potrebbero quindi avere una traduzione giuridica positiva a livello internazionale (al momento molto carente sotto il profilo delle garanzie e non scevra da ambiguità)<sup>21</sup> e a livello

---

sostanza, alle ragioni del costituzionalismo liberale come momento di lotta per la limitazione di un potere politico assoluto».

<sup>16</sup> J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 94.

<sup>17</sup> Esperienza che vede la nascita – sintetizza Vincenzo Baldini – di diritti fondamentali «di fonte legislativa», così come «l’aggregazione al catalogo dei diritti fondamentali dei diritti “umani” sanciti da Carte internazionali», senza trascurare il ruolo della giurisprudenza, nel suo assetto multilivello.

<sup>18</sup> Cfr. sul punto anche Roberto Cherchi, laddove, nel concludere il suo intervento, afferma, constatando l’esistenza di diritti costituzionali non fondamentali, come non si possa assumere la coincidenza fra diritto costituzionale e diritto fondamentale.

<sup>19</sup> In tema, cfr. S. Veca, *Dell’incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 373-375, il quale identifica i diritti umani «nel centro focale dell’area del consenso per intersezione», quali «diritti umani politicamente neutrali». Si assume la presenza di un contesto plurale e, «in una situazione di simmetria fra i commentatori che sono sotto velo di ignoranza quanto alle concezioni del bene di ciascun partecipante, si proced[e] allo scambio dell’informazione che consiste nella comunicazione dei commenti sulle circostanze in cui una vita umana non è degna di essere vissuta»: «l’insieme dei commenti che precede il riconoscimento della differenza fra i commentatori è ... l’area di consenso per intersezione nel cui centro focale vi è la tesi sui diritti umani».

<sup>20</sup> «L’esperienza della reiterazione» consente di cogliere «la diversità delle rivendicazioni» e, nel contempo, che «le rivendicazioni fatte da noi le fanno anche altri». Le costanti, le intersezioni, l’eguaglianza o somiglianza dei valori rivendicati, rappresentano la visione “sottile” (*thin*) dell’universale, il quale conosce poi tutta una serie di «implicazioni particolaristiche», di modalità differenti di rivendicazioni. È un universalismo minimale: Walzer non indulge a facili ottimismo quanto alla sostanza del nucleo comune, ma ragiona piuttosto in termini di «comunanze differenziate», di «pluralità di insiemi, parzialmente coincidenti, ognuno dei quali ha in comune con gli altri certi lineamenti», alcuni «tratti comuni ... incorporati entro un particolare sistema culturale e elaborati in modi altamente specifici» (M. Walzer, *Due specie di universalismo*, in *MicroMega*, 1991/1, pp. 134-141).

<sup>21</sup> La traduzione giuridica a livello internazionale, coerente con una effettiva universalità – si precisa – non coincide peraltro necessariamente con la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 o i Patti delle Nazioni Unite del 1966 (sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali), molto debitori nei confronti di un orizzonte “occidentale”; per ampie argomentazioni in merito, si consenta il rinvio a A. Algostino, *L’ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli, 2005.

statale (nella misura in cui i diritti umani corrispondono a diritti costituzionali, con gli ovvi limiti di ogni positivizzazione limitata al territorio di uno Stato).

Torniamo però ora ai diritti dei migranti. Un'altra possibile interpretazione circa gli interrogativi che ruotano attorno alla titolarità, e al concetto, di diritto fondamentale si concentra sulle ambiguità e sulle contraddizioni che la presenza di persone prive della cittadinanza disvela (ambiguità che nella discussione è emersa in specie in relazione a quei non-luoghi – come li ha definiti Marco Benvenuti – che sono le frontiere). Questa lettura, in specie, pare convincente se ci si interroga sul senso della qualificazione in termini di diritto fondamentale. Se il diritto è fondamentale, come può non essere riconosciuto a tutti? Come può tollerare esclusioni sulla base del possesso della cittadinanza?

L'universalità è un requisito imprescindibile della fundamentalità<sup>22</sup>?

Si può muovere dall'osservazione che esistono diritti, quali quelli politici, indubbiamente fondamentali, che sono strutturalmente e logicamente connessi con la partecipazione alla vita di un Paese, donde il loro legame con la cittadinanza. Diviene però allora imprescindibile affrontare il discorso sul significato della cittadinanza come titolo giuridico. Ragionare di cittadinanza in senso formale rischia di contraddire proprio la *ratio* del legame fra diritti politici e cittadinanza, che si fonda sulla lettura della cittadinanza come criterio per identificare le persone che vivono in una determinata comunità<sup>23</sup>. Oggi, la cittadinanza include tutti coloro che fanno parte della comunità? Oppure, discrimina una classe di moderni meteci<sup>24</sup>?

Si rischia, come osserva anche Roberto Cherchi, di creare una divaricazione eccessiva fra popolo e popolazione, con il ritorno della distinzione fra cittadini e sudditi.

Il rispetto della natura di diritto inviolabile dell'uomo, ovvero di diritto fondamentale, del diritto politico, nonché il principio democratico richiedono l'adozione di un criterio in grado di includere tutti coloro che partecipano alla vita della comunità, in un'ottica sostanziale e centrata sull'effettività, coerente rispetto all'orizzonte della cittadinanza come partecipazione (assunto ripreso in *atelier* da Gaetano Bucci)<sup>25</sup>.

Agire in questo senso – a mio avviso e nella consapevolezza di sostenere una tesi minoritaria (che nel dibattito ha trovato conforto nell'intervento, ad esempio, di Andrea Lollo) – si configura non come mera possibilità, ma quale obbligo costituzionale. Un obbligo da ottemperare, con la conseguenza che nell'opzione – in favore della quale si esprime Roberto Cherchi – per una «dimensione incrementale e progressiva in rapporto all'integrazione conseguita» (spesso accolta dalla dottrina che distingue fra il livello delle elezioni amministrative e quello delle elezioni politiche), si ravvisano semplicemente ragioni di opportunità politica ma non motivi di ordine costituzionale, che anzi militano a favore di un riconoscimento pieno<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema, con attenzione ai profili di teoria generale, si veda la relazione introduttiva di Vincenzo Baldini, che richiama in specie le teorie di Robert Alexy e di Luigi Ferrajoli.

<sup>23</sup> Vedi E. Grosso, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2001: «la causa di legittimazione della titolarità dei diritti politici non si ritrova in un dato formale (la cittadinanza-*nationalité*), ma nel dato sostanziale che è ad esso presupposto (l'individuazione di una comunità politica, cioè di un popolo, cioè di una cittadinanza-*citoyenneté*)» (p. 29).

<sup>24</sup> Per tutti, cfr. L. Ferrajoli *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, spec. pp. 352, 492 ss., 588 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. 99 ss.

<sup>26</sup> Per un approfondimento del discorso, ci si permette di rinviare a A. Algostino, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, nonché Id., *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010 e in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010.

Non si tratta nemmeno solo di introdurre figure intermedie fra il cittadino e lo straniero, come quella dell'*intending citizen*, o di estendere i criteri di acquisizione della cittadinanza<sup>27</sup> (come propone sempre Roberto Cherchi, d'accordo con vari interventi nel gruppo di lavoro), bensì di ripensare il rapporto di condizionalità fra possesso della cittadinanza e titolarità di diritti (quelli politici, in specie), rapporto che degrada l'iscrizione dei diritti politici in capo ai migranti al rango della legge ordinaria dalla quale dipende l'acquisizione del titolo di cittadino. La cittadinanza ha subito una metamorfosi che ne ha trasformato profondamente la natura, per cui da strumento di inclusione, politica e sociale (Marshall), è divenuta mezzo di esclusione, ovvero frontiera che delimita il godimento di diritti mutati in privilegi.

### 2.3. Oggetto: tra concretizzazione e ambiguità del "nucleo irriducibile"

La legislazione, ma anche la giurisprudenza costituzionale, scelgono una via d'uscita dall'*impasse* che mi pare aumenti l'ambiguità del concetto – e del contenuto – della locuzione "diritto fondamentale". Come ben ci hanno mostrato Roberto Cherchi e l'attenzione riservata nel dibattito a questo punto, si inseriscono nel discorso logiche di carattere incrementale e graduale nella tutela del diritto, donde il riconoscimento allo straniero di "diritti affievoliti" o a tutele crescenti.

Ma allora, cos'è il diritto fondamentale? È una mera qualificazione astratta o consente di individuare un'area tutelata in quanto fondamentale? Detto altrimenti, quali sono le implicazioni dell'inserimento di un diritto fra i diritti fondamentali? Si ragiona della possibilità di individuare un contenuto che contraddistingue il diritto fondamentale, che può essere declinato sia in termini di garanzie specifiche (livello costituzionale del riconoscimento, resistenza alla revisione costituzionale, inviolabilità, inalienabilità, imprescrittibilità, etc., nonché, più problematicamente, supremazia rispetto ad altri diritti/interessi costituzionalmente tutelati) sia come individuazione di un ambito proprio del diritto.

Senza addentrarsi qui nel discorso delle garanzie (affrontato da Elettra Stradella nella ricerca di uno statuto della fundamentalità) e/o della concretizzazione, e della loro complessità – come emerge dalle riflessioni di Vincenzo Baldini<sup>28</sup> –, il tema dei diritti dei migranti fornisce interessanti suggestioni circa l'oggetto del diritto: quando un diritto è fondamentale, ciò significa che tutto ciò che è potenzialmente ascrivibile al diritto lo è? Oppure si può/si deve distinguere un "nucleo essenziale" (in ipotesi fondamentale) e una tutela piena (eventualmente non fondamentale)?

La giurisprudenza costituzionale in tema di stranieri, sia quella più risalente sia quella più recente, fornisce interessanti spunti laddove introduce due variabili che condizionano il riconoscimento dei diritti in capo ai migranti.

Le pronunce più datate insistono in specie sulla possibilità di distinguere fra la titolarità di un diritto e il suo godimento: «non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistono differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti»<sup>29</sup>. Incidendo sull'esercizio del diritto, si gradua il contenuto dello stesso, determinandone diversi livelli di godimento, correlati a *status* differenti (come ribadito più volte in *atelier*), con il rischio, *ça va*

---

<sup>27</sup> Senza negare, peraltro, con ciò, la necessità di ripensare la cittadinanza, valorizzando la presenza sul territorio (lo *ius loci* di cui ragiona G. Azzariti, *Contro il revisionismo*, cit., pp. 11-112).

<sup>28</sup> Si pensi, ad esempio, al discorso sui «diritti quali regole di principio» o sui «diritti fondamentali incompiuti» (cfr. V. Baldini, *La classificazione dei diritti fondamentali*, cit.; Id., *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit.).

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 244 del 1974; la qualità di non cittadino costituisce una giustificazione per una differente modulazione nel godimento dei diritti in quanto «inerisce al controllo di costituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento considerare le posizioni messe a confronto, non già in astratto, bensì in relazione alla concreta fattispecie» (Corte cost., sent. n. 62 del 1994).

*sans dire*, di vanificare il riconoscimento dello stesso e con un *vulnus* del principio di eguaglianza (d'accordo con Roberto Cherchi che considera come anche lo schema in base al quale «in virtù della mera presenza sul territorio» si riconoscono allo straniero i diritti costituzionali inviolabili e fondamentali», ma restringendoli di regola al «loro contenuto minimo», dia luogo a disuguaglianza).

Il legislatore, ad esempio, prevede «diverse modalità di esercizio» del diritto alla salute, salvo il «nucleo irriducibile» di tale diritto, che «quale diritto fondamentale della persona deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»<sup>30</sup>. Il diritto alla salute spetta a «tutti», ma il rapporto della persona umana con lo Stato modula il suo godimento, essenzialmente in base a due elementi: la presenza regolare o irregolare sul territorio dello Stato e l'appartenenza a specifiche categorie, oggetto di una tutela particolare (quali, nello specifico, i minori e le donne in stato di gravidanza). Qui, fra l'altro, si apre il capitolo relativo al soggetto cui spetta delimitare il nucleo essenziale, così come in ipotesi individuare l'insieme dei diritti fondamentali. È un compito proprio del legislatore, con l'ausilio interpretativo e il controllo della Consulta (così come – data l'interconnessione crescente fra le diverse corti – della Corte europea dei diritti dell'uomo), come ritiene Marco Dani (e come, in modo più attenuato, traspare anche dalla relazione di Vincenzo Baldini)? Vi è una coincidenza – come ricordato *ante* – fra diritto fondamentale e diritto costituzionale? O, nella difficoltà di trovare una definizione comune, occorre guardare al giudice come interprete privilegiato (con l'effetto collaterale della perdita di *appeal* del postulato «diritto fondamentale uguale diritto costituzionale»)? O, ancora, l'eterogeneità dei diritti fondamentali rende impossibile l'individuazione di un criterio univoco?

La questione chiama in causa la *querelle* sul ruolo rispettivo della legge e della giurisdizione, una diatriba antica che con le costituzioni del secondo Novecento ha assunto toni nuovi, estrinsecandosi nel dibattito intorno al neocostituzionalismo e al suo rapporto con il positivismo<sup>31</sup>. La soluzione, peraltro, non pare potersi trovare in una scelta di campo (legge *versus* giurisdizione), quanto piuttosto nel concorso fra i vari soggetti<sup>32</sup>, ciascuno con il proprio ruolo, ovvero, nella forma di governo delle democrazie pluralistiche, quale organizzazione (e limitazione) del potere armonica rispetto al costituzionalismo novecentesco (anche se certamente perfettibile e, altrettanto sicuramente, non integrante la fine della storia delle istituzioni). È un equilibrio delicato, peraltro, che indubbiamente il tempo presente mostra essersi rotto, con una crisi della rappresentanza e della legislazione, una egemonia degli esecutivi (e dei loro vertici monocratici) e una tendenza, in taluni casi in chiave suppletiva, ad un (iper) attivismo delle corti. È, se vogliamo, quella che Marco Dani, nella sua premessa teorica individua come «concezione dei diritti in senso forte» (Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli), ma ammorbidita lasciando spazio non solo all'interpretazione del giudice, bensì anche, per non dire soprattutto, alle assemblee rappresentative (se pur non accedendo ad una concezione politica dei diritti *à la* Jeremy Waldron), in adesione alla tesi che la complessità non sia un disvalore e non possa/debba essere artificialmente ridotta ad ordine, ma rifletta la natura plurale e conflittuale della società, tentando di contemperare e garantire i vari interessi.

Riprendiamo però per ora il discorso sui diritti dei migranti. La seconda variabile che emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di condizione giuridica degli stranieri concerne la ponderazione di interessi pubblici quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 252 del 2001.

<sup>31</sup> Limitandosi a citare due saggi appena usciti, cfr. M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 7 ss.; N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss.

<sup>32</sup> «La legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione» (M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 20).



pubblico, i vincoli di carattere internazionale», nonché l'«interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione»<sup>33</sup>. La Corte costituzionale precisa che «per quanto gli interessi incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati» non può risultare scalfito il carattere universale dei diritti stessi, ma è indubbio che gli interessi citati sono chiamati a legittimare, per menzionare solo un esempio, il trattenimento (*alias* detenzione) nei centri di identificazione ed espulsione, con restrizione della libertà personale (con le garanzie, spesso solo formali e non effettive – come ricorda Roberto Cherchi e come è stato più volte ribadito nel dibattito –, previste dall'art. 13 Cost.). Da un lato vi è il riconoscimento, ai sensi degli articoli 2, 3 e/o 13 e seguenti, dei diritti in capo alla persona umana, costituzionalmente sanciti; dall'altro, il bilanciamento, se pur con la necessaria presenza di un valore costituzionale di pari rango e nei limiti della ragionevolezza.

Entrambe le ipotesi (scissione fra titolarità e godimento e bilanciamento con interessi pubblici) mostrano – oltre che nel caso di specie la fragilità, quando non *tout court* la non garanzia dei diritti dei migranti – come, transitando ad un piano teorico, sia mobile l'oggetto del diritto: qual è l'ambito coperto dalla fundamentalità? È il nucleo essenziale del diritto che permane in ogni caso, ovvero quale che sia lo *status* giuridico del titolare e il peso da ponderare, oppure la c.d. tutela piena del diritto?

È ineliminabile un'opera di concretizzazione – sostiene Baldini –, la quale «tende, in definitiva, ad assecondare un'aspettativa della stessa Costituzione, in quanto atto normativo, a realizzare compiutamente la propria forza regolatrice», coinvolgendo il giudice costituzionale e, più ampiamente, «ogni potere pubblico»<sup>34</sup> (così come la Corte europea dei diritti dell'uomo), ma essa non deve tradursi in occasione per flessibilizzare e contrarre il contenuto – e le garanzie – dei diritti o differirne il contenuto (rileva in specie tale rischio sempre Vincenzo Baldini<sup>35</sup>). Come ricorda Massimo Luciani, «nessuno ha ben compreso quanto sia inaccettabile il prezzo che in termini di certezza del diritto si paga alla continua in-decisione sulle fonti di tutela dei diritti»<sup>36</sup>. La certezza del diritto non è solo un principio dell'ordinamento ma un elemento essenziale per la «certezza dei diritti».

La concretizzazione dei diritti in relazione in specifico ai migranti rivela, invece, proprio la tendenza dei diritti a ritrarsi nel nucleo essenziale nonché la debolezza e le ambiguità di diritti che presentano un *gap* crescente fra il piano della proclamazione, sempre più retorica, e il piano delle garanzie concrete, frammentate e ridotte. È un orientamento che nello *status* giuridico dei migranti trova sia un laboratorio di sperimentazione (si pensi alla legislazione in tema di sicurezza, ovvero alle discipline antiterrorismo) sia una applicazione particolarmente copiosa, ma prospetta, più ampiamente, un percorso regressivo nella tutela dei diritti per tutti (come ha osservato in apertura del Convegno Gaetano Azzariti, «i diritti dei migranti sono specchio dei diritti di tutti noi»).

Ciò che è fondamentale appare sempre più difficile da individuare e oggetto di una progressiva contrazione in un nucleo sempre più ristretto<sup>37</sup>: da un lato, una flessibilità di contenuto; dall'altro, un ischeletrimento.

---

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 161 del 2000; cfr. anche sent. n. 148 del 2008.

<sup>34</sup> V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 97.

<sup>35</sup> V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 111.

<sup>36</sup> M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 6.

<sup>37</sup> Anche se poi la fundamentalità del nucleo può essere connessa ad una sorta di super garanzia, quale l'assimilazione allo *status* proprio dei principi costituzionali (e in ciò può risiedere il «lato positivo» del concetto di «nucleo essenziale» dei diritti).

L'analisi dello *status* giuridico degli stranieri supporta, dunque, una lettura demistificante delle narrazioni in tema di “nucleo irriducibile” o di “livello essenziale” (lettura che compare, ad esempio, nella relazione di Alessandra Di Martino), quali elementi, cioè, atti non a rafforzare la tutela dei diritti, ma a favorirne il progressivo svuotamento.

Tutto ciò non è nelle corde di una Costituzione – come quella italiana – che insiste sull'effettività nella garanzia dei diritti<sup>38</sup>, oltre che, ovviamente, sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona e sul principio di eguaglianza.

Diritti dei migranti, dunque, come emblema delle difficoltà di individuare un preciso statuto connesso alla qualifica di un diritto come fondamentale e indicatori, in senso più ampio, di una regressione nella garanzia dei diritti.

#### 2.4. *Fondamento e riconoscimento: il ruolo del multiculturalismo*

Lo statuto dei diritti dei migranti, peraltro, induce anche riflessioni di segno diverso, cioè può apportare argomenti per un consolidamento e arricchimento del catalogo dei diritti fondamentali.

L'incontro con prospettive politico-culturali “nuove”, quali quelle di cui possono essere veicolo i migranti, può, infatti, ampliare la legittimazione, nel senso di fondamento e riconoscimento sociale, dei diritti, in senso sincronico.

La convergenza su un catalogo di diritti fondamentali di orizzonti non appartenenti alla storia e alle tradizioni proprie dell'Occidente può rafforzarne la legittimazione. I fondamenti politico-culturali dei diritti già oggi sono plurali (si pensi, a titolo esemplificativo, ai diritti sociali che hanno radici nelle teorie socialiste così come nella roosveltiana libertà dal bisogno o nell'umanesimo sociale *à la* Maritain), il riconoscimento sociale dei diritti (*tout court* o come fondamentali) da parte di soggetti portatori di tradizioni politico-culturali appartenenti ad aree extra-occidentali ne amplia e fortifica la legittimazione<sup>39</sup>.

Ciò può agire in controtendenza, in qualche modo bilanciando, l'utilizzo, e la percezione, dei diritti come *instrumentum regni*, ovvero la loro imputazione fra le forme di imperialismo culturale (che ha il suo apice nella c.d. ingerenza umanitaria, sul modello, per intenderci, dell'intervento in Kosovo).

I diritti nascono in un processo politico e culturale di natura plurale, e conflittuale, che ha avuto come riferimento privilegiato nella concretizzazione dei diritti l'ordinamento costituzionale nazionale – avvalorando la tesi dell'equivalenza fra diritti fondamentali e diritti costituzionali; con l'immigrazione, essi vengono a confrontarsi con altri pluralismi.

L'incontro – e il conflitto – con prospettive differenti può ampliare l'orizzonte e il fondamento dei diritti, arricchendo il pluralismo alla base del patto costituzionale, così come favorire l'idea di diritti in grado di prescindere dai territori nazionali, ma, indubbiamente, mostra anche i limiti e le ambiguità dei diritti.

Ma prima di passare a quest'ultima narrazione, meno irenica, del rapporto fra culture<sup>40</sup>, è opportuno enucleare alcuni elementi emersi circa il concetto di diritto fondamentale. In specie, quanto osservato palesa il legame fra la fundamentalità e il radicamento sociale del diritto, nel solco delle interpretazioni che considerano diritti fondamentali quelli storicamente consacrati come tali, evidenziando il loro legame con i conflitti che concretamente attraversano la società<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Per tutti, cfr. art. 2, c. 2, e art. 4, c. 1, Cost.

<sup>39</sup> Ciò, precisando che il consenso rileva in specie per quanto concerne la legittimità e il fondamento dei diritti, fermo restando che essi esercitano poi una (ineliminabile) funzione di garanzia delle minoranze anche contro la maggioranza.

<sup>40</sup> Cfr. G. Azzariti, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2015.

<sup>41</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992: «ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può essere posto ma deve sempre essere presupposto...» (p. 3); sull'origine sociale del diritto, cfr., *ex plurimis*, P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Ciò comporta, fra l'altro, che la fundamentalità possa essere storicamente relativa, anche se indubbiamente la permanenza nel tempo e il riconoscimento spazialmente trasversale le restituiscono una sorta di resistenza, che, a sua volta, incrementa la percezione di fundamentalità. Si vuole evidenziare, cioè, come la qualificazione giuridica, ad opera in primo luogo del diritto costituzionale, e, quindi, del diritto legislativo e delle corti, sia strettamente legata alla genesi nella società, la quale opera alla stregua di una pre-condizione rispetto alla positivizzazione del diritto (rovesciando in parte l'impostazione di Vincenzo Baldini laddove riconduce primariamente la fundamentalità a quanto l'ordinamento definisce tale). Si insiste, detto altrimenti, sull'importanza della stretta correlazione esistente fra società e diritto, in antitesi rispetto alla tendenza, riscontrabile nell'insistenza sulla tutela multilivello, a chiudere il diritto nel dialogo fra corti e nei sofisticati tecnicismi dei giudici.

Questo, senza misconoscere l'impossibilità di una lettura unidirezionale. Il processo, cioè, fermo restando che non si può prescindere dall'ancoraggio dei diritti nelle tensioni e rivendicazioni che permeano la società, può contemplare un ruolo delle istituzioni – legislatore e giudici – di tipo promozionale<sup>42</sup>, quasi anticipatorio rispetto ad un radicamento sociale del diritto, come è accaduto in talune occasioni in relazione al diritto all'acqua. E, ovviamente, senza scordare il ruolo di garanzia proprio del riconoscimento giuridico dei diritti.

L'immigrazione, si può sintetizzare, implementa, quindi, l'idea di una “fundamentalità senza confini”, che travalica le limitazioni, inerenti il territorio ma anche il popolo (come insieme di cittadini), proprie di un approccio basato sul singolo ordinamento giuridico. Un passo oltre – sia come apertura ad altri sistemi giuridici sia in quanto affonda sino alle radici sociali<sup>43</sup> – rispetto alla dialettica multilivello. Quest'ultima, oltre ad essere molto *à la page*, può accrescere la nozione e il catalogo dei diritti fondamentali, sia a livello di proclamazione che di garanzia dei diritti, sempre però che concretizzi un circolo virtuoso per la progressione degli stessi, esito assolutamente non scontato, nonostante la tesi sulla “ottimizzazione” prospettata dalla Corte costituzionale (sulle cui aporie si sofferma Vincenzo Baldini).

Nello stesso tempo, peraltro, la gestione concreta dei flussi migratori – si pensi, per tutte, all'attuale esternalizzazione dell'accoglienza o, per usare un termine più aderente alla realtà, respingimento, dei richiedenti asilo in Paesi come la Turchia<sup>44</sup> (che solo una politica cinica e mistificatoria può definire Stato sicuro) – così come le restrizioni nel godimento dei diritti sulla base del possesso di titoli giuridici quali la cittadinanza o il permesso di soggiorno, palesano lacune e violazioni nella garanzia dei diritti fondamentali. Lacune e violazioni, che, se ripetute nel tempo, nonché in un certo qual modo “legalizzate”, non possono non riverberarsi – ragionando nella prospettiva dell'effettività – sul senso dei diritti fondamentali.

Dunque, diritti fondamentali potenzialmente più forti, grazie ad un radicamento sociale più ampio e culturalmente trasversale, ma anche diritti che alla prova della loro estensione concreta rischiano di dimostrare di essere null'altro che privilegi, arroccandosi nella comunità ristretta dei titolari “storici”, contrapponendo una fortezza dei diritti a non-luoghi senza diritti (come gli *hot spot* o i campi profughi alle frontiere esterne dell'Unione europea)<sup>45</sup>. Senza diritti, e – si può

---

<sup>42</sup> Sulla «funzione promozionale» del diritto, cfr. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, spec. pp. 13-42; sulle relazioni bidirezionali fra testo e realtà, recentemente, M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, spec. p. 3.

<sup>43</sup> A differenza – si può precisare – di un approccio multilivello che tende ad attestarsi intorno alla razionalità dei percorsi argomentativi dei giudici.

<sup>44</sup> Il punto è stato oggetto di molte critiche nel gruppo di lavoro (cfr. Alessio Rauti, Marco Benvenuti, Francesco Belvisi).

<sup>45</sup> Facile ricordare le parole di F. Fanon (*I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962, p. 240): «Lasciamo quest'Europa che non la finisce più di parlare dell'uomo pur massacrandolo dovunque lo incontra, a tutti gli angoli

aggiungere – senza diritto, dato che sempre più la gestione dell’immigrazione è demandata al *soft law*<sup>46</sup>.

Un discorso analogo può ripetersi a proposito del contenuto dei diritti. Esso può ampliarsi ed arricchirsi nel confronto e nelle sfide poste da approcci differenti. Per limitarsi a due esempi, si pensi al diritto all’istruzione laddove si sancisce che «la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza», promuovendo e favorendo «iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d’origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni» (art. 38, c. 3, D. Lgs. n. 286 del 1998), e al crescente favore che incontra il diritto alla diversità culturale.

Contemporaneamente, tuttavia, l’ampliamento delle richieste può indurre (o giustificare) un processo opposto di contrazione del diritto nel suo nucleo essenziale, specie in relazione a diritti, come in primo luogo (ma non solo) quelli sociali, che comportano un impiego consistente di risorse, generando nuovi conflitti intorno ai diritti.

Non solo: la necessità di contestualizzare i diritti alla luce di una società sempre più multiculturale, per cui ad esempio la libertà religiosa declinata originariamente nei confronti del protestantesimo si confronta e si modella rispetto a universi religiosi come quello della *shari’a*, ne amplia il contenuto o, in un approccio da minimo comun denominatore, lo restringe? La diversità culturale può infatti essere motivo per arricchire il catalogo dei diritti così come facile giustificazione per una ritrazione nel nucleo ristretto di ciò che è comune.

### *3. Il diritto ai beni vitali: nuova frontiera dei diritti o mistificazione di una regressione?*

Il diritto ai beni vitali pare attraversato dalle stesse ambiguità e contraddizioni (sulle quali vorrei soffermarmi, anche se il tema è stato meno discusso in *atelier*). Prima di enuclearle, tuttavia – come non manca di rilevare Benedetta Vimercati – è necessario tentare di definire i beni vitali: quali sono? Esiste – e qual è – un criterio che li identifica?

#### *3.1. Precondizionalità, scarsità e rischio di predazione come possibili criteri identificativi della categoria*

È una categoria, infatti, – quella dei beni vitali – che si presenta indefinita (Benedetta Vimercati utilizza l’aggettivo «polimorfa») sia nell’oggetto sia nello *status* giuridico, così come nel rapporto con i diritti fondamentali. “Vitale” è sinonimo di “fondamentale”? Il bene vitale è sempre connesso con un diritto fondamentale? Qual è il senso della previsione di un autonomo diritto ai beni vitali?

Una prima certezza c’è: tutti questi interrogativi si riflettono sul concetto di diritto fondamentale, incrementando il grado di eterogeneità (Vincenzo Baldini) proprio dell’identificazione della categoria.

Benedetta Vimercati ci ha raccontato come non esista nella giurisprudenza una definizione unitaria, ma solo l’uso, in relazione a taluni beni, del termine, così come essi sono oggetto di una pluralità di opzioni teoriche. Nella molteplicità degli approcci, si può individuare un elemento che, quantomeno dal punto di vista giuridico, pare robusto e ricorrente, la riconduzione dei beni vitali alla dignità umana e al libero sviluppo della persona (art. 3, c. 2, Cost.). Peraltro, dato il

---

delle stesse sue strade, a tutti gli angoli del mondo. Sono secoli che l’Europa ha arrestato la progressione degli altri uomini e li ha asserviti ai suoi disegni e alla sua gloria; secoli che in nome d’una pretesa «avventura spirituale», soffoca la quasi totalità dell’umanità...».

<sup>46</sup> I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell’underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme “morbide” (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

carattere aperto del concetto di “dignità umana”, così come di quello di “libero sviluppo della persona”, che necessitano di essere concretizzati, ciò non aiuta nell’elaborazione di una definizione univoca di “bene vitale”.

Ineliminabile appare in primo luogo la questione se sia possibile individuare della dignità umana, così come del libero sviluppo della persona, una nozione per così dire oggettiva o se si debba ripiegare su un relativismo soggettivo (individuale e/o collettivo)<sup>47</sup> o sull’estrinsecazione che ne è data – adagiandosi sul positivismo<sup>48</sup> – nei diritti costituzionali.

Gli elementi che integrano la dignità umana variano nel tempo e nello spazio, e di essa coesistono differenti percezioni, per cui le definizioni sostanziali o si impongono quali “verità” o trascorrono nel relativismo: la dignità umana si disperde in mille estrinsecazioni differenti non appena si tenti di enuclearne la sostanza attraverso proposizioni atte a renderne, per così dire, tangibile e fruibile il contenuto.

E, in linea di principio, il discorso non cambia se si tenta di individuare ciò che non rende degna la vita umana, piuttosto di ciò che la rende degna, anche se non manca chi osserva come sia più facile raggiungere l’accordo in negativo piuttosto che in positivo (Salvatore Veca, Michael Ignatieff)<sup>49</sup>.

Se invece si opta per un criterio meramente giuridico, si sconfinava nella tautologia, una tautologia *a posteriori*: l’area della dignità umana coincide con quella dei diritti sanciti dalla costituzione (e/o dal diritto internazionale).

Ai limitati fini del nostro discorso intorno ai beni vitali, si può muovere da una lettura riduttivista – (forse) scevra dal rischio di mistificare come oggettive visioni, ovvero concezioni del mondo, soggettive (siano esse laiche o religiose) – ancorando l’area della dignità umana, del “vitale”, ad un dato fisico, proprio del mondo naturale, quale la pura sopravvivenza in vita.

Si accede in questo modo alla declinazione minimalista della categoria dei beni vitali, quella, per l’appunto, che annovera fra tali beni quelli legati alla sussistenza (ovvero – dando conto delle teorie intersecate dal discorso dei beni vitali, che Benedetta Vimercati contempla nella sua relazione – alla concezione essenzialistica o al riferimento ai beni qualificati come primari nelle scienze economiche). Resta, peraltro, l’interrogativo se tale assunto sia sufficiente per garantire la dignità e il libero sviluppo della persona o se, per soddisfare queste ultime, si debba optare per l’impostazione espansiva, quella che supporta una identificazione dei beni vitali con quelli «che permettono al soggetto di realizzarsi come persona nel contesto in cui è inserito» (così Benedetta Vimercati)<sup>50</sup>.

Comunque sia, occorre premettere come nemmeno il dato della sopravvivenza in vita sia univoco: la mera presenza dei parametri vitali (e quali? ad esempio, sono da intendersi in senso

---

<sup>47</sup> Ovvero, riconducibile al singolo soggetto o, più ampiamente, agli appartenenti ad una comunità culturale, politica, religiosa.

<sup>48</sup> ... e con un approccio apodittico e tautologico.

<sup>49</sup> S. Veca, *I diritti umani e la priorità del male*, in M. Ignatieff, *Human rights as politics and idolatry* (2001), trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, pp. 115 ss.: «l’idea del bene ci divide, mentre ciò che può unirci è l’idea del male»; il nodo centrale è considerare «il male umano come il preclusore *par excellence* del bene, di qualsivoglia bene umano», focalizzando «le ragioni della *non eleggibilità* di una vita»; «lo spazio del bene implica ... il lavoro dell’interpretazione» e, dunque, è riconoscibile «come lo spazio pluralistico dei beni umani», mentre «lo spazio del male sembra richiedere meno impegno interpretativo»; solo se i diritti umani si mantengono sul confine è possibile «sostenere, al tempo stesso, le ragioni dell’universalismo dei diritti umani e le ragioni del pluralismo morale, religioso e culturale» (in questo senso è da intendersi «la tesi sulla priorità del male»); M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia*, cit. *supra*, p. 58: «chi proviene da culture diverse può continuare a essere in disaccordo riguardo a ciò che è il bene, ma nondimeno essere d’accordo su ciò che è insopportabilmente e indiscutibilmente sbagliato».

<sup>50</sup> Per inciso, si può osservare come tale lettura tenda a leggere la dignità umana come garanzia dell’autodeterminazione della persona.

puramente biologico o anche intellettuale?) è sufficiente, o si postula un grado minimo di qualità della vita (e, se sì, di nuovo, quale)<sup>51</sup>?

Senza addentrarci qui in questo terreno paludoso che ci condurrebbe fuori strada, possiamo proseguire rilevando come la permanenza in vita si configura quale necessaria preconditione rispetto ad altri diritti, rientrando senza dubbio a pieno titolo nella fundamentalità. Può deporre in questo senso la lettera della Costituzione, laddove l'unico diritto definito "fondamentale" è il diritto alla salute, che è facile ritenere preliminare rispetto all'esercizio di altri diritti (oltre che ovviamente essenziale per la vita)<sup>52</sup>.

Il legame con la dignità umana, nel senso di ciò che è essenziale per la sua tutela, e la precondizionalità possono essere d'aiuto nel tracciare i segni distintivi della categoria dei diritti fondamentali? La loro storicità si riflette inevitabilmente nella mutevolezza di ciò che è diritto fondamentale?

Senza pretesa di risolvere tali interrogativi, tornando al discorso sul diritto ai beni vitali, si può osservare come l'elemento della precondizionalità, fra l'altro, non paia estraneo anche rispetto ad una accezione ampia dei beni vitali, ben potendosi adattare a tale ipotesi quanto osserva Rodotà a proposito dei beni comuni: «l'intreccio tra beni comuni e diritti fondamentali produce un concreto arricchimento della sfera dei poteri personali, che, a loro volta, realizzano precondizioni necessarie per l'effettiva partecipazione al processo democratico»<sup>53</sup>.

Attenendoci tuttavia per ora all'ipotesi minimalista, che integra il comun denominatore fra le varie interpretazioni, dal parametro della "sopravvivenza in vita" si possono trarre utili indicazioni circa l'individuazione dei beni ascrivibili fra quelli vitali. In particolare, fra i beni vitali, senza molti dubbi pare di poter annoverare – seguendo quanto proposto nella sua relazione da Benedetta Vimercati – l'acqua e il cibo, che influiscono oggettivamente e immediatamente sull'esistenza biologica della persona.

Benedetta Vimercati cita anche l'ambiente. Esso è già oggetto di un diritto specifico, generalmente qualificato come di terza generazione, ma questa non pare una osservazione dirimente, considerato che anche l'acqua o il cibo, se pur di quarta generazione e meno consolidati, sono declinati anche in termini di diritto *tout court*. Il suo inserimento fra i beni vitali può essere argomentato tenuto conto degli effetti che l'ambiente esercita sulla permanenza in vita<sup>54</sup>.

Impregiudicata appare, tuttavia, la domanda circa il senso del ricorso alla categoria dei beni vitali piuttosto che ai diritti *tout court*; nel prosieguo, si vedrà se, riflettendo sulle peculiarità dei beni vitali, si incontra qualche suggestione che avvalorì l'uso del *genus* "beni vitali".

Continuiamo ora con l'elenco dei beni vitali, ragionando ad alta voce. La salute può essere ritenuta un bene vitale? In prima battuta si può constatare come la salute, oltre ad essere già oggetto di un diritto (ormai classico, di seconda generazione), concerne senza dubbio la vita (e la sopravvivenza) della persona, ma si concretizza – a differenza dell'acqua e del cibo (nonché, se si vuole, anche dell'ambiente, che, se pur in senso unitario appare un *quid* immateriale, può essere

---

<sup>51</sup> Ciò, senza dimenticare che esistono, anche se esulano – pur non mancando punti di contatto (perché alla base di una scelta effettivamente libera devono essere soddisfatte le condizioni che la rendono tale) – dal presente discorso centrato sulla prospettiva del diritto, tutte le questioni relative al dovere di sopravvivenza in vita.

<sup>52</sup> Sul significato dell'aggettivizzazione della salute come "fondamentale", da ultimo, cfr., anche per il riferimento alla giurisprudenza costituzionale, L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 152.

<sup>53</sup> S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 3<sup>a</sup> ed., 2013, p. 479; cfr. anche, specificamente in relazione all'acqua, *ivi*, p. 484.

<sup>54</sup> Esso, inoltre condivide, come sottolinea Benedetta Vimercati, con acqua e cibo, la possibilità di supportare sia una interpretazione minimalista sia una massimalista della nozione di "bene vitale".

specificato attraverso il riferimento a elementi materiali, come la terra, le piante, l'aria) – in beni tangibili solo in parte, in quanto garantita attraverso il ricorso a farmaci.

La tangibilità può essere considerata un elemento che accomuna i beni vitali, ovvero costitutiva rispetto al concetto di bene? e, ancora, in grado di supportare l'inclusione fra i beni vitali dei soli beni materiali?

Proseguendo, con i possibili beni vitali: l'aria? Essa sicuramente è un bene vitale ed è un elemento materiale, ancorché dall'aspetto incorporeo: per la precisione è una miscela di sostanze, se pure allo stato gassoso<sup>55</sup>. Ora, al di là della possibilità che essa sia ricompresa nel diritto all'ambiente o alla salute (ad un'aria, cioè, non inquinata), può influire il fatto che non è (quantomeno non ancora)<sup>56</sup> un bene limitato? Detto in altri termini, la scarsità può essere un elemento che gioca un ruolo nell'individuazione dei beni vitali?

La scarsità compare in tutti i beni che sono stati citati, o nel senso di una finitezza del bene, come accade per l'acqua ma anche per l'ambiente, o nel senso di una limitatezza nella disponibilità di risorse preposte alla garanzia del bene, come nell'ipotesi della salute (senza cadere, peraltro, nel tranello della scarsità delle risorse, scordando che molto spesso essa non è che uno specchietto per le allodole, celando a monte scelte politiche ed economiche).

Dunque, quali possibili segni distintivi della categoria dei beni vitali si possono citare lo stretto collegamento con l'esistenza in vita, la tangibilità e la scarsità?

Un altro parametro per identificare i beni vitali, che imporrebbe una revisione del catalogo dei beni sinora indicati, nel senso di un loro allargamento, potrebbe essere – riprendendo il discorso di Stefano Rodotà a proposito dei beni comuni (narrazione che Benedetta Vimercati non manca di richiamare) – la loro riconduzione ai «beni direttamente necessari» per la soddisfazione dei diritti fondamentali<sup>57</sup> (postulando, dunque, una risposta positiva al quesito circa la necessaria connessione fra bene vitale e diritto fondamentale).

Una scelta in questo senso implica un mutamento di presupposto, ovvero l'adozione come oggetto di garanzia non solo della sopravvivenza strettamente intesa, bensì, più ampiamente, della dignità umana e del libero sviluppo della persona. Fra i beni andrebbero inseriti, oltre acqua e cibo, ad esempio, anche la conoscenza (che, per inciso, non possiede gli attributi né della finitezza/scarsità né della materialità, pur potendo appoggiarsi su un supporto materiale)<sup>58</sup>.

Un tale approccio insiste sul dato dell'accesso, «come tramite necessario tra diritti e beni», con l'obiettivo di sottrarlo «all'ipoteca proprietaria»<sup>59</sup>. L'assegnazione di un ruolo autonomo all'accesso<sup>60</sup> valorizza sia l'orizzonte dell'effettività sia la primazia dei diritti fondamentali della persona rispetto all'esercizio delle libertà economiche (da limitare nel senso degli artt. 41 e 42 della Costituzione).

Quanto osservato induce inoltre ad ipotizzare che forse l'elemento della finitezza/scarsità del bene può più opportunamente essere declinato come protezione del bene – in quanto esso è strumentale/essenziale rispetto alla sopravvivenza o alla tutela della dignità e al libero sviluppo

---

<sup>55</sup> Si tratta di azoto e ossigeno per la maggior parte, nella proporzione di 4/5 il primo e 1/5 il secondo, più altri componenti minori, come argo, vapore acqueo e anidride carbonica.

<sup>56</sup> Non mancano, peraltro, le prime commercializzazioni di aria in bottiglia (cfr., per alcuni esempi, R. Rijtano, *L'aria pulita diventa un business: sempre più startup la vendono in bottiglia*, in *R.it*, <http://www.repubblica.it>, 16 maggio 2016).

<sup>57</sup> S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 469.

<sup>58</sup> Così S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 469, a proposito dei beni comuni.

<sup>59</sup> S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 468.

<sup>60</sup> Come riporta Benedetta Vimercati, il diritto al cibo ha una estrinsecazione nella disponibilità, nell'adeguatezza e, per l'appunto, nell'accessibilità, così come il diritto all'acqua, declinabile nei termini di disponibilità, qualità e accessibilità.

della persona (a seconda dell'opzione, minimalista o massimalista, scelta) – dal rischio di un'appropriazione, che mette in pericolo la tutela del diritto.

Il diritto ai beni vitali, dunque, come diritto alla difesa di tali beni in quanto patrimonio collettivo e comune o, comunque, come diritto teso ad evitare la loro espropriazione, con le logiche di potere e di profitto che ne conseguono (e che contrastano con la centralità della tutela dei bisogni della persona).

Si palesa la necessità di delimitare uno statuto del bene<sup>61</sup>, che ne consenta un accesso e una gestione coerenti rispetto all'esigenza della garanzia del diritto fondamentale alla sopravvivenza (così come al libero sviluppo della persona).

In ciò potrebbe risiedere il senso del diritto ai beni vitali e la *ratio* che ne ispira lo statuto.

### 3.2. *Dalle calorie minime al cibo culturalmente orientato, ovvero sul contenuto variabile del diritto ai beni vitali*

Un altro nodo intricato da sciogliere riguarda il contenuto: qual è l'oggetto del diritto ai beni vitali? Sulla questione nel dibattito sono intervenuti Marco Benvenuti (in relazione in specie alla declinazione di tale diritto come sociale) e Flor Avila (che ha raccontato delle difficoltà che incontra, nonostante la sua proclamazione, la garanzia concreta del diritto al cibo in Venezuela).

Pensiamo proprio al cibo, *prima facie* (rinviando alla ricca relazione di Benedetta Vimercati per considerazioni e riferimenti precisi in ordine alle configurazioni giuridiche)<sup>62</sup> si prospettano almeno tre possibili accezioni: cibo necessario (e sufficiente) per il mantenimento in vita, ovvero le calorie minime; cibo sano, che consente di godere di buone condizioni di salute<sup>63</sup>; cibo culturalmente orientato, cioè il diritto ad una alimentazione corrispondente al proprio orizzonte culturale (prescrizione religiose, vegetarianesimo, etc.). La prima accezione può essere declinata anche come libertà dalla fame (adottando una versione minima del riferimento al cibo “adeguato”, puramente in senso quantitativo<sup>64</sup>); l'ultima, come diritto alla libera scelta del cibo. La libertà dalla fame rientra a pieno titolo fra i diritti sociali; il cibo culturalmente orientato è oggetto di un diritto sociale, obbligando lo Stato a fornire le relative prestazioni, o è una mera libertà negativa?

Ora non è questa la sede – approfondita, come detto, è in proposito la relazione di Benedetta Vimercati – per analizzare il contenuto dei singoli beni e il loro statuto costituzionale e concreto.

Preme invece qui sottolineare come, a mo' di motivo di sottofondo, compaia di nuovo il discorso inerente l'estrinsecazione di ciò che rende degna di essere vissuta la vita.

Ritornano altresì due elementi costanti nella discussione sui diritti, già incontrati ragionando di diritti dei migranti: da un lato, il *topos* dell'approccio multiculturale o, più sobriamente, del pluralismo; dall'altro, la questione della gradazione del contenuto del diritto.

Il pluralismo (di cui il multiculturalismo si può ritenere una declinazione) attiene sia al profilo del fondamento del diritto sia a quello della sua concretizzazione.

Nel caso del diritto a beni vitali intesi in senso minimo come diritti alla mera sopravvivenza in vita, si può postulare in realtà un fondamento di tipo oggettivo o, comunque, facilmente dotato di un radicamento interculturale che raggiunge l'universalità. In altri termini, è difficile trovare un

---

<sup>61</sup> Tale statuto potrebbe, ad esempio, contemplare l'ascrizione di tali beni fra le *res extracommercium*.

<sup>62</sup> Si segnalano, inoltre, M. Bottiglieri, *The protection of the Right to adequate food in the Italian Constitution*, in *Forum di Quad. Cost.*, 23 novembre 2015; C. Drigo, *Il Diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2016; L. Chieffi, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in *Dir. Pubbl. Europ. Rass. online*, maggio 2015.

<sup>63</sup> Ovvero il tema della sicurezza alimentare.

<sup>64</sup> Mentre si adotta una versione qualitativa di “cibo adeguato” quando si discorre di cibo sano o sicuro.



orizzonte culturale che non riconosca come beni vitali il cibo, l'acqua, la salute (forse leggermente meno immediata è la percezione del legame fra vita biologica e ambiente).

In questo senso, forse, si può annotare come il riconoscimento del diritto ai beni vitali si presenti meno problematico rispetto ad altri diritti, che più risentono di *humus* culturalmente connotati.

Quando si ragiona di concretizzazione, invece, entrano in gioco potenti differenze culturali che possono rendere – non appena ci si allontana, per restare al cibo, dall'ipotesi delle “calorie minime” – estremamente difficile tracciare il contenuto del diritto.

Può essere di aiuto per chiarire il contesto nel quale ci si muove, citare un noto aneddoto di Erodoto a proposito delle usanze seguite in occasione della morte dei genitori: «una volta Dario, quando era re, convocò i Greci che venivano alla sua corte e domandò loro a quale prezzo avrebbero acconsentito a mangiare i cadaveri dei loro genitori; quelli dichiararono che per nulla al mondo l'avrebbero potuto fare. Allora Dario fece venire davanti a sé, presenti i Greci, quegli Egiziani, che sono chiamati Callati e che usano divorare i genitori morti e fece loro chiedere a mezzo degli interpreti per quale prezzo si sarebbero indotti a bruciare il cadavere del loro padre; e quelli a gran voce lo pregarono di non dire cose così sacrileghe ...»<sup>65</sup>.

Erodoto, dall'aneddoto, trae una conclusione relativistica, ma – come è stato notato – in realtà si può osservare come in questo caso vi sia un valore fondamentale comune (il rispetto per i genitori), che appare condizionato «nelle sue dimensioni estrinseche»<sup>66</sup>.

Il valore del cibo, così come quello del rispetto dei defunti, è inequivocabile, ma differenti ne sono le declinazioni, non appena – come detto – ci si allontana dal minimo “vitale”.

Il diritto al cibo deve essere garantito – dal legislatore e, in caso di lacune/violazioni, magari anche dal giudice – tenendo conto delle diversità culturali, dunque, esemplificando, prevedendo ad esempio nelle mense scolastiche menù vegetariani, vegani, *halal*, *kosher*?

Preliminare si rivela la risposta alla domanda: quando si ragiona di diritto al cibo come diritto ad un bene vitale, se ne adotta (solo) una accezione minima?

Esistono – e veniamo al secondo dei *topoi* anticipati – diversi livelli nella configurazione del diritto ai beni vitali? È – se si vuole – il discorso del nucleo essenziale (nel caso del diritto al cibo, le calorie minime) e della tutela piena (declinabile, restando all'alimentazione, come cibo sano e/o cibo culturalmente orientato): un altro *fil rouge* che lega il diritto ai beni vitali con i diritti dei migranti.

Un inciso però è d'obbligo: occorre evitare – come anticipato – una iper-valutazione dell'argomento della sostenibilità economica, quale base per sostenere una interpretazione minimalista (Benedetta Vimercati ci ricorda in proposito le sentenze del Tribunale costituzionale tedesco sui sussidi di disoccupazione e di minimo vitale). Magari aggiungendo che essa è l'unica possibile, ricorrendo all'aura di imprescindibilità che circonda le leggi del mercato.

Contro il mantra delle “esigenze di bilancio”, da un lato, milita la considerazione dell'esistenza di ampi margini di discrezionalità politica in ordine alle scelte sia di politica economica sia di bilancio; dall'altro, la presenza di un orizzonte costituzionale che postula la centralità – e la priorità – della persona e dei suoi diritti, supportata dalla fundamentalità dei beni vitali (specie se si assume, come accennato *ante*, l'attributo “fondamentale” come indicatore della presenza di un bilanciamento, anche fra diritti e interessi di rango costituzionale, diseguale).

### 3.3. Il senso poliedrico dei beni vitali

Quanto al nucleo essenziale, esso presenta – anche in relazione al diritto ai beni vitali – un volto bifronte. In estrema sintesi, introdurre categorie quale l'“essenza”, così come il “livello minimo”,

---

<sup>65</sup> L'aneddoto è ripreso da F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 40.

<sup>66</sup> F. D'Agostino, *Pluralità delle culture*, cit., p. 40.

può dar adito ad un rafforzamento nella tutela del diritto (assicurandogli una sorta di super-garanzia) o può favorirne lo svuotamento (rimettendo tutto ciò che non è essenziale a mere valutazioni politiche).

Ciò si riflette sul significato e sull'uso politico dei diritti, che appaiono poliedrici, come la vicenda del diritto ai beni vitali mostra emblematicamente.

Da un lato, diritti come quello all'acqua, così come al cibo, rappresentano un passo ulteriore nel percorso dei diritti, traducendo giuridicamente nuove rivendicazioni e lotte sociali<sup>67</sup> (per inciso, suffragando le tesi che sottolineano la rilevanza del radicamento sociale dei diritti)<sup>68</sup>. Ciò è particolarmente evidente nel caso dell'acqua: si pensi alle lotte per l'acqua in America Latina (per tutte, la guerra dell'acqua di Cochabamba) e alla sanzione del diritto all'acqua nelle recenti costituzioni boliviana, ecuadoregna, uruguaiana<sup>69</sup> (divenendo – il diritto all'acqua – uno degli elementi caratterizzanti il costituzionalismo andino). Ma si pensi anche all'Italia, dove il conflitto sull'acqua è in corso: i comitati per l'acqua pubblica, diffusi su tutto il territorio, con una campagna intensa e partecipata hanno ottenuto una prima vittoria con il referendum del 12-13 giugno 2011 sull'abrogazione delle norme favorevoli alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, ma continui sono i tentativi di rovesciare surrettiziamente gli esiti del referendum (da ultimo con il c.d. decreto Madia)<sup>70</sup>.

Dall'altro lato, proprio le traversie dell'acqua pubblica in Italia mostrano il lato oscuro del diritto ai beni vitali. I diritti nascono – si è detto – nei conflitti e un conflitto intorno ad un bene tendenzialmente nasce quando vi è il «rischio che tali beni non vengano garantiti al singolo e alla collettività» (come osserva Benedetta Vimercati), ovvero quando esso è scarso e/o oggetto di appropriazione da parte di qualcuno ai danni di altri, ovvero in presenza di un processo – spingendoci un po' oltre con i termini – di predazione<sup>71</sup>. Non ci si nasconde che questo è un discorso che vale in senso ampio in relazione ai diritti, in quanto nascono come reazioni a violazioni e per prevenire violazioni, ma è particolarmente evidente in rapporto al diritto ai beni vitali.

L'acqua è – come è noto – un bene (sempre più) scarso, non a caso denominato “oro blu”, ma indispensabile, per cui suscita forti appetiti e genera in capo a chi lo controlla un (notevole) potere. Analogo discorso può essere ripetuto in relazione al cibo, con la contesa sulla sovranità alimentare, rivendicata – si pensi in specie al movimento latino-americano Via Campesina – come diritto dei popoli e delle comunità al cibo (sano, nutriente e culturalmente appropriato) e alla produzione del cibo<sup>72</sup>: «food is a basic human right. This right can only be realized in a system where Food Sovereignty is guaranteed»<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> In senso ampio, cfr. V. Shiva, *Le guerre dell'acqua*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2004, nonché, sul cibo, Id., *Chi nutrirà il mondo? Manifesto per il cibo del terzo millennio*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2015.

<sup>68</sup> Pur se, in taluni casi, non è assente anche un ruolo promozionale del diritto; cfr., in questo senso, la risoluzione delle Nazioni Unite sull'acqua (United Nations, General Assembly, risoluzione del 28 luglio 2010, GA/10967, [www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm](http://www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm)). Si può in proposito riprendere Benedetta Vimercati quando, nella sua relazione, osserva come «ambiente salubre, cibo e acqua sperimentano quel fenomeno dell'influenza di fonti “esterne” sulla tutela di diritti ritenuti fondamentali in un dato ordinamento costituzionale».

<sup>69</sup> Senza dimenticare che esse sono state precedute dal riconoscimento del diritto all'acqua nella Costituzione sudafricana del 1996.

<sup>70</sup> Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, decreto attuativo dell'art. 19 della Legge delega n. 124 del 2015.

<sup>71</sup> Pare questo il dato centrale, mentre sussidiaria la considerazione, che avanza Benedetta Vimercati, del «progresso delle conoscenze e delle tecniche scientifiche» che ha permesso di «prendere maggiore consapevolezza della scarsità di tali beni».

<sup>72</sup> Si veda la Conferenza internazionale promossa da Via Campesina a Tlaxcala, Messico, nel 1996, o, nello stesso anno, il documento presentato da Via Campesina in occasione del World Food Summit della FAO a Roma (Via Campesina, *Food Sovereignty: A Future without Hunger*, Roma, 11-17 novembre 1996, in [www.viacampesina.org](http://www.viacampesina.org));

Entrambi – acqua e cibo – vedono una crescita del potere delle imprese transnazionali che aspirano ad un loro controllo e gestione<sup>74</sup> (analogo discorso potrebbe farsi anche in relazione alla salute, con riguardo al ruolo delle multinazionali del farmaco e alla disciplina in tema di brevetti), con ciò che ne consegue in ordine alle condizioni di vita, all’eguaglianza e alle possibilità di emancipazione<sup>75</sup>. È una nuova sfida per il costituzionalismo: un potere da limitare, per assicurare il libero sviluppo della persona<sup>76</sup>.

Vale, per il diritto ai beni vitali, quanto è stato osservato emblematicamente per la libertà di manifestazione del pensiero: che essa è un diritto (di libertà) ma anche un potere<sup>77</sup> e, in quanto integra un potere, va regolamentata, nella prospettiva dell’eguaglianza sostanziale.

Sancire il diritto ai beni vitali significa evitare che essi divengano un potere, costruendo un argine rispetto al processo di privatizzazione, mercificazione e espropriazione.

Il diritto ai beni vitali presenta, dunque, aspetti propri di una battaglia di difesa (legittima e coerente rispetto all’orizzonte costituzionale), ma nello stesso tempo una opportunità per riconoscere nuovi diritti, una nuova dimensione per i diritti fondamentali, e per rivitalizzare – analogamente a quanto può dirsi in relazione al discorso dei beni comuni<sup>78</sup> – diritti sociali sempre più in crisi.

La tutela dei beni vitali potrebbe inoltre indurre un “rilancio” dell’orizzonte limitativo, regolativo e di indirizzo, della libertà di iniziativa economica, così come del diritto di proprietà, valorizzando i «fini sociali» e il rispetto delle esigenze di «sicurezza, libertà e dignità umana» (art. 41), presenti nella Costituzione, ma “dimenticate” in nome di un’esegesi appiattita sulla libera concorrenza e sulla competitività che connotano l’ordinamento dell’Unione europea<sup>79</sup>.

Il conflitto intorno ai beni vitali testimonia la necessità di arginare il potere economico – che, invece, pretende di essere sempre più *legibus solutus*, come testimonia da ultimo la negoziazione di trattati come il TPP (*Trans Pacific-Partnership*) e il TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) – e quindi indica un nuovo percorso per il costituzionalismo, in radicale controtendenza rispetto all’attuale egemonia della *global economic governance*.

Acqua e cibo sono paradigmatici del rapporto fra diritti, democrazia ed economia (rapporto su cui ha insistito Gaetano Bucci in *atelier*), nel quale i primi sono coessenziali rispetto alla seconda, che non può garantirli appieno se non si estende alla terza<sup>80</sup>.

Nello stesso tempo la lotta per il diritto ai beni vitali presenta anche risvolti che la connotano come una battaglia di retroguardia. Essa potrebbe infatti essere interpretata come difesa dei diritti sociali assolutamente imprescindibili, un arroccamento, a fronte dell’avanzata dell’armata liberalizzatrice e privatizzatrice che si appropria del territorio dei diritti sociali, ponendolo sotto la

---

nonché, più recentemente, la *Dichiarazione di Nyéléni* (Forum Internazionale sulla Sovranità Alimentare, Mali, 2007).

<sup>73</sup> Via Campesina, *Food Sovereignty*, cit.

<sup>74</sup> Per inciso, non a caso la battaglia dell’acqua si gioca non solo intorno alla proprietà ma anche alla gestione.

<sup>75</sup> Da ultimo, in questo senso, cfr. A. Rinella, H. Okoronko, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. 1/2015, pp. 89 ss.

<sup>76</sup> Cfr. S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 473, in tema di acqua e potere: «di fronte ai nuovi dispotismi, si leva la logica non proprietaria dei beni comuni».

<sup>77</sup> Per un primo approccio al tema dell’informazione come potere, cfr. A. Di Giovine, recensione al volume di A. Pace, M. Manetti (*Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, con M. Manetti, in G. Branca, A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 2006), in *Riv. Dir. Cost.*, 2007, rispettivamente, p. 396 e pp. 401 ss.

<sup>78</sup> Sul punto, ci si permette di rinviare a A. Algostino, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, par. 6.

<sup>79</sup> Si veda M. Bottiglieri, *The protection of the Right to adequate food*, cit.

<sup>80</sup> Un fortunato slogan del movimento italiano per l’acqua pubblica recita “si scrive acqua, si legge democrazia” ([www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org)).

dittatura del mercato e degradando i diritti sociali al rango di benefici nell'ambito di una visione ordolibérale. Detto in sintesi, il diritto ai beni vitali può essere letto come una sorta di nucleo minimo dei diritti sociali<sup>81</sup>?

O, ancora, con un po' di malizia, si potrebbe sostenere, riprendendo l'idea del legame tra lavoro e soddisfazione del diritto al cibo (adombrato – ricorda Benedetta Vimercati – in Assemblea Costituente), che oggi si ragiona di diritto al cibo nella consapevolezza che non è più garantito un diritto al lavoro tale da assicurare nemmeno la soddisfazione dei bisogni alimentari (basti citare la diffusione della precarietà, gli alti tassi di disoccupazione, la destrutturazione delle tutele).

Si sanciscono, cioè, i diritti ai beni vitali, nella consapevolezza che siamo in una fase di regressione ed è ormai qui che passa la linea *Maginot* dei diritti? È un'ipotesi, questa, tuttavia – occorre precisare –, che può essere valida in relazione ai Paesi che hanno/hanno avuto una tutela dei diritti sociali; mentre non pare una chiave di lettura ipotizzabile sia nei confronti di ordinamenti dove diritti come l'acqua e il cibo possono essere i primi diritti sociali ad essere sanciti – una situazione peraltro anche questa di lacune nella tutela, se pure, *ab origine*, dei diritti sociali – sia in contesti dove il diritto all'acqua è parte di una visione cosmologica differente (come, ad esempio, il *buen vivir*)<sup>82</sup>.

Diverso appare il discorso, se dei beni vitali si adotta una concezione ampia, nel senso di beni necessari alla garanzia della dignità umana e al libero sviluppo della persona. In tal caso, infatti, essi possono condurre ad un ampliamento delle garanzie dei diritti, nel segno dell'effettività, nonché ad una riaffermazione della centralità della persona, in controtendenza rispetto all'egemonia della razionalità neoliberista. Inserito in questa narrazione il diritto ai beni vitali può, cioè, veicolare uno sviluppo del progetto di emancipazione sociale e un mutamento di paradigma rispetto allo *status quo* dominante.

Ancora: si può leggere il diritto ai beni vitali in prospettiva diacronica, come diritto da tutelare anche per le generazioni future, palesandone la natura, oltre che di diritto, di dovere. Si riportano così sulla scena l'orizzonte dei doveri<sup>83</sup>, e, ampliando lo sguardo, anche quello comunitarista<sup>84</sup>, centrali in molte culture asiatiche, africane e latinoamericane, e non assenti nella Costituzione italiana (basti pensare alla solidarietà *ex art. 2*)<sup>85</sup>, ma espulsi dal predominante approccio individualistico affermatosi nella cultura occidentale (con la sua degenerazione nella figura dell'*homme compétitif*)<sup>86</sup>.

È una suggestione – la narrazione dei doveri – che potrebbe essere d'aiuto nel costruire una universalità dei diritti effettiva, che superi la loro matrice fortemente sbilanciata dal peso della culturale occidentale, valorizzando cosmovisioni e presupposti culturali differenti (per inciso, si può notare come ritorni qui il discorso sull'ampliamento culturale del fondamento dei diritti incontrato trattando dello *status* dei migranti).

Scorrendo gli argomenti citati, emerge come nel diritto ai beni vitali si celi un significato multiplo: nuovi diritti e potenziali nuove dimensioni per i diritti, progresso nell'effettività delle

---

<sup>81</sup> Cfr. Benedetta Vimercati, laddove, nella sua relazione, mette in luce il legame fra beni vitali e stato sociale e, opportunamente, richiama Böckenförde.

<sup>82</sup> Si vedano, in argomento, i riferimenti di Benedetta Vimercati al costituzionalismo andino.

<sup>83</sup> Spunti in questo senso si trovano nelle riflessioni conclusive della relazione di Benedetta Vimercati, laddove osserva come i beni vitali rimettano in discussione «la complessa dinamica relazione tra diritti e doveri», nonché nella relazione di Alessandra Di Martino.

<sup>84</sup> Foriera di sviluppi interessanti è in questo senso la dimensione collettiva del diritto all'acqua.

<sup>85</sup> ...nonché al riconoscimento e alla valorizzazione dei corpi intermedi, dalla famiglia, ai partiti e ai sindacati, passando per le associazioni.

<sup>86</sup> P. Dardot, C. Laval, *Le nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, Derive Approdi, 2013, p. 403.

garanzie, resilienza a fronte di una espansione del potere, regressione (ma anche mistificazione della regressione) nel cammino dei diritti.

Infine, si può aggiungere come, in linea con quanto avviene in relazione ad altri diritti, il diritto ai beni vitali non sia esente da strumentalizzazioni e usi imperialistici. Un solo esempio: il diritto al cibo dei palestinesi.

La Corte Suprema israeliana ha costretto il governo israeliano a rendere noto un Rapporto, intitolato “Il consumo di cibo a Gaza, le linee rosse”, nel quale sono indicati, in relazione alle calorie minime per persona, gli alimenti che possono entrare a Gaza<sup>87</sup>. Il diritto al cibo è interpretato come diritto al minimo necessario per la sopravvivenza e utilizzato quale base per fondare la restrizione del diritto al cibo stesso nella sua accezione “piena”, nonché di altri diritti. Un diritto – quello al bene vitale “cibo” – è usato contro i diritti, in senso oppressivo, non emancipatorio.

Compare un'altra costante della storia dei diritti, il loro doppio, se non poliedrico volto: i diritti sono strumento di emancipazione ma anche di oppressione e di imperialismo. Essi sono, citando le parole di Tamar Pitch, «veleno e cura», in quanto «possono essere, sono stati, ancora sono, strumento di un imperialismo culturale che apre la strada all'imperialismo economico e sociale attraverso la distruzione delle culture che sono incompatibili con lo sviluppo economico, sociale e politico di cui essi sono presupposto», ma, nello stesso tempo, sono «anche argine e difesa» contro l'imperialismo stesso<sup>88</sup>. L'Occidente – come scrive Serge Latouche – ha utilizzato i diritti in funzione imperialista, ma «parallelamente alla deculturazione del pianeta e all'imperialismo sotto tutte le sue forme, ... ha prodotto ed elaborato il sogno di una città emancipata dove tutti gli uomini avrebbero il loro posto e della quale ciascuno sarebbe un libero cittadino»<sup>89</sup>.

Con questa chiave di lettura, è facile scorgere un altro interrogativo – o forse una doppia accezione – riguardante la fundamentalità: essa è parametrata sulla base degli interessi dei soggetti più forti (per intendersi, con un esempio storico, la centralità della proprietà per l'uomo borghese della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) o tutela ciò che è essenziale per tutte le persone umane?

#### 4. Nota conclusiva: migranti e beni vitali alla prova della globalizzazione

Volendo concludere, la condizione giuridica dei migranti così come il diritto ai beni vitali risultano essere una valida cartina di tornasole delle ambiguità e, insieme, delle sfide che attendono i diritti e, più ampiamente, il costituzionalismo.

Vi sono nuovi soggetti, i migranti, che richiedono l'ingresso nella «comunità di diritti e di doveri»<sup>90</sup>, ingresso che postula, per essere coerente rispetto alla sanzione dell'eguaglianza e al

<sup>87</sup> S. Dessi, *Israele mette a dieta i palestinesi della Striscia di Gaza*, in [www.archivio.panorama.it](http://www.archivio.panorama.it).

<sup>88</sup> T. Pitch, *L'antropologia dei diritti umani*, in A. Giasanti, G. Maggioni, *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995, p. 195.

<sup>89</sup> S. Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris, 1989, trad. it. *L'occidentalizzazione del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, p. 142; in argomento, cfr. anche, fra gli altri, A. Asor Rosa, *La guerra. Sulle forme attuali della convivenza umana*, Einaudi, Torino, 2002, p. 179: «Tutto questo è l'Occidente, e tutto questo ... insieme: il diritto e l'oppressione, la tolleranza e la violenza, la libertà e la disuguaglianza, l'emancipazione e la mercificazione, le opportunità e lo sfruttamento. Una forza mostruosa e un mite sogno di pace»; P. Barcellona, *Il caso italiano fra economia globale e crisi sociale*, in *Dem. e dir.*, 1995/2, pp. 99 ss.: l'Occidente, «da una parte... è una “macchina infernale che stritola gli uomini e le culture per fini insensati...”», «dall'altra ha elaborato l'utopia di una società di eguali e di fratelli, di liberi e di diversi. Il suo universalismo possiede in sé due aspetti contraddittori: è distruttivo nei confronti delle culture “altre” e, nello stesso tempo, proclama l'uguaglianza di diritto di tutti gli uomini» (p. 106).

<sup>90</sup> Corte cost., sent. n. 172 del 1999.

principio democratico, un riconoscimento *pieno* dei diritti, anche come diritto a partecipare alla vita politica. Vi sono beni, essenziali per una tutela effettiva dei diritti, la cui disponibilità deve essere assicurata a tutti e, in particolare, sottratta alla logica dell'appropriazione a scopo di profitto.

Per inciso, si può notare come entrambi i fenomeni – l'immigrazione e la lotta intorno ai beni vitali – si confrontino con un contesto mondiale, costituendo espressione di quella globalizzazione che è sin troppo facile identificare come cifra dell'epoca attuale e che esige risposte non solo a livello nazionale ma anche a livello globale. Ed è nel vuoto di democrazia e nell'assenza di efficaci limitazioni del potere nello spazio “mondo” che la debolezza dei diritti si manifesta in modo macroscopico.

I diritti fondamentali, con l'immigrazione, sono soggetti ad una doppia tensione: da un lato, per la pressione all'estensione della sfera dei titolari (con i conflitti che ciò può generare nel rapporto con i detentori “tradizionali”, come annota Gaetano Azzariti); dall'altro, per la necessità del confronto con visioni del mondo differenti (sia per quanto concerne il riconoscimento sia per quanto riguarda l'esercizio dei diritti). Con i beni vitali, i diritti fondamentali, così come, più ampiamente, il costituzionalismo, sono inseriti nel vivo della questione della gestione delle risorse, ovvero dello scontro con gli interessi economici.

Si contrappongono, in relazione sia ai migranti sia ai beni vitali, due visioni: in una, al centro vi è la persona, su basi di eguaglianza (oltre, e/o contro, i confini degli Stati e gli interessi economici); nell'altra, dominano le pulsioni egoiste delle *élites* economico-finanziarie, ovvero logiche economiche, veicolate in una cittadinanza escludente e nella gestione dell'immigrazione come una variabile economica, così come nella mercificazione dei beni vitali<sup>91</sup>.

Se si analizza la struttura del *Global Food System* e della *governance* globale dell'immigrazione<sup>92</sup> si riscontrano interessanti analogie, fra le quali il ruolo egemone degli interessi economici e la progressiva trasformazione del diritto in forme sempre più *soft*<sup>93</sup> (che occultano, peraltro, una gabbia a maglie d'acciaio) ed estranee al circuito democratico, secondo lo schema tipico della *global economic governance*.

Migranti e beni vitali come esempio, dunque, della tendenza della versione neoliberista della globalizzazione a trasformare in merce, come un novello re Mida, tutto ciò che riesce a toccare: una prova difficile per i diritti, e per il costituzionalismo, che dovranno non solo resistere, ma proseguire la loro storia, con l'immaginazione e la costruzione di forme nuove con le quali imbrigliare il potere. Una sfida, peraltro, che può rivitalizzare i diritti come il costituzionalismo.

Diritti dei migranti e beni vitali, dunque, quali linee di tensione dei conflitti che – anche se mistificati, strumentalizzati o negati – attraversano le società odierne: la posta in gioco è, muovendo dall'assunto che un diritto o è effettivo o non è, l'esistenza stessa dei diritti fondamentali.

---

<sup>91</sup> Cfr. la relazione di Benedetta Vimercati, che ricorda l'approccio al cibo come merce prevalente in ambito comunitario.

<sup>92</sup> Per un primo approccio, si veda, sul primo, A. Rinella, H. Okoronko, *Sovranità alimentare*, cit.; sul secondo, I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, cit.

<sup>93</sup> Il riferimento è alle varie dichiarazioni, accordi informali, *road map*, agende, etc., come, emblematicamente, in relazione ai migranti, l'Agenda europea sulle migrazioni adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015, che conia anche nuove categorie, altamente discrezionali, come quella delle persone in “in clear need of protection” (cfr. I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, cit.).