

# Dialettica dei diritti fondamentali e della democrazia

Il testo qui presentato è una traduzione ad opera del Comitato di Berna del testo *Dialektik von Grundrechten und Demokratie* (2017), Denknetz-Arbeitsgruppe Grundrechte (S. Bernard, V. Györffy, P. Koch, M. Zihlmann)



Aprile 2018

[www.comitatodiberna.org](http://www.comitatodiberna.org)  
[comitatodiberna@gmail.com](mailto:comitatodiberna@gmail.com)

 Comitato di Berna

# 1. Introduzione

Questo testo è stato elaborato dal gruppo di lavoro "Diritti fondamentali" di *Denknetz*<sup>1</sup>, composto da quattro membri.

Uno stimolo per questo lavoro è stato dato dall'osservazione che per alcuni gruppi sociali, in nome della democrazia e attraverso procedure democratiche, i diritti fondamentali sono messi in discussione o minati. Inoltre, i dibattiti politici sull'applicazione e l'importanza dei diritti fondamentali pongono sempre più spesso una contraddizione tra i diritti fondamentali e la democrazia.

Di conseguenza, occorre spiegare il reciproco condizionamento tra democrazia e diritti fondamentali. Con questo documento il gruppo di lavoro intende misurare il rapporto tra diritti fondamentali e democrazia sullo sfondo degli attuali sviluppi politici e giuridici.

Questo progetto non è fine a se stesso, ma si pone come obiettivo politico una maggiore consolidazione dei diritti fondamentali e di promuovere la democratizzazione in tutte le sfere della vita.

Nel migliore dei casi, il documento può contribuire a dare un nuovo senso di urgenza e persuasione al discorso sui diritti fondamentali e la democrazia all'interno della sinistra ed a collegare le singole organizzazioni politiche in questo settore.

---

<sup>1</sup> <http://www.denknetz-online.ch/>

Sulla base dei valori fondamentali della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, il presente documento discute nove tesi fondamentali per una comprensione emancipatoria dei diritti fondamentali.

In un primo tempo, gli autori spiegano la loro comprensione dei diritti fondamentali; viene poi fatta una diagnosi temporale sulla situazione attuale (vale a dire l'attuale minaccia ai diritti fondamentali). Il documento conclude con una prospettiva emancipatrice in materia di diritti fondamentali.

## 2. Conoscenza di base

### 2.1 Politica in materia di diritti fondamentali

Nel presente documento i diritti fondamentali sono intesi come la somma dei diritti che ogni individuo possiede in quanto tale e che sono indispensabili per la partecipazione sociale e politica. In questo senso, i diritti fondamentali sono compresi come un insieme coerente e intrecciato di diritti e doveri. La loro concretizzazione è almeno in parte controversa dal punto di vista politico, sia a livello di base (quando si parla di diritti fondamentali, di quali diritti si sta parlando? etc.) come anche nell'applicazione concreta sul caso specifico. I diritti fondamentali vengono acquisiti e applicati non solo a livello giuridico, ma anche e

soprattutto politico. Il diritto ai diritti fondamentali è precario e arbitrario senza la lotta politica per loro difesa e conquista.

Da circa settant'anni esiste in Europa centrale un assortimento, tuttavia incompleto, di diritti fondamentali relativamente incontestati, che sono stati stabiliti attraverso il lavoro delle istituzioni (in particolare tribunali, ma anche, ad esempio, comitati etici o commissioni nazionali per la prevenzione della tortura) od attraverso un consenso abbastanza coerente delle autorità politiche e sociali competenti. Al di là di questa base di diritti incontestabili, esiste una forte dinamica giuridica, giuridico-politica e politica.

Negli ultimi anni, tuttavia, la stabilità della base di questi diritti fondamentali ha sofferto notevolmente per ragioni politiche contrastanti. Si pensi, ad esempio, alla disputa politica su quali pratiche debbano essere chiamate tortura e quali no, o anche all'esecuzione a livello mondiale di presunti "terroristi" con l'aiuto di droni, sostenuta politicamente anche dagli Stati dell'Europa centrale.

I diritti fondamentali e la loro portata sono già soggetti a modifiche più o meno significative. Per questo motivo, non è possibile determinare sulla base dei diritti fondamentali stessi il loro peso nell'interpretazione di fatti e

circostanze giuridiche individuali. Al contrario, ciò dipende anche dal continuo mutamento dell'interazione dei diritti fondamentali con altre norme e fattori giuridici ed extragiudiziali (politici, tecnici, economici). Ad esempio la domanda quando, nei procedimenti penali, l'analisi del DNA è ordinata e ritenuta ammissibile, non può essere risolta unicamente ricorrendo ai diritti fondamentali. Piuttosto, l'interpretazione concreta è dettata da determinanti tecnici ed economici e viene specificata nei singoli casi in considerazioni giuridiche, anche di carattere politico di destra. I diritti fondamentali devono quindi essere ridefiniti più volte nelle lotte politiche (e giuridiche) e nelle controversie in società, poiché essi non possono essere derivati, come in generale il diritto, da una legge di coercizione naturale o razionale. Tuttavia, ciò non significa che i diritti fondamentali siano immediatamente fruibili. Essi sono dinamici nella misura in cui devono essere sempre ridefiniti per poter raggiungere il loro scopo (di protezione) nonostante le mutate circostanze.

## 2.2 Topografia dei diritti fondamentali

I diritti fondamentali oggi sono fondamentalmente di natura egualitaria. In realtà, tuttavia, esiste una topografia dei diritti fondamentali. Nelle società capitaliste diseguali, i diritti fondamentali non hanno ovunque lo stesso effetto. Sia all'interno che all'esterno dei confini

nazionali, le possibilità di un effettivo rispetto dei diritti fondamentali variano notevolmente, a seconda della distribuzione del potere e delle risorse nella società.

Nel sistema capitalista, quindi, i diritti fondamentali sono inevitabilmente frammentati e gerarchizzati in termini di spazio sociale. Ad esempio, un comportamento giudicato illegale in alcuni luoghi è considerato lecito altrove. Il margine di manovra delle persone può dunque variare. Oggigiorno da un lato vi sono persone che godono di una sorta di "diritti iperfondamentali", le quali, grazie ai loro datori di lavoro (di dimensione globale), alla loro nazionalità e/o al loro potere d'acquisto globale, possono esigere una sorta di "diritti universali dei super cittadini". Vi sono d'altro lato titolari di diritti fondamentali precari che, pur avendo un diritto fondamentale ai diritti, non sono in grado di attuarli. Un manager svizzero di una grande azienda domiciliata qui, ad esempio, sarà in grado di viaggiare ovunque nel mondo in poche ore senza grandi sforzi burocratici e di muoversi più o meno liberamente nel mondo. In Svizzera, invece, ai richiedenti asilo viene sempre più spesso negato il loro diritto fondamentale alla libera circolazione. È importante per la comprensione di questa topografia che lo spazio, il corpo, il sesso, l'origine, l'età, la posizione sociale, l'orientamento sessuale, ecc. sono intrecciati e quindi determinano la posizione dell'individuo sulla mappa dei diritti fondamentali. Il

bianco, sano, eterosessuale, cristiano, produttivo, ricco, maschio non migrante è, sia ideologicamente che di fatto, al centro della carta dei diritti fondamentali. Tanto maggiori sono le differenze che una persona ha da questa concezione, tanto più tenderà a trovarsi ai margini della carta dei diritti fondamentali. Le discriminazioni sulla base di classe, etnia, origine, genere, orientamento sessuale, età e salute ecc. si sovrappongono; in queste coordinate la posizione di potere dell'individuo è definita e influenza la sua capacità di rivendicare effettivamente la protezione dei diritti fondamentali.

## 2.3 Democratizzazione attraverso i diritti fondamentali

La democrazia nel senso di istituzioni, principi e pratiche sostenuti dallo Stato e giuridicamente garantiti (autodeterminazione, libertà, uguaglianza, controllo) non garantisce da sola una giusta ripartizione ed efficienza dei diritti fondamentali. A sua volta, i diritti fondamentali e lo Stato di diritto da soli non garantiscono la democrazia. Negli ultimi 200 anni, i diritti fondamentali sono stati riconosciuti e infine istituzionalizzati grazie, tra l'altro, ai diritti e alle pratiche democratiche. Questa stabilizzazione conferisce ai diritti fondamentali una validità che è influenzata solo in misura limitata dall'attività politica. D'altro canto, tuttavia, le istituzioni che sono emerse da precedenti dispute politiche a loro

volta formano (e limitano) il terreno su cui si combattono le attuali lotte per l'estensione e l'approfondimento dei diritti fondamentali e della democrazia.

L'impegno politico a favore dei diritti fondamentali ha un effetto di democratizzazione e l'impegno a favore di una democratizzazione sociale globale ha un'influenza sulla topografia dei diritti fondamentali; attraverso entrambi i rapporti di potere sono messi in discussione e, nel migliore dei casi, riorganizzati in una spinta emancipatrice. L'impegno politico a favore di una democratizzazione sociale globale e l'impegno per i diritti fondamentali dipendono dunque l'uno dell'altro e non sono né in concorrenza né in conflitto tra loro. L'impegno per i diritti fondamentali rafforza anche l'autodeterminazione e la partecipazione ai processi sociali e politici (e viceversa). Se, ad esempio, gran parte della popolazione residente permanente viene esclusa dalla partecipazione democratica, ciò può mettere a repentaglio i diritti fondamentali.

Va però tenuto presente che il solo riferimento politico ai diritti fondamentali codificati può anche costituire un modo per legittimare le relazioni di potere esistenti. In momenti favorevoli, è possibile limitare e addomesticare i rapporti di potere attraverso la legge e i diritti fondamentali, contribuendo così alla democratizzazione globale della società. Molto spesso, tuttavia, si fa

riferimento sia alla legge che ai diritti fondamentali per legittimare e cementare relazioni di potere antidemocratiche e predemocratiche. Spesso i diritti fondamentali sono una difesa adeguata contro la concentrazione di potere. Talvolta, tuttavia, possono anche fungere da stimolo per l'accumulo di potere, per cui l'impatto in una situazione concreta di un diritto fondamentale, rimasto giuridicamente immutato, dipende dalle condizioni quadro sociali (tecniche, politiche, economiche, giuridiche) e può quindi avere effetti diversi a seconda della situazione storica e sociale. Ad esempio, la libertà di proprietà o la libertà economica possono avere un contenuto emancipatore quando si tratta di difendersi da espropri arbitrari dello Stato e dal paternalismo; nel sistema capitalista, tuttavia, conducono di solito al consolidamento degli accumuli di capitale e quindi di potere.

Ecco perché i diritti fondamentali e la democrazia rischiano di diventare inflessibili se dovessero essere fondati in modo definitivo, anche con l'intenzione di emancipazione. Non esiste una premessa fissa e una forma giuridica che stabilisca e faccia rispettare i diritti fondamentali e/o la democrazia. Per questo motivo, l'impegno politico a favore dei diritti fondamentali e della democrazia non deve basarsi solo su posizioni di sinistra nel quadro del potere e dei rapporti giuridici esistenti, ma deve insistere sul potere esplosivo e utopistico dei diritti

fondamentali e sulla democratizzazione sociale globale, che vanno oltre l'esistente e lo mettono costantemente in discussione.

L'impegno politico a favore dei diritti fondamentali e della democrazia va quindi inteso come lotta per una difesa indisponibile contro qualsiasi forma di esercizio ingiustificato del potere e di accumulazione di potere. Pertanto, una politica progressista orientata non solo verso interessi particolari deve essere sempre orientata verso i diritti fondamentali e la democratizzazione sociale globale. Tuttavia, tali diritti fondamentali e la democratizzazione devono costantemente essere misurati di nuovo.

### **3. Lo stato dei diritti fondamentali**

#### **3.1 Il neoliberismo mina e gerarchizza i diritti fondamentali**

La riduzione neoliberale dell'esistenza umana alla dimensione economica e alla lotta di tutti contro tutti, la sempre più disuguale distribuzione del reddito, del capitale e del potere, la globalizzazione con la conseguente perdita della sicurezza economica e sociale, la fragilità dell'identità e della precarizzazione economica e/o il timore che ciò accada attacca soprattutto i diritti fondamentali in quanto pretesa difensiva globale ed egualitaria contro l'esercizio ingiustificato del potere e persino

contro la sua comprensione. L'economia, caratterizzata da un'ampia concorrenza, occupa i mondi viventi e colonizza il pensiero e il sentimento delle persone. Ciò comporta, tra l'altro, anche una crescita della delimitazione politica a causa di differenze minime e una riduzione della disponibilità ad agire in solidarietà, al di là delle differenze. Le persone intrappolate nelle loro lotte e paure quotidiane e isolate collocano i "propri diritti" o i "diritti del proprio gruppo" contro i "diritti degli altri". Anche i movimenti che sono fundamentalmente emancipatori e affini ai diritti fondamentali mostrano ripetutamente angoli ciechi nell'esercizio della posizione degli "altri" in materia di diritti fondamentali, proprio perché i titolari di diritti fondamentali precari non formano un gruppo omogeneo. Tuttavia, l'indebolimento dei "diritti altrui" mina la posizione generale dei diritti fondamentali generalizzabili e rafforza le distorsioni nella topografia dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali perdono così il loro carattere di principio e di completezza.

Ad esempio, nei settori del diritto della migrazione, del diritto penale e del diritto penitenziario, dell'assistenza sociale e della sicurezza sociale, si sta sempre più creando una legislazione fatta di eccezioni. Così facendo, i principi fondamentali dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali sono rimessi in discussione e in parte disabilitati. Lo smantellamento di questi diritti fondamentali e sociali è

accompagnato dal riarmo del diritto penale e dello Stato di controllo. L'obiettivo dell'integrazione è sempre più spesso sostituito dall'idea che i comportamenti devianti debbano essere disciplinati dalla legge.

Per quanto riguarda il diritto in materia di migrazione, ad esempio, questa tendenza si manifesta nel fatto che i permessi di soggiorno, di domicilio e l'acquisizione dei diritti civili dipendono non solo dall'origine, ma anche da fattori economici. Nella legislazione in materia di sicurezza sociale e di previdenza sociale, l'idea di solidarietà incondizionata è compromessa (lavoro anziché assistenza sociale, tagli alle prestazioni sociali, soppressione delle assicurazioni private, erosione del principio di solidarietà nella previdenza sociale a favore dei ben retribuiti e a scapito dei redditi bassi). Nel diritto penale, il posizionamento nei procedimenti penali dipende sempre più dall'esercizio effettivo dei diritti della difesa; a sua volta, far valere i propri diritti è molto più difficile senza risorse culturali, linguistiche e socioeconomiche. Oltre a ciò, il diritto penale è sempre meno collegato a un atto, ma a gruppi di autori di un reato. Al diritto penale reattivo tradizionale si aggiunge una gestione preventiva dei rischi. Mentre da un lato si stanno costruendo immagini di nemici (ad es. hooligan, delinquenti sessuali, stranieri beneficiari di assistenza sociale, terroristi, ecc.), dall'altro vengono introdotte sempre più generose "latitudini di depenalizzazione" per persone economicamente privilegiate attraverso possibilità di negoziazione.

## 3.2 Perdita di importanza dello Stato nazionale nel processo legislativo

Lo Stato nazionale come fattore di potere nella legislazione sta perdendo importanza. Le organizzazioni e i conglomerati inter- e sovranazionali, così come le multinazionali, stanno guadagnando potere e riducendo il margine di manovra nazionale. In una certa misura, questo sviluppo serve a rafforzare e sviluppare i diritti fondamentali, in quanto i tribunali internazionali aiutano i diritti fondamentali a compiere progressi nei singoli Stati nazionali indipendentemente dagli umori politici nazionali. (ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo, CEDU). Ma sono proprio questi organismi, che servono a rafforzare i diritti fondamentali, ad essere attaccati dalla politica interna (in Svizzera, ad esempio, con la cosiddetta iniziativa per l'autodeterminazione). Allo stesso tempo, l'interpretazione e il riconoscimento dei diritti fondamentali della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) rientrano nei limiti concessi dalla politica di potere: i classici diritti fondamentali liberali sono quindi rappresentati in modo molto più rilevante nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) rispetto ai diritti sociali fondamentali; e l'interpretazione dinamica della CEDU da parte della Corte dipende a sua volta in larga misura dall'orientamento politico e dalla composizione della



Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali.

In larga misura, tuttavia, la perdita di importanza dello Stato nazionale è accompagnata da una minaccia ai diritti fondamentali. Da un lato, gli organismi privati, parastatali e transnazionali stanno sempre più creando il proprio diritto e/o esercitano un'influenza sulla legislazione statale. Al contrario, gli Stati nazionali sembrano essere accomodanti o opportunistici nei confronti di questi attori, cadono in competizione locale e sottovalutano gli standard democratici e i diritti fondamentali. Ne sono un esempio i contratti di protezione degli investimenti o le clausole corrispondenti contenute in accordi di libero scambio con procedure di arbitrato investitore-Stato<sup>2</sup>. Tali contratti, originariamente concepiti per proteggere gli investitori dall'espropriazione e dalla corruzione, consentono agli investitori di contestare le misure nazionali, ad esempio in materia di tutela dell'ambiente o della salute, dinanzi ai tribunali arbitrali e quindi di aggirare la legislazione nazionale. D'altro canto, la garanzia dei diritti fondamentali da parte dello Stato nazionale sta diventando sempre più difficile; attori potenti agiscono sempre più spesso a livello transfrontaliero e sono difficilmente tenuti responsabili o solo ad enormi costi. Di conseguenza, vi è un gioco al ribasso, ad esempio, a causa della fuga di capitali verso paesi con

---

2 *Investor-Staat-Schiedsverfahren*, ISDS.

condizioni di diritto del lavoro poco sviluppate, della svendita delle norme nazionali in materia di diritto del lavoro o della concorrenza fiscale internazionale.

Al contrario, la nozione classica (normativa) nella moderna dottrina delle fonti del diritto era, per dirla senza mezzi termini, la seguente: lo Stato nazionale sovrano emana il diritto e consente ai privati di regolare la propria situazione nell'ambito di questo sistema giuridico (in particolare attraverso contratti ed il diritto societario); il diritto subentra sia allo Stato che al diritto autonomo privato, l'esecuzione e infine mantiene il potere sovrano. Tuttavia, è stato ripetutamente messo in discussione se la legge sia stata effettivamente promulgata da Stati nazionali sovrani o se non i privati finanziariamente forti almeno avessero avuto un'influenza significativa a causa della loro posizione, *de facto*, di potere.

In ogni caso, l'attuale elaborazione del diritto non è certamente più portata avanti in numerosi ambiti giuridici rilevanti dallo Stato nazionale da solo. I contratti e il "diritto privato" all'interno delle organizzazioni, nonché le promulgazioni di organizzazioni inter- e sovranazionali stanno diventando sempre più importanti; essi sono distaccati dal diritto nazionale e diventano fonti autorevoli di diritto. Gli Stati nazione stanno diventando sempre più organi esecutivi giuridici,



ma non più la "fonte del diritto" in termini di contenuto. Inoltre, il confine piuttosto netto tra diritto privato e pubblico sta sempre più scemando.

Allo stesso tempo, è emerso un mondo digitale che è rilevante per la vita delle persone e al quale lo Stato nazionale non ha accesso, o ha solo un accesso parziale. In questo mondo digitale vengono raccolte digitalmente un'immensa quantità di informazioni sulle persone. L'uomo di vetro tanto decantato diventa sempre più realtà. Chiunque possiede informazioni su persone ha un potenziale potere su di loro. Le imprese che operano a livello transnazionale dispongono di un notevole margine di manovra in tal senso e possono svolgere un ruolo decisivo nel plasmare il discorso accedendo ai dati memorizzati; esse non sono soggette ad alcun controllo democratico e il loro potere creativo spesso non è neppure comprensibile. Inoltre, a causa della loro mobilità, sono molto spesso in grado di eludere la legislazione nazionale e le azioni penali. Allo stesso tempo, queste raccolte di dati forniscono ai servizi segreti e all'azione penale possibilità fino ad allora impensabili. Nel complesso, i mezzi tecnici rappresentano una grave minaccia per i diritti fondamentali, in quanto la protezione dei dati ha un ruolo importante da svolgere nella tutela dei diritti fondamentali sia nei confronti del potere statale che di potenti attori privati.

Da un lato, si combatte con la retorica della politica di sicurezza. D'altro canto, la partecipazione a numerose offerte online è possibile solo al prezzo di una rinuncia alla protezione dei dati. Allo stesso tempo, gli accordi commerciali internazionali mirano a uno scambio di dati il più possibile illimitato, che possa essere utilizzato in modo eccellente anche da un punto di vista economico. Le opportunità di controllo, gli interessi economici e lo sfruttamento si presentano qui in un nuovo tipo di intreccio. La legislazione nazionale tradizionale non è quindi compatibile con il mondo digitale, tanto più che quest'ultimo non adotta le consuete misure giuridiche. Ciò vale in particolare anche per l'utilizzo di "big data": le grandi banche dati sono collegate tra loro mediante algoritmi il più sofisticati possibile. Chiunque, in qualità di persona interessata, affermi il diritto alla divulgazione dei dati nel senso convenzionale avrà al massimo accesso alle singole componenti dei dati, ma non a una panoramica dell'intero quadro derivante dall'uso dei "big data". I concetti esistenti di protezione della vita privata, dell'autodeterminazione informativa e della protezione dei dati devono essere aggiornati e ampliati per poter affrontare efficacemente queste nuove sfide.

Il mondo digitale sta anche cambiando il modo in cui le persone si informano e scambiano informazioni. L'uso dei social media mette in discussione l'importanza dei media convenzionali e

presenta rischi e potenziale di emancipazione. I motori di ricerca e le piattaforme di social media elaborano comodamente l'enorme quantità di informazioni disponibili su Internet. Coloro che lo utilizzano senza riflettere corrono il rischio di rimanere intrappolati in un "filtro-bolla" in cui si vede solo ciò che gli algoritmi del rispettivo servizio selezionano. Questi algoritmi possono essere basati su ciò di cui ci si è già informati, e restringere così il mondo a ciò che già si pensa. Ma possono anche essere un portale per la manipolazione, ad esempio per diffondere false notizie, o quando le campagne politiche cercano di dare contributi mirati sulle piattaforme dei social media come Facebook. Tali meccanismi promuovono un ripiegamento su posizioni in prospettiva distorte. Essi contrastano la consapevolezza di far parte di un collettivo più ampio che non si limita al gruppo di cui ci si sente parte. In questo modo si perde di vista anche l'importanza fondamentale di un insieme di diritti fondamentali appartenente a tutti.

La diffusione di informazioni attraverso i nuovi media richiede un know-how sugli algoritmi da utilizzare e l'accesso alla maggior quantità possibile di dati da parte dei potenziali destinatari. Ciò provoca disuguaglianze sotto due aspetti: su larga scala, ciò può essere garantito in primo luogo da gruppi di interesse finanziariamente forti. Questi possono quindi aumentare il loro potere di influenzare i processi politici

nei confronti di gruppi di interesse meno potenti. Inoltre, esiste un divario di conoscenza tra gli attori che utilizzano i nuovi media nelle campagne e le persone che ne sono l'obiettivo, senza che queste ultime siano in grado di giudicare sulla base di quali dati e algoritmi quali informazioni vengono loro fornite. Tutto ciò influisce sul processo democratico di formazione delle opinioni e indebolisce i diritti fondamentali.

D'altro canto, l'uso di nuove forme di comunicazione digitale ha anche un potenziale di democratizzazione e può contribuire alla tutela della vita privata, proprio perché il mondo digitale si sottrae ampiamente al controllo nazionale. La censura è resa molto più difficile e vi sono soluzioni tecniche per bloccare la sorveglianza della comunicazione digitale accessibile abbastanza facilmente. È anche possibile che persone prive di grandi risorse finanziarie diffondano le loro opinioni politiche attraverso i canali digitali. La convergenza di singoli attivisti politici è facilitata anche dalla digitalizzazione. Il potenziale di emancipazione della digitalizzazione è stato dimostrato, ad esempio, nella "Primavera araba".

Per dirla senza mezzi termini: lo Stato nazionale è responsabile in primo luogo soprattutto della regolamentazione, della repressione e dell'applicazione della legge. Tuttavia, perde il potere di legiferare e far rispettare i diritti

sovrani nel regolamentare il capitale e le relazioni di potere diseguali create da varie forme di discriminazione. Gli Stati nazionali sono sempre più sostituiti da organismi privati e/o inter- e sovranazionali nel processo legislativo, dove cominciano ad essere meri organi d'esecuzione. L'importanza sempre minore dello Stato nazionale, il crescente potere degli attori privati, gli attacchi neoliberali ai diritti fondamentali e ai diritti sociali e la digitalizzazione impongono uno sviluppo ulteriore dei diritti fondamentali, in particolare in riferimenti che vanno oltre la classica logica dello Stato nazionale e la teoria giuridica tradizionale, dello Stato e della democrazia. Un arretramento nella nicchia degli Stati nazionali non contribuirebbe quindi allo sviluppo emancipatore dei diritti fondamentali.

### **3.3 La privatizzazione del sistema giudiziario minaccia i diritti fondamentali**

Per le parti economicamente e strutturalmente più deboli (locatari, dipendenti, assicurati) l'applicazione giudiziaria del diritto civile è un percorso spinoso. I procedimenti giudiziari minacciano sempre di riproporre i rapporti di potere esistenti. Le parti particolarmente forti economicamente possono letteralmente "affamare" i soggetti economicamente deboli in lunghi procedimenti legali. Mentre i lavoratori dipendenti hanno spesso bisogno del

salario o gli assicurati del beneficio finanziario dell'assicurazione e necessitano quindi, dal punto di vista economico (e spesso emotivo) una rapida conclusione della procedura, una lunga durata svolge di solito un ruolo molto meno importante per una grande impresa. La formalizzazione dei procedimenti con l'argomento di un'estensione dello Stato di diritto può quindi essere vantaggiosa per le parti economicamente forti.

Dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile nel 2011, l'accesso alla giustizia in materia di diritto privato in Svizzera ha creato ostacoli ancora maggiori per le lavoratrici e i lavoratori comuni che percepiscono un salario normale, in parte a causa del massiccio aumento degli anticipi sui costi, con cui devono essere anticipate le spese processuali (già elevati secondo gli standard internazionali). Inoltre, il nuovo codice di procedura civile svizzero obbliga l'attore ad assumersi il rischio di incassare le spese processuali dalla controparte nel caso che essa vinca. L'accesso al sistema giudiziario civile dello Stato è quindi reso molto più difficile; lo Stato garantisce una tutela giuridica sempre meno efficace e tende a ritirarsi da un pilastro centrale dello Stato di diritto.

Inoltre, il potere giudiziario è spesso privato della sua giurisdizione mediante arbitrato nei settori importanti per le società transnazionali; i tribunali arbitrali

emettono la sentenza nel merito, mentre l'esecuzione della sentenza è lasciata allo Stato nazionale. I tribunali arbitrali in materia di investimenti possono condannare gli Stati nazionali a risarcimenti elevati tramite la legislazione nazionale che incide sulle aspettative di profitto. I protocolli dei negoziati TTIP hanno esposto che tali pratiche dovrebbero essere ulteriormente sviluppate.

Nel diritto privato, pertanto, vi sono segnali generali di privatizzazione della giustizia civile e di ritiro dello Stato dalla garanzia di diritto civile.

## 4. Prospettive

### 4.1 Estendere i diritti fondamentali a tutte le relazioni asimmetriche di potere esistenti

Da un lato, i diritti fondamentali e umani sono sorti come diritti di difesa per proteggere i cittadini (e le persone giuridiche) dalle aggressioni del potere sovrano, e dall'altro come diritti democratici di partecipazione proprio a questo potere. Nella modernità europea, il potere sovrano è stato inteso e incarnato principalmente come Stato nazione, e ciò si riflette nella definizione dei diritti fondamentali.

L'attacco neoliberale ai diritti fondamentali e alle norme del diritto sociale, la globalizzazione, la crescente

importanza degli attori sovranazionali, internazionali e privati, la digitalizzazione e la perdita di importanza dello Stato nazionale stanno oggi imponendo una nuova valutazione dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali non devono più essere intesi come un quadro normativo tra lo Stato e le persone, ma come un regolatore e un correttore fondamentale per le relazioni di potere asimmetriche. I diritti fondamentali non possono più limitarsi alla loro funzione di difesa contro l'intervento statale. Questo ampliamento della definizione dei diritti fondamentali implica anche la necessità di rivalutarli.

I diritti fondamentali devono pertanto essere considerati come una forma giuridica non solo contro lo Stato, ma anche contro attori parastatali, privati, sovranazionali od internazionali. Occorre istituire una protezione giuridica globale adeguata. Inoltre, non dovrebbero essere concepiti come semplici diritti di difesa, ma anche come garanzia del diritto alla partecipazione politica e sociale. I primi approcci giuridicamente rivendicabili di tale protezione giuridica si trovano molto probabilmente nella CEDU e nel suo ulteriore sviluppo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, i diritti sanciti dalla convenzione (ad eccezione del molto limitato divieto di discriminazione) sono in primo luogo i classici diritti liberali di difesa e i diritti processuali come la libertà di religione, di riunione o di espressione o il diritto a un

processo equo. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo offre una tutela giuridica non troppo efficace per una serie di ragioni: i procedimenti richiedono molto tempo; molti ricorsi non vengono ricevuti o vengono respinti; la Corte europea dei diritti dell'uomo non dispone di mezzi propri di esecuzione.

Sopra, sotto e accanto alle istituzioni statali, c'è anche un ulteriore potenziale emancipatore. Si tratta, ad esempio, degli approcci alla *cittadinanza urbana*<sup>3</sup>, che viene concessa a prescindere dalla nazionalità e dallo status di residenza e mira a garantire l'accesso ai servizi sociali e alla partecipazione sociale. La *cittadinanza urbana* è un esempio di come la lotta per l'emancipazione possa essere promossa dalla tramite alleanze transdisciplinari basate sulla solidarietà. A tal fine, è necessario intensificare le discussioni interdisciplinari e transdisciplinari sul ruolo della legge come elemento potenzialmente efficace del lavoro emancipatore così da poter utilizzare la lotta nel campo legale come mezzo strategico di lotte emancipatorie per la libertà. Solo la lotta per la giustizia può quindi portare a una mobilitazione e una riduzione del senso di impotenza.

In che misura questo potenziale può essere sfruttato e l'effettivo peso dei diritti fondamentali nell'interpretazione dei singoli fatti e delle circostanze giuridiche dipende in

3 Nel testo originale: Urban Citizenship (corsivo aggiunto).

modo decisivo dalle relazioni sociali di potere e da numerosi fattori giuridici ma anche non giuridici (politici, tecnici, economici). I tribunali non sempre assolvono in modo affidabile il loro dovere di amministrare i diritti fondamentali in modo qualificato ed egualitario, anche nell'ambito della logica già fortemente limitata dell'ordinamento giuridico esistente. Il sistema giudiziario si dimostra quindi solo parzialmente un baluardo per un'efficace tutela dei diritti fondamentali. Anche una giurisdizione costituzionale globale non ha necessariamente un effetto emancipatore a seconda dell'equilibrio giuridico-politico del potere, ma può anche riprodurre relazioni di potere pre-democratiche e antidemocratiche, come dimostra la storia.

## 4.2 Diritti negativi e positivi che si condizionano reciprocamente

Quanto più fragili sono le condizioni di vita delle persone colpite, tanto più è probabile che i loro diritti fondamentali siano minacciati. Le posizioni giuridiche (di base) sono più minacciate nel capitalismo soprattutto per coloro che hanno più bisogno di diritti (di base). La percezione e la domanda di diritti (di base) presuppone risorse socioeconomiche, culturali e sociali. Per la realizzazione dei diritti fondamentali, l'accesso a determinate risorse deve quindi essere aperto a tutti. Per questo motivo, l'effettiva tutela dei diritti

fondamentali richiede non solo diritti di difesa, ma anche diritti politici e sociali fondamentali.

L'isolamento neoliberale, l'iniqua distribuzione del potere e delle risorse e la mancanza di strutture economiche e sociali sostenibili indeboliscono i diritti fondamentali, le posizioni giuridiche degli individui e, in ultima analisi, anche la democrazia. Tale indebolimento può certamente avvenire nel quadro del discorso neoliberale sui diritti fondamentali, ad esempio spezzando l'insieme dei diritti fondamentali, rendendoli gerarchici e, in ultima analisi, minandoli. Lo Stato viene spinto indietro invocando alcuni diritti fondamentali liberali (ad esempio la libertà economica o la garanzia di proprietà) mentre altri diritti fondamentali (ad esempio la dignità umana, la tutela della vita privata o i diritti sociali fondamentali) vengono indeboliti o addirittura abbandonati. Ad esempio, i trattati di protezione degli investimenti pongono i diritti degli investitori (investimenti, profitti attesi) al di sopra di altri diritti fondamentali (diritto alla salute, diritto alla vita), e le elevate richieste di risarcimento dinanzi ai tribunali arbitrali impediscono agli Stati nazionali di proteggere questi ultimi.

I diritti fondamentali sono dinamici ma non disponibili. I diritti liberali tradizionali e i diritti sociali, negativi e positivi, devono pertanto essere garantiti in egual misura e nella loro

totalità. Ciò può essere esemplificato in particolare dal tema del lavoro: garantire diritti positivi come i limiti dell'orario di lavoro, la protezione in caso di malattia e infortunio, la protezione contro il licenziamento o il salario minimo sono elementi centrali per garantire a tutti un'esistenza dignitosa. Allo stesso tempo, per garantire l'applicazione di questi diritti positivi è necessario un accesso alla giustizia facilitato. La lotta per questi diritti presuppone a sua volta la garanzia della libertà di associazione, di riunione e di espressione dei lavoratori.

### **4.3 Cittadin\*<sup>4</sup> solidali come punto di partenza e di riferimento per i diritti fondamentali**

I diritti fondamentali, le minacce e la violazione di tali diritti si ripercuotono sulla vita quotidiana di innumerevoli persone. I/Le Cittadin\* come individui e parte di un collettivo sono contemporaneamente mittente e destinatario dei diritti fondamentali egualitari. La rilevanza dei diritti fondamentali come presupposto per una vita autodeterminata in strutture di solidarietà sostenibile deve ricevere maggiore rilievo politico. Il concetto di solidarietà come solidarietà tra disuguaglianze deve essere affinato. Questa è l'attuale sfida politica. Se riconosciamo che, sebbene ci siano costruzioni discretamente stabili di comunità e società, ma che non possiamo mai giustificarle in modo

4 Nel testo originale: "Citoyen\_ne"

definitivo, diventa evidente che il confine tra “noi” e “gli altri” rimane sempre temporaneo e permeabile. Su quale lato di questo confine noi e i nostri vicini veniamo a trovarci, non dipende direttamente da noi. Allo stesso tempo, però, nella vita quotidiana stiamo sperimentando la possibilità di spostare questo confine immaginario, superarlo o respingerlo del tutto. Per fare questo, abbiamo bisogno della solidarietà come capacità di riconoscere una posizione diversa dalla nostra, senza allo stesso tempo esigere che questa posizione “straniera” venga messa in discussione o oppressa con un'aspettativa di identità. Essere solidali significa molto di più che essere fratelli o essere empatici, ma partecipare alle peculiarità degli altri a distanza di sicurezza. Questa comprensione della solidarietà ci porta anche a pensare globalmente ai diritti fondamentali, vale a dire difendere la loro osservanza universale senza cadere in una logica paternalistica. La topografia dei diritti fondamentali non finisce alla frontiera. Ogni persona deve assumersi la responsabilità della validità dei diritti fondamentali. Il consumatore deve essere sostituito da Cittadin\*.

Allo stesso tempo, i diritti fondamentali, che sono legati alla richiesta di solidarietà così intesa, sono in grado di preservare le loro radici sociali. Questo legame tra solidarietà e diritti fondamentali deve essere dimostrato da esempi chiari. Ciò richiede alleanze di ampio respiro e una

maggiore cooperazione in un panorama politico che, soprattutto nel campo dei diritti fondamentali, non è caratterizzato principalmente da partiti e istituzioni, ma piuttosto da numerose piccole e frammentarie ONG. Ci si chiede quali siano le priorità politiche da fissare e come debba essere definita l'agenda politica concreta.

## 5. Conclusioni

Il presente documento sostiene che i diritti fondamentali e la democratizzazione sono interdipendenti. Tuttavia, non è vero che la democrazia garantisca il rispetto dei diritti fondamentali o che l'affermazione di tali diritti garantisca necessariamente una politica democratica. Si afferma piuttosto che i diritti fondamentali e la democrazia devono essere intesi come principi emancipatori e non come entità statiche con una relazione sicura tra loro. È quindi necessario conoscere le condizioni spaziali e temporali per comprendere e influenzare il rapporto tra democrazia e diritti fondamentali.

La crescente economia della vita quotidiana e il disimpegno degli Stati nazionali stanno portando ad una riorganizzazione del rapporto reale tra democrazia e diritti fondamentali. La topografia dei diritti fondamentali è flessibile e da alcuni anni si sta muovendo verso maggiori disuguaglianze e territori sempre più precari. Per contrastare questo sviluppo, proponiamo tre assi principali.



In primo luogo, la lotta per i diritti fondamentali deve essere estesa a tutte le relazioni di potere asimmetriche. Lo Stato continua ad occupare una posizione dominante di potere, ma al di sopra, sotto e accanto agli Stati nazione, si sono affermati attori importanti e talvolta ancora più importanti per la concessione dei diritti fondamentali. In secondo luogo, i diritti positivi e negativi vanno sempre considerati insieme. Soprattutto per quanto riguarda la discriminazione dei gruppi di popolazione, si può constatare che essa è efficace e allo stesso tempo così persistente perché a molte persone vengono negati diritti positivi o perché gli ostacoli che si frappongono sono sproporzionatamente elevati. Infine, in terzo luogo, sosteniamo la riscoperta della solidarietà tra cittadini\* come soggetto politico. Agire in solidarietà significa tenere sempre conto della posizione degli "altri" e non fraternizzare solo con i nostri coetanei nel senso di una comunità di interessi.