

[in: "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2009, 2, pp. 487-506]

Diritti soggettivi Lineamenti di un'analisi teorica

GIORGIO PINO

Mi ripropongo di offrire un contributo all'analisi teorica del concetto di diritto soggettivo, e in particolare *a*) della struttura (§§ 1-1.2.3), *b*), della giustificazione (§ 2), e *c*) del fondamento normativo dei diritti soggettivi (§ 3).

Più precisamente, mi occuperò di diritti soggettivi *riconosciuti dal diritto positivo*, di diritti *giuridici* (d'ora in avanti questa precisazione sarà omessa): un diritto è riconosciuto dal diritto positivo se esiste almeno una norma giuridica che riconosce quel diritto¹.

1. *La struttura dei diritti soggettivi*

1.1. *Lo schema di Hohfeld*

Per l'analisi della struttura dei diritti soggettivi utilizzerò come punto di partenza la griglia concettuale elaborata, quasi un secolo fa, dal giurista americano Wesley Newcomb Hohfeld².

¹ Non affronterò qui il problema delle condizioni alle quali si può affermare che una norma giuridica esiste; per alcune considerazioni su questo punto, cfr. G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in «Analisi e diritto», 2008.

² W.N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1913), in D. Patterson (ed. by), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Blackwell, Oxford, 2003, pp. 295-321. Per alcune eccellenti esposizioni della teoria di Hohfeld, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 1965, pp. 151-159; J. Finnis, *Some Professorial Fallacies about Rights*, in «Adelaide Law Review», vol. 4, 1972, pp. 377-388 (ma solo relativamente a pretesa e libertà, e concetti correlativi); Id., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 199-202; J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, pp. 55-59; J. Waldron, *Introduction*, in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford U.P., Oxford, 1984, pp. 5-8; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford U.P., Oxford, 1998, pp. 7-111 (spec. pp. 7-60, 101-111); B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea Da Hart a Raz*, in «Analisi e diritto»,

Secondo Hohfeld, i discorsi formulati in termini di diritti sono affetti da profonda ambiguità e talvolta da vera e propria confusione concettuale. Per rimediare a questi difetti, Hohfeld propone di scomporre il concetto di diritto soggettivo in alcune, distinte posizioni giuridiche elementari³, esattamente definite: pretesa (*claim*), libertà (*liberty, privilege*), potere (*power*), immunità (*immunity*).

Ciò fatto, Hohfeld individua per ognuna di queste posizioni giuridiche elementari sia la corrispondente negazione, sia la posizione correlativa. La negazione di una posizione hohfeldiana è un'altra posizione hohfeldiana, il cui contenuto è il contraddittorio, in senso logico, della prima; la posizione correlativa è invece un'altra posizione hohfeldiana, che è logicamente implicata da ciascuna posizione hohfeldiana: la "controparte" che si accompagna per definizione a quella posizione. Il rapporto tra ciascuna posizione hohfeldiana e la sua posizione correlativa è puramente definitorio: se c'è una pretesa allora c'è anche un dovere, se c'è un potere allora c'è anche una soggezione, e così via. E viceversa, in mancanza di un dovere non c'è una pretesa, ecc. Trattandosi di un rapporto logico-definitorio, non è necessario che vi siano due distinte norme, una per istituire una certa posizione hohfeldiana (ad es., una pretesa), e l'altra per istituire la posizione correlativa (ad es., il dovere): in realtà è *una stessa norma* che stabilendo una posizione hohfeldiana, per necessità logica istituisce anche il suo correlativo⁴.

Così, la pretesa, o diritto in senso stretto, consiste nel fatto che qualcuno è tenuto ad un comportamento attivo, oppure omissivo, nei confronti del titolare della pretesa stessa. Ciò che definisce una pretesa è la presenza di un obbligo di compiere (o non compiere) il contenuto della pretesa. La pretesa ha dunque come correlativo il dovere, e come negazione un "non-diritto" (ossia

2001, pp. 1-58 (spec. pp. 7-19); W. Edmundson, *An Introduction to Rights*, Cambridge U.P., Cambridge, 2004, cap. 5.

³ Parlo di «posizioni giuridiche» per i motivi già chiariti poco sopra. Nulla impedisce, tuttavia, che l'analisi hohfeldiana sia applicata anche ai diritti morali (cfr. ad es. R. Hare, *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford U.P., Oxford, 1981, pp. 149-151; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., *passim*; H. Steiner, *Moral Rights*, in D. Copp (ed. by), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 459-479, spec. pp. 461-463).

⁴ Per una posizione differente, cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 5-40; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 196-197, 668-695 (spec. p. 673), che qualifica come "garanzia primaria" di un diritto la prestazione richiesta per soddisfare il contenuto del diritto stesso (e da esso logicamente implicata); Ferrajoli afferma che, se la garanzia primaria non è imposta da alcuna norma, si determina una lacuna – e non invece l'assenza del diritto, come si dovrebbe pur concludere se tra diritto e garanzia primaria si dà un rapporto di implicazione logica; per una critica su questo punto, R. Guastini, *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 43-48.

l'assenza del diritto o pretesa a qualcosa). Se Tizio ha una pretesa verso Caio (la pretesa che Caio faccia, oppure non faccia, qualcosa), allora Caio ha un dovere (di fare, oppure di non fare, qualcosa) verso Tizio.

La libertà è la possibilità da parte del suo titolare di fare qualcosa, oppure (disgiuntamente) la possibilità di non fare qualcosa⁵. La libertà ha come correlativo un non-diritto, e come negazione un dovere. Se Tizio ha la libertà di fare (o di non fare) X, allora Caio non ha il diritto di esigere da Tizio che non venga fatto (o che venga fatto) X, né Tizio ha il dovere di non farla (o di farla). Si noti dunque che alla libertà di Tizio di fare X corrisponde, come correlativo, il non-diritto di Caio che Tizio *non faccia* X (se Tizio ha la libertà di entrare in un fondo, Caio non ha il diritto che Tizio non vi entri), e come contraddittorio il dovere di Tizio *di non fare* X⁶. Così, la libertà di Tizio di entrare nel proprio fondo ha come correlativo la mancanza di un diritto, ad es. da parte di Caio, che Tizio non entri nel fondo, e come contraddittorio un dovere da parte di Tizio di non entrare nel fondo.

Il potere è la possibilità, da parte del suo titolare, di modificare una posizione giuridica altrui, o anche la propria – è dunque una posizione giuridica “di secondo grado” o un meta-diritto, perché ha ad oggetto l’istituzione, il cambiamento o l’estinzione di altre posizioni giuridiche. Il potere ha come correlativo la soggezione, e come negazione l’incapacità. Tizio ha un potere nei confronti di Caio se può alterare la situazione giuridica di Caio (estinguere un suo dovere, ad esempio, oppure crearne uno), e in tal caso Caio si trova in una situazione di soggezione nei confronti di Tizio.

L’immunità consiste nella impossibilità, da parte di terzi, di incidere su (istituire, modificare, estinguere) una posizione soggettiva del titolare dell’immunità. L’immunità può anche essere diretta verso il titolare stesso del

⁵ Hohfeld usa in proposito anche il termine *privilege*. È preferibile però riservare quest’ultimo termine ad un tipo specifico di libertà, in particolare alle libertà attribuite esclusivamente ad alcune specifiche categorie di soggetti; per un uso analogo cfr. G. Williams, *The Concept of Legal Liberty*, in «Columbia Law Review», vol. 56, 1956, pp. 1129-1150 (spec. pp. 1131-1132); J. Feinberg, *Social Philosophy*, cit., p. 57: «if liberties are to be distinguished from privileges [...], it is primarily in view of the specially delimited distribution of the latter».

⁶ Questo punto, pur chiaramente espresso da W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit., p. 301, è stato spesso oggetto di confusione nella letteratura sui diritti che utilizza l’impostazione hohfeldiana, in cui la libertà viene considerata equivalente all’assenza di un dovere (anziché all’assenza di un “dovere di non”): per questo tipo di errore cfr. ad es. F. Kamm, *Rights*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford U.P., Oxford, 2002, pp. 476-513 (a p. 479). Se ne veda una discussione chiarificatrice in G. Williams, *The Concept of Legal Liberty*, cit., pp. 1135 ss. (che però, stranamente, accusa Hohfeld di omettere questa precisazione); J. Finnis, *Some Professorial Fallacies about Rights*, cit.; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., p. 13.

diritto: in questo caso qualcuno non può modificare una posizione giuridica di cui è egli stesso titolare. L'immunità ha come correlativo il "non-potere" o incompetenza, e come negazione la soggezione. Se Tizio ha un'immunità, allora Caio non ha il potere di modificare la situazione giuridica di Tizio. Anche l'immunità è una posizione giuridica di secondo grado, perché riguarda (l'impossibilità di incidere su) diritti, libertà, doveri.

Dunque, considerando le quattro posizioni di partenza e le loro negazioni e posizioni correlative, abbiamo un totale di otto posizioni soggettive di base: pretesa, libertà, potere, immunità, dovere, non diritto, soggezione, incompetenza. Solo le prime quattro, però, sono riconducibili all'area semantica della parola "diritto soggettivo": le altre quattro sono invece o la negazione di un diritto, o ciò che un diritto implica come posizione correlativa.

1.2. *Tre sviluppi dello schema hohfeldiano*

Proviamo ad arricchire questo quadro con qualche ulteriore dettaglio. Si tratta di elementi, trattati da Hohfeld in maniera estremamente fugace, le cui implicazioni è bene tenere presenti per una adeguata comprensione del "funzionamento" dei diritti

1.2.1. *Rapporti tra posizioni hohfeldiane*

In primo luogo, tra le otto posizioni soggettive di base non si danno rapporti di implicazione logica, *diversi da quelli già individuati in via di definizione* (ed elencati al § 1.1). Così, ad esempio:

a) la *pretesa* di ottenere X, che implica in qualche altro soggetto il dovere di eseguire X, non implica logicamente alcuna libertà (si ricordi che nelle pretese l'unico comportamento rilevante è quello di colui su cui ricade l'obbligo corrispondente); né implica il potere di agire in giudizio per l'esecuzione di X; né, infine, implica il potere di esentare dall'esecuzione di X. Così, Tizio può avere la pretesa che Caio non entri in un certo fondo, ma questo, di per sé, non implica che Tizio abbia anche la libertà di entrare in quel fondo, né il potere di Tizio di imporre a Caio il non ingresso nel fondo, né il potere di esonerare Caio dall'obbligo di non entrare nel fondo⁷. Quella libertà e quei poteri potrebbero

⁷ Di diverso avviso J. Feinberg, *Social Philosophy*, cit., p. 58, secondo cui la pretesa includerebbe necessariamente anche una libertà (si noti però che, per argomentare a favore di questa tesi, Feinberg utilizza come esempio di *claim-right* quella che è, in realtà, una libertà).

anche essere attribuiti a soggetti diversi da Tizio, oppure potrebbero anche non esistere – senza che ciò faccia venir meno l'esistenza della pretesa.

b) analogamente, una *libertà* implica un correlativo non-diritto altrui, ma non implica anche una pretesa nei confronti dei terzi; in particolare, non implica logicamente una pretesa a che terzi si astengano dall'interferire con l'esercizio della libertà⁸.

c) una *libertà di fare* non implica logicamente anche una libertà di non fare (una libertà hohfeldiana è un permesso “unilaterale”, non “bilaterale”). Per questo motivo, una libertà hohfeldiana è logicamente compatibile con un dovere, in capo al titolare della libertà, che abbia il medesimo contenuto della libertà stessa: la libertà di Tizio di entrare nel fondo è logicamente compatibile con l'obbligo di Tizio di entrarvi (l'incompatibilità sorgerebbe solo se la libertà fosse bilaterale) – mentre è incompatibile con l'obbligo di Tizio di *non* entrarvi¹⁰.

d) un *potere* non è logicamente associato ad una libertà (tantomeno ad una libertà bilaterale). In altre parole, se Tizio ha il potere di incidere sulla situazione giuridica di Caio, ciò di per sé non significa che Tizio abbia anche la libertà di farlo (ossia, è logicamente possibile che non abbia un dovere di non farlo). Per stravagante che possa sembrare, questo è esattamente quanto accade, ad esempio, nel caso della responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale): l'inadempimento o l'atto doloso o colposo di Tizio nei confronti di Caio altera la situazione giuridica sia di Caio che di Tizio, in quanto fa nascere nel primo un diritto al risarcimento del danno, e nel secondo un dovere correlativo¹¹. Quindi,

⁸ Ciò non esclude che in un atto linguistico con cui si rivendica una libertà («Io ho la libertà di fare X») sia spesso presente, come *implicatura conversazionale*, la pretesa che terzi non interferiscano con l'esercizio di X (oltre all'assenza del dovere di non fare X, che invece è logicamente implicata nella libertà). Questo, evidentemente, non attiene all'analisi concettuale della nozione di libertà (oggetto dell'analisi hohfeldiana), ma alla dimensione dell'uso – i contesti tipici o concreti in cui vengono proferiti enunciati contenenti il termine “libertà”. Per alcuni spunti in tal senso cfr. F. Poggi, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in «Ragion pratica», 31, 2008, pp. 365-373 (spec. pp. 369-370). Sulla nozione di implicatura conversazionale v. M. Sbisà, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Laterza, Roma-Bari, 2007, cap. 3.

⁹ Un permesso bilaterale consiste nel permesso di fare *p*, e contemporaneamente nel permesso di non fare *p*. Che le libertà hohfeldiane corrispondano a permessi unilaterali è chiaramente colto da G. Williams, *The Concept of Legal Liberty*, cit., pp. 1139-1142; H.L.A. Hart, *Legal Rights* (1973), in Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982, pp. 167, 173-174 (il quale comunque ritiene che, di fatto, la maggior parte delle libertà si presentino come libertà bilaterali).

¹⁰ Quelle considerate ai punti *b)* e *c)* sono forse le più evidenti divaricazioni dello schema hohfeldiano rispetto all'uso comune: nell'uso comune, infatti, la “libertà” è solitamente intesa come libertà bilaterale, e la “libertà” e la “pretesa” sono solitamente pensate come inscindibilmente connesse.

¹¹ Cfr. artt. 1218 e 2043 cod. civ.; lo stesso può dirsi nel caso di illeciti penali, per effetto dell'art. 185 cod. pen.

un potere è logicamente compatibile con un dovere di non compiere gli atti che determinano la modifica nelle posizioni giuridiche, come nel caso appena considerato¹². Ed è altresì logicamente compatibile con un dovere di esercitare il potere: in altre parole, l'esercizio di un potere può non essere affatto rimesso alla libera valutazione del suo titolare – come nel caso del poliziotto che eleva una contravvenzione in occasione di un qualche tipo di illecito, o nel caso dell'obbligatorietà dell'azione penale secondo la Costituzione italiana. Tuttavia, gli usi tipici del concetto di potere nel discorso dei diritti consistono nell'associare il potere ad una libertà (spesso bilaterale): Tizio non solo ha il potere di cambiare la situazione giuridica di Caio, o anche la propria, ma è anche nella posizione di scegliere se esercitare o meno tale potere.

Ora, tutto ciò riguarda le relazioni strettamente logiche (di implicazione o di contraddittorietà) tra posizioni hohfeldiane. Tuttavia, tra singole posizioni hohfeldiane possono presentarsi non solo rapporti strettamente logici, ma anche relazioni di “implicazione pratica”¹³: casi in cui, cioè, pur in assenza di una contraddizione logica, l'esistenza di una posizione hohfeldiana preclude *di fatto* (e non meramente perché ciò sarebbe insensato, irragionevole – su ciò v. invece *infra*) che si diano anche certe altre posizioni hohfeldiane.

Ad esempio, se Tizio non ha il potere di stipulare contratti (ad esempio perché è minorenni), questo per un verso determina l'immunità di Tizio (correlativa alla sua mancanza di potere), ma per altro verso determina anche la mancanza di potere di Caio, che è impossibilitato a stipulare contratti con Tizio. Oppure, se un datore di lavoro non ha il potere di emanare direttive ai propri dipendenti che rendano obbligatori o vietati certi indumenti, allora i dipendenti avranno non solo una immunità nei confronti del datore di lavoro in relazione all'imposizione di tali obblighi ma anche, per implicazione pratica, la libertà (= assenza di obblighi) di indossare certi indumenti – quantomeno se tali obblighi non erano già precedentemente esistenti.

Nel diritto, questo tipo di implicazione pratica tra posizioni hohfeldiane riveste un certo interesse, specialmente nei casi in cui un potere può essere validamente esercitato solo nella misura in cui sia stato conferito attraverso (una concatenazione di) atti di delegazione. Ad esempio, una costituzione rigida può stabilire che il legislatore non può disciplinare certe materie riguardanti condotte

¹² Per qualche ulteriore chiarimento su questo punto, all'apparenza stravagante, cfr. § 1.2.

¹³ Per questa idea, A. O'Rourke, *Refuge from a Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law*, Harvard Law Sch. Pub. Law & Legal Theory Working Paper No. ##, 2009, available at <http://ssrn.com/abstract=1358336>

dei cittadini o che, se le disciplina, non può stabilire certi contenuti¹⁴: una simile clausola costituzionale determina direttamente una incompetenza del legislatore; per correlatività determina una immunità dei cittadini nei confronti del legislatore con riferimento a quelle materie; e inoltre, per implicazione pratica, determina uno spazio di libertà dei cittadini. Oppure, se una costituzione rigida stabilisce che la legge, nel disciplinare certi atti, non può validamente stabilire che essi siano adottati senza un provvedimento giurisdizionale (c.d. riserva di giurisdizione), ciò significa:

i) che il Parlamento non ha il potere di emanare una legge che disciplini quegli atti senza includere anche una riserva di giurisdizione;

ii) per correlatività, che i cittadini hanno una immunità nei confronti del Parlamento, con riferimento alle leggi che disciplinano quel tipo di atti, nella misura in cui non prevedano la riserva di provvedimento giurisdizionale;

iii) per implicazione pratica, che pubblici poteri diversi dagli organi giurisdizionali (e, peraltro, anche privati cittadini) non hanno il potere di adottare quel tipo di atti;

iv) sempre per implicazione pratica, e per correlatività con *iii)*, che i cittadini hanno una immunità nei confronti dei soggetti diversi dagli organi giurisdizionali relativamente al compimento di certi atti¹⁵.

Analogamente, se una costituzione rigida attribuisce ai cittadini una certa libertà (ad es., di circolazione), per implicazione pratica il legislatore non ha il potere di emanare leggi limitative di quella libertà, e quindi i cittadini hanno, in congiunzione con quella libertà, anche una immunità nei confronti del legislatore.

Si può certamente discutere sulla sensatezza, sulla ragionevolezza di una ipotetica regolamentazione giuridica che, ad esempio, non associ a certe libertà

¹⁴ L'esempio più evidente di disposizione costituzionale di questo tipo è il Primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances». In tal senso si può leggere anche l'art. 32 cost.: «La legge [che introduce un determinato trattamento sanitario obbligatorio] non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»: in questo caso, per implicazione pratica rispetto alla mancanza di competenza del legislatore, si determina una pretesa dei cittadini di non subire certi trattamenti sanitari obbligatori.

¹⁵ L'esempio presuppone che le norme costituzionali abbiano come esclusivo destinatario il legislatore. Ove invece si ritenesse che la costituzione vincoli direttamente tutti i soggetti pubblici, allora evidentemente l'assenza di potere ricadrebbe direttamente (e non per implicazione pratica) su tutti i soggetti diversi dagli organi giurisdizionali.

anche la pretesa che terzi non interferiscano con l'esercizio della libertà stessa¹⁶ (e in effetti, come vedremo tra poco, è assai frequente che una posizione hohfeldiana si presenti come circondata da altre distinte posizioni hohfeldiane, che le fanno da scudo); o che non delimiti accuratamente la platea dei soggetti dotati del potere (hohfeldiano) di sopprimere giuridicamente quella libertà. Questo potrebbe essere materia di critica del diritto, o potrebbe indurre ad evidenziare una lacuna assiologica, o una lacuna tecnica; ma tutti questi, appunto, non sarebbero difetti *logici* del sistema. Anzi, l'apparato hohfeldiano consente di portare alla luce con chiarezza se un certo fascio di posizioni giuridiche, non adeguatamente articolato dal legislatore, è stato poi arricchito tramite operazioni interpretative, magari mascherate da sviluppo "logico" del sistema.

1.2.2 *Posizioni soggettive atomiche e molecolari*

Quanto appena detto ci porta ad un secondo ordine di osservazioni: mentre le singole posizioni hohfeldiane sono *logicamente* indipendenti tra loro (al di là degli specifici rapporti di contraddittorietà e correlatività già evidenziati), di fatto è assai probabile che ciò che comunemente identifichiamo come un diritto soggettivo (ad es., il diritto di proprietà, il diritto di voto, la libertà di circolazione, ecc.), consista di un insieme composito di posizioni hohfeldiane. In altre parole, mentre le singole posizioni hohfeldiane sono posizioni "atomiche", quelli che nel linguaggio giuridico sono ordinariamente identificati come diritti soggettivi consistono in realtà di aggregati "molecolari" di tali posizioni¹⁷.

¹⁶ N. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, cit., p. 156, parla in proposito di "implicazione pragmatica" tra libertà e pretese: «being a liberty, the right to speak freely does not in itself entail any duties incumbent upon anyone else. The asserted right may nevertheless *imply* the existence of such duties which constrain the ability of others to interfere with the right-holder's free speech, in the sense that the assertion might in some contexts lack a practical point if such duties did not exist» (corsivo nell'originale). La nozione di implicazione pragmatica si riferisce specificamente alla sensatezza o ragionevolezza di tenere separate certe posizioni hohfeldiane nel contesto di una determinata regolamentazione giuridica: ciò rende chiara la differenza tra questa nozione di implicazione pragmatica e le diverse nozioni di implicazione pratica, e di implicatura conversazionale, tra posizioni hohfeldiane.

¹⁷ In tal senso, v. già W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit., pp. 297, 298; cfr. inoltre J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 201; J. Waldron, *Introduction*, cit., pp. 10-11; G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. McCormick, Z. Bankowski (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen U.P., Aberdeen, 1989, pp. 107-133 (spec. pp. 109-114); J.J. Thomson, *The Realm of Rights*, pp. 55 ss. (alcuni diritti sono *cluster-rights*, agglomerati di posizioni hohfeldiane); M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in «Analisi e diritto», 2005; Id., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, cap. I (distinzione tra micro-diritti e macro-diritti); C. Wellman, *Rights*, in *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence*, *Legal*

Da questo punto di vista, “diritto soggettivo” può essere riferito sia ad una singola posizione hohfeldiana, sia ad un insieme più o meno complesso di tali posizioni. (Lo scopo della costruzione di Hohfeld consiste esattamente nel portare alla luce simili ambiguità). Così, possiamo parlare sia dei singoli, specifici “diritti” che spettano al proprietario in virtù della sua titolarità del diritto di proprietà (di disposizione, di godimento, di piantare alberi, di recintare il fondo, di percepire i frutti, ecc.), sia del diritto di proprietà complessivamente considerato (art. 41 cost., 833 c.c.). Analogamente, la libertà di manifestazione del pensiero, come solitamente interpretata, comprende quantomeno la libertà (hohfeldiana) di manifestare il proprio pensiero, la libertà di non manifestare il proprio pensiero, la pretesa che terzi non interferiscano con l’esercizio di tale libertà, e l’immunità contro determinati atti (giuridici) volti a sopprimere tale libertà.

In altre parole, è molto raro che, di fatto, un diritto soggettivo si presenti come singola posizione hohfeldiana. Questo non rende oziosa l’analisi hohfeldiana dei diritti, ossia la scomposizione degli aggregati molecolari di diritti in posizioni atomiche hohfeldiane, poiché ogni singola posizione hohfeldiana ha come correlativo una diversa posizione hohfeldiana, e pertanto questa opera di dissezione può essere estremamente opportuna per stabilire cosa effettivamente implichi (quali pretese, libertà, poteri, immunità, doveri ecc.) un certo diritto inteso come aggregazione molecolare.

In questo senso, che potremmo definire statico, la complessità di un diritto dipende dalla quantità di posizioni hohfeldiane atomiche connesse tra loro all’interno dell’aggregato molecolare e, si può aggiungere, anche dalle modalità previste dalle norme rilevanti per l’acquisto e l’estinzione del diritto stesso (che, in senso hohfeldiano, sono poteri: del titolare del diritto, o di terzi): quanto più aumentano tutti questi elementi, tanto più il diritto sarà, in questo senso, generico¹⁸; genericità comunque da non disprezzare, perché il concetto di diritto soggettivo sarà comunque un utile strumento di presentazione, unificazione e sistematizzazione del materiale giuridico rilevante¹⁹.

Theory and Philosophy of Law, 2005; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. 1, p. 643; vol. 2, pp. 67, 398 (i diritti sono situazioni molecolari complesse).

¹⁸ La “genericità” non è necessariamente associata alla “indeterminatezza”: una norma (in questo caso, una norma attributiva di un diritto) può essere altamente generica e al contempo affatto determinata.

¹⁹ Questa è la nota conclusione cui perviene A. Ross, *Tá-Tú*; in senso analogo anche H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990, p. 150 (pur sottolineando la superfluità del concetto di diritto soggettivo); N. MacCormick, *Rights in Legislation*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 198-209, p. 207.

Che i diritti soggettivi, intesi come aggregati molecolari, siano entità complesse e generiche deriva da due ordini di fattori, non mutuamente esclusivi. In primo luogo, se un diritto soggettivo è attribuito al fine di garantire la soddisfazione o protezione di un interesse del titolare (su questo punto cfr. § 1.3), allora è possibile che la soddisfazione o protezione di tale interesse richieda molteplici attività concomitanti, in capo al titolare del diritto o in capo a terzi (una libertà di, una libertà di non, una pretesa ecc.): in questo caso, le varie posizioni hohfeldiane che costituiscono un aggregato molecolare si trovano per così dire sullo stesso piano.

In secondo luogo, spesso un fascio di posizioni hohfeldiane agisce da scudo o perimetro protettivo nei confronti di altre posizioni hohfeldiane, le quali rappresentano il nucleo (*core*) del diritto in questione²⁰: in questo caso, alcune posizioni hohfeldiane saranno assiologicamente prioritarie rispetto alle altre, e queste ultime avranno una funzione in senso lato strumentale ai fini della realizzazione delle prime. Lo scudo o perimetro protettivo può includere ogni tipo di posizione giuridica intesa ad agevolare, anche nelle maniere più indirette (ad esempio in via di prevenzione di possibili condotte impeditive) il godimento della posizione “protetta”: può trattarsi dunque di doveri di astensione in capo a terzi (e pertanto pretese del titolare all’astensione altrui), di immunità (anche nei confronti *dello stesso titolare del diritto*: diritti indisponibili o inalienabili), di poteri di instaurare azioni giudiziarie ecc.; così, se pensiamo ad un banalissimo diritto di credito (ad es., a ricevere una prestazione o una somma di denaro), il *core* sarà la pretesa di percepire la prestazione (cui corrisponde il dovere altrui di eseguirla), ma tale pretesa sarà poi assistita da un fascio di ulteriori posizioni hohfeldiane quali: il potere del creditore di citare il debitore in giudizio, oppure di rimmettergli il debito con un atto formale che estingua l’obbligo del debitore; la libertà di non esigere la prestazione; la pretesa di ottenere un risarcimento (contrattuale) dal debitore inadempiente, o (extracontrattuale) da parte di terzi che abbiano interferito con la corretta esecuzione della prestazione; ecc.²¹

²⁰ L’idea del “perimetro protettivo” risale a H.L.A. Hart, *Legal Rights*, cit., pp. 171-173 (ma spunti in tal senso già in G. Williams, *The Concept of Legal Liberty*, cit., pp. 1144, 1150); cfr. anche R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), CEPC, Madrid, 2001, pp. 224-227; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 11-12; C. Wellman, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press, Boulder (CO), 1999, pp. 8-9 (distinzione tra il *core* e gli *associated elements* di ciascun diritto).

²¹ Una panoplia di simili misure protettive è analizzata (ma con un lessico diverso da quello hohfeldiano) in G. Calabresi, D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in «Harvard Law Review», vol. 85, 1972, pp. 1089-1128.

Dunque, che i diritti si presentino come aggregati molecolari è non solo una possibilità assai ricorrente sul piano empirico, ma anche, come accennato poco sopra, una tecnica di normazione alquanto ragionevole: mentre dal punto di vista logico le componenti atomiche delle posizioni molecolari sono perfettamente separabili, la loro congiunzione deriva da ragioni contingenti (anche se talvolta tanto stringenti da rasentare l'evidenza) di opportunità politica o morale.

1.2.3 *Il contenuto dei diritti*

Una terza linea di sviluppo, o forse di integrazione, dello schema hohfeldiano riguarda il contenuto dell'azione o omissione che costituisce l'oggetto del diritto, e il soggetto che è tenuto a questa azione o omissione.

Lo schema hohfeldiano si basa su coppie oppositive di posizioni giuridiche, tra le quali si dà sempre, per definizione, un rapporto di correlatività (cfr. § 1). Ora, questo schema binario di raffigurazione dei diritti può utilmente essere integrato da un terzo elemento: la descrizione di un atto²². In tal modo, possiamo distinguere tra posizioni attive e passive; e tra diritti negativi e positivi²³.

a) I diritti *attivi* sono i diritti che hanno come oggetto una condotta del titolare del diritto: si tratta dunque delle libertà, se la condotta è un comportamento materiale, o dei poteri, se la condotta consiste nella produzione di atti giuridici.

b) I diritti *passivi* sono invece i diritti che hanno come contenuto una condotta di un soggetto diverso dal titolare: si tratta dunque delle pretese e delle immunità. Se Tizio ha un diritto passivo (e in particolare una pretesa), ciò non dice nulla su cosa Tizio può o non può fare – perché il contenuto del diritto non riguarda una sua condotta: per conoscere il contenuto del diritto dobbiamo guardare invece al soggetto su cui ricade l'obbligo o l'incompetenza corrispondente (per le immunità, ciò che un terzo, o lo stesso titolare, “non può” fare deve essere inteso come esercizio di un potere). I diritti passivi, e specialmente le pretese, possono poi distinguersi in diritti positivi e negativi.

b,) I diritti *positivi* sono diritti (pretese) ad una azione positiva altrui (esempio tipico: il diritto del creditore a ricevere l'adempimento della

²² Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 199.

²³ J. Feinberg, *Social Philosophy*, cit., pp. 59-60; N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2007, pp. 123-130.

prestazione – il datore di lavoro ha diritto a che il lavoratore dipendente esegua la sua prestazione; il lavoratore ha diritto a ricevere il compenso pattuito).

b) I diritti *negativi* sono diritti (pretese) ad una omissione o astensione altrui (esempio tipico: la pretesa del proprietario che nessuno interferisca con il godimento del bene; la pretesa che terzi non rivelino determinate informazioni personali).

Essendo i diritti positivi e i diritti negativi due tipi di pretese, essi possono essere definiti anche dal punto di vista del corrispondente dovere altrui: ai diritti positivi corrispondono dunque doveri positivi, mentre ai diritti negativi corrispondono doveri negativi.

In prima battuta, ciascun diritto in senso atomico è dunque *o* attivo *o* passivo, e ciascun diritto passivo in senso atomico è positivo *o* negativo. Tuttavia, se intesi come aggregati molecolari o macro-diritti, molti diritti non sono interamente e puramente attivi, passivi, positivi o negativi: la maggior parte dei diritti (intesi come aggregati molecolari) esibiscono al contempo aspetti attivi, passivi, positivi o negativi²⁴. Si potrebbe pensare allora che, poiché ogni diritto inteso come insieme molecolare consta di un nucleo e di un fascio di ulteriori posizioni che funzionano da perimetro protettivo, allora ciascun diritto può essere considerato attivo o passivo a seconda che il suo nucleo sia attivo o passivo. Ma anche questa strategia “riduzionistica” per salvare la distinzione tra diritti positivi e negativi è abbastanza insoddisfacente. Infatti: *a*) il *core* è solo una parte del diritto: per sapere cosa richieda la realizzazione di quel diritto, o se quel diritto è stato violato, ecc., abbiamo anche bisogno di vedere in cosa consiste il “perimetro protettivo” del diritto stesso; *b*) anche il *core* può cambiare a seconda delle circostanze: l’individuazione del *core* consiste infatti in ciò che è *normalmente* richiesto dal rispetto dell’interesse sostanziale che giustifica il diritto: è il modo più comune in cui l’interesse può presentarsi, si potrebbe dire; ma in circostanze diverse da quelle normali, il *core* stesso potrebbe presentarsi in maniera diversa.

Ad esempio, si può ipotizzare che il *core* della libertà di manifestazione del pensiero sia la libertà di esprimere ciò che si vuole, libertà che per essere resa effettiva viene circondata da un perimetro protettivo che include quantomeno la pretesa che altri non impediscano la libera espressione. Questo perché abbiamo in mente la situazione “normale” in cui la lesione dell’interesse

²⁴ J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge U.P., Cambridge, 1993, p. 214: «one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 325, 327.

sottostante alla libertà di manifestazione del pensiero consiste nel vietare a qualcuno di esprimersi; in casi simili, appare perfettamente sensato pensare che il nucleo duro della libertà di manifestazione del pensiero sia, appunto, una libertà (e in particolare una *libertà di*). Ma che dire del caso (certamente non normale) in cui qualcuno è lasciato perfettamente libero di dire ciò che gli passa per la testa, ma solo all'interno di un cubo di vetro perfettamente insonorizzato? In questo caso ciò che è in questione non è (la mancanza di) una libertà, ma la pretesa di fare qualcosa senza impedimenti altrui. Certo, questo esempio è bizzarro; ma tutto ciò che l'esempio intende mostrare è semplicemente la plausibilità (o almeno la possibilità concettuale) dell'affermazione che al cambiare delle circostanze può cambiare anche il *core* di un diritto. E dunque che il *core* di un medesimo diritto può essere positivo o negativo a seconda delle circostanze.

2. La giustificazione dei diritti soggettivi

Dunque un diritto è una posizione hohfeldiana, o più spesso un aggregato di posizioni hohfeldiane. Ciò che ci dobbiamo chiedere adesso è che cosa unifichi un possibile aggregato di posizioni hohfeldiane: a quali condizioni siamo in grado di affermare che svariate posizioni hohfeldiane costituiscono “un” diritto, anziché diversi e distinti diritti?

La risposta sta nella ragione per l'attribuzione di un diritto, o meglio nella giustificazione sostanziale di un diritto. Da questo punto di vista, nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo si contendono il campo due principali famiglie di teorie: la “*choice theory*” e la “*interest theory*”. Secondo la *choice theory*, la giustificazione per l'attribuzione di un diritto sta nell'assicurare al titolare di un diritto un ambito di scelta protetta: la possibilità, riconosciuta e garantita dal diritto oggettivo, di assumere una serie di decisioni in maniera autonoma, decisioni quali quella di esercitare o meno il diritto soggettivo, di agire o meno per la sua tutela, ecc.²⁵. Secondo la *interest theory*, la giustificazione per l'attribuzione di un diritto consiste nell'assicurare una forma di protezione e di

²⁵ L'esponente contemporaneo più rappresentativo di questa corrente è H.L.A. Hart, *Legal Rights*, cit. (un diritto è «a legally respected choice», p. 189). Si vedano anche N. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, cit.; H. Steiner, *Working Rights*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, cit., pp. 233-301.

garanzia ad un interesse del titolare (o anche di terzi: un diritto individuale potrebbe essere giustificato anche da un interesse generale)²⁶.

Non intendo qui elaborare qualcosa che somigli ad un completo sviluppo di una delle due teorie, e ad una confutazione dell'altra²⁷. Mi limiterò piuttosto a dichiarare la mia adesione alla *interest theory*, motivata principalmente dalla sua più ampia capacità di rendere conto di alcune intuizioni pre-teoriche sui diritti che la *choice theory* non è invece in grado di spiegare: notoriamente, i principali limiti della *choice theory* sono l'impossibilità di rendere conto in maniera chiara di diritti attribuiti a soggetti che non sono in grado di esprimere una volontà (diritti dei bambini, degli incapaci, ecc.), e la possibilità che ci siano diritti ai quali il titolare non può rinunciare (i c.d. diritti indisponibili)²⁸. In casi simili, usare il linguaggio dei diritti sembra però perfettamente adeguato: non sembra una forzatura dire che un bambino o un incapace hanno diritti (ad esempio ad essere curati e assistiti)²⁹, o che esistono diritti ai quali non si può rinunciare (ad esempio il diritto alla libertà personale, talché nessuno può volontariamente cedere in schiavitù) e questo può essere spiegato solo riconoscendo che il senso dell'attribuzione di un diritto consiste nella protezione di un interesse, o di un aspetto del benessere del titolare (o anche di terzi).

Dunque l'attribuzione di un diritto è giustificata dalla protezione di un interesse: l'attribuzione di un diritto è il modo in cui viene assicurata protezione ad un certo interesse. Dire che esiste un diritto equivale a dire che un certo interesse è considerato sufficientemente importante per giustificare l'attribuzione a qualcuno di una serie di posizioni hohfeldiane (pretese, libertà,

²⁶ Esempi di questa posizione in J. Raz, *The Nature of Rights* (1984), in Id., *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 165-192; Id., *Legal Rights* (1984), in Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford U.P., Oxford, 1994, pp. 254-276; Id., *Rights and Individual Well-Being* (1992), *Ibidem*, N. MacCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in «ARSP», vol. 62, 1976, pp. 305-317; Id., *Rights in Legislation*, cit.; J. Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon, Oxford, 1988, pp. 79-94; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit.; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 641-643.

²⁷ Per alcune eccellenti introduzioni critiche al dibattito tra *choice theory* e *interest theory*, J. Waldron, *Introduction*, cit., pp. 9-12; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 61-101; Id., *On the Nature of Legal Rights*, in «Cambridge Law Journal», vol. 59, 2000, pp. 473-508 (spec. pp. 495-508); J.E. Penner, *The Analysis of Rights*, in «Ratio Juris», vol. 10, 1997, pp. 300-315; B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone*, cit., pp. 20-41; M. Kramer, H. Steiner, *Theories of Rights: Is There a Third Way*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 27, 2007, pp. 281-310.

²⁸ D'altronde, lo stesso Hart riconosce che la *choice theory* non può essere considerata una teoria generale dei diritti, perché non riesce ad includere alcune situazioni in cui è perfettamente sensato parlare di diritti: cfr. H.L.A. Hart, *Legal Rights*, cit., pp. 188-193.

²⁹ I diritti dei bambini sono il noto contro-esempio alla *choice theory* avanzato da N. MacCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, cit.; in argomento si veda adesso I. Fanlo Cortés, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008.

immunità, poteri) – e per imporre a qualcun altro le posizioni hohfeldiane correlative (doveri, non-diritti, soggezioni, non-poteri) – idonee a promuovere, tutelare, ecc. quell'interesse³⁰.

Il nucleo (*core*) del diritto è di solito la posizione hohfeldiana che rappresenta il modo più diretto e immediato di realizzare, *in circostanze normali*³¹, l'interesse sostanziale sotteso al diritto. Si noti che nulla vieta che il *core* sia in realtà la congiunzione di più posizioni atomiche hohfeldiane: ad esempio, la congiunzione di una libertà di fare e di una libertà di non fare; o di una libertà di fare, di non fare e di un potere (come nel caso del diritto di voto in un ordinamento democratico³²).

Attorno al *core* si disporranno solitamente una serie di ulteriori posizioni hohfeldiane che non sono necessarie alla definizione del contenuto del diritto, ma piuttosto alla sua “praticabilità” ed effettività: ne rappresentano il “perimetro protettivo”, finalizzato ad assicurare l'effettivo esercizio, e protezione, del diritto, nonché ad assicurarne il coordinamento con altri diritti³³.

Il rapporto tra il *core* e gli altri elementi di un diritto è dunque di tipo giustificativo. L'interesse sostanziale è ciò che giustifica e unifica un insieme aggregato (molecolare, un macro-diritto) di posizioni hohfeldiane, e che pertanto non rende inappropriato l'utilizzo del termine “diritto” anche in questi casi. E per converso, una norma o insieme di norme può essere considerata attributiva di un diritto se la sua giustificazione è la protezione di un interesse.

Il rapporto tra l'interesse sostanziale e il diritto non è lineare. In primo luogo perché non esiste *un solo modo* in cui un interesse può essere attuato, protetto, realizzato ecc.: si possono immaginare diversi *clusters* o combinazioni di posizioni hohfeldiane idonee (pur se non *egualmente idonee*) allo scopo. In

³⁰ Ovviamente, un interesse non è un monolite ben scolpito: la definizione di un singolo interesse, e le sue relazioni con altri interessi, possono essere assai controverse (la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa sono due interessi del tutto distinti? Sono forse due specificazioni di un unico interesse più fondamentale, all'autonomia personale?).

³¹ Si ricordi quanto detto *supra*, § 1.2.3, a proposito della variabilità del *core* a seconda delle circostanze.

³² Per una analisi del diritto di voto alla luce delle categorie hohfeldiane, v. ad es. J. Waldron, *Votes as Powers*, in M. Friedman et al. (eds.), *Rights and Reason. Essays in Honor of Carl Wellman*, Kluwer, Dordrecht, 2000, pp. 45-64.

³³ L'idea del “perimetro protettivo” è già stata introdotta *supra*, § 1.2.2 (in particolare nt. 20 e testo corrispondente). Questa idea può essere almeno in parte associata alla nozione di “garanzia secondaria” elaborata da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 26-33; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 675-679.

secondo luogo, è assai raro che l'effettiva regolamentazione positiva del diritto soggettivo assicuri una protezione completa e assoluta all'interesse sottostante; piuttosto, la positivizzazione del diritto di solito terrà conto anche dell'esistenza di interessi concorrenti o contrapposti: che un interesse sia una ragione sufficiente in alcuni casi per attribuire pretese ecc., o per imporre doveri ecc., non significa che lo sia in tutti i casi. Infine, poiché nel tempo possono cambiare gli strumenti ritenuti più adeguati alla soddisfazione o protezione di un certo interesse, o potrà cambiare anche il modo in cui l'interesse è concepito, l'aggregazione molecolare di posizioni hohfeldiane che costituisce un diritto può cambiare nel tempo (si pensi, ad esempio, al diverso contenuto del diritto alla *privacy* prima e dopo l'informatizzazione di massa, la creazione di banche dati automatizzate, i satelliti-spia, i cellulari con videocamera, Internet, ecc.).

Un'ultima precisazione sul rapporto tra interesse e posizioni hohfeldiane: mentre i diritti in senso stretto (pretese) e le libertà hanno di solito un nesso diretto con l'interesse sottostante, le posizioni hohfeldiane "di secondo grado" o meta-diritti (poteri e immunità) hanno con l'interesse un legame solo indiretto: il loro oggetto diretto è invece la creazione, modifica o estinzione di (altre) posizioni hohfeldiane³⁴. Così, il potere di concludere un contratto ha un legame solo indiretto con l'interesse sottostante, che è solitamente quello di godere di (= pretesa di ricevere, oppure libertà di fruire di) un bene o un servizio. Per questa ragione non è nemmeno necessario che una posizione hohfeldiana di secondo grado (potere o immunità) sia attribuita al titolare dell'interesse da proteggere: un potere può essere attribuito ad un soggetto per soddisfare o realizzare l'interesse di un altro soggetto (il potere attribuito all'ufficiale di stato civile di celebrare matrimoni è, si può ipotizzare, finalizzato al soddisfacimento dell'interesse di chi intende sposarsi).

Quanto appena detto può spiegare una delle caratteristiche più contro-intuitive del potere in senso hohfeldiano, che è la seguente: non solo un potere può avere un legame soltanto indiretto con la soddisfazione/realizzazione/protezione dell'interesse sottostante, e non solo può essere attribuito ad un soggetto diverso rispetto al titolare dell'interesse: non è nemmeno necessario che l'esercizio del potere sia volontario, né tantomeno che l'esercizio del potere sia, in sé, un atto lecito. Questo è esattamente ciò che accade nel caso della responsabilità civile e penale³⁵: chi

³⁴ Utili spunti in tal senso in M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 92-93, 107.

³⁵ Cfr. *supra*, nt. 11.

commette un illecito civile o penale indubbiamente esercita un potere in senso hohfeldiano, perché determina la nascita in un altro soggetto (il danneggiato) di un diritto al risarcimento e/o alla restituzione, e in capo a sé stesso dell'obbligo corrispondente³⁶. Ebbene: 1) l'interesse qui protetto dall'attribuzione del potere è, ancora una volta, radicato in un soggetto diverso rispetto a chi "esercita" il potere; 2) la condotta stessa che è oggetto del potere è, esattamente, illecita; 3) tale condotta può anche essere non volontaria (il caso degli illeciti colposi).

3. *Norme attributive di diritti soggettivi*

I diritti soggettivi sono posizioni soggettive attribuite da norme per soddisfare o proteggere un certo interesse. È possibile dunque considerare i diritti dal punto di vista del tipo di norme che li attribuiscono. Ovviamente, affinché una norma sia considerata attributiva di un diritto, essa deve essere interpretata come finalizzata alla protezione di un certo interesse³⁷, anche se nella sua formulazione letterale non figurano parole come "diritto", "libertà" e simili. L'individuazione delle norme attributive di diritti è dunque, banalmente, una questione di interpretazione, per decidere la quale valgono le ordinarie considerazioni relative alle condizioni di accettabilità delle operazioni interpretative e argomentative dei giuristi (quali argomenti e tecniche interpretative sono considerate di volta in volta ammissibili, non ammissibili, prioritarie ecc. nella cultura giuridica di riferimento).

Ciò detto, per quanto riguarda il contenuto delle norme attributive di diritti, le varie posizioni hohfeldiane sono istituite da norme di tipo diverso: le pretese o diritti in senso stretto, corrispondendo a doveri altrui di fare o di non fare, sono istituite da norme che impongono obblighi o divieti³⁸; le libertà sono attribuite da norme permissive; poteri e immunità, essendo posizioni soggettive di secondo grado (che vertono su altre posizioni soggettive), sono attribuiti da norme di competenza, ossia da norme che stabiliscono le condizioni alle quali

³⁶ Si ricordi che il potere in questione non è quello di cagionare un danno (questo sarebbe un potere meramente fisico, non giuridico), ma quello di dare luogo a (nuove) posizioni soggettive, in questo caso l'obbligo al risarcimento del danno e pretesa correlativa.

³⁷ N. MacCormick, *Rights in Legislation*, cit. («the essential feature of rules which confer rights is that they have as a specific aim the protection or advancement of individual interests or goods», p. 192); J. Raz, *Legal Rights*, cit., pp. 267-268; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 84-91.

³⁸ Cioè norme primarie, nel lessico di H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961, 1994²), Einaudi, Torino, 2002, pp. 98-117.

possono essere prodotti atti giuridici validi³⁹: in particolare le norme che conferiscono poteri stabiliscono a quali condizioni un soggetto può validamente istituire, modificare o estinguere posizioni soggettive altrui (o eventualmente anche proprie), mentre le norme che attribuiscono immunità sono condizioni negative di validità, nel senso che, in presenza di una immunità, l'ambito del potere normativo di un soggetto viene ristretto, perché non può incidere sull'ambito "protetto" dall'immunità stessa.

Inoltre, un'ulteriore distinzione derivante dal tipo di norma attributiva di diritti è quella tra diritti basati su (riconosciuti da) regole e diritti basati su (riconosciuti da) principi⁴⁰. La differenza tra questi due tipi di diritti è analoga, e parassitaria, rispetto alla differenza tra regole e principi: e di quest'ultima eredita l'incertezza e il carattere relazionale e graduale. In particolare, se si parte dal presupposto che ciò che caratterizza un principio rispetto ad una regola è la maggiore genericità e indeterminatezza della fattispecie, e soprattutto della conseguenza giuridica⁴¹, si può allora dire che i diritti basati su regole sono diritti ascritti da norme tendenzialmente precise, che connettono conseguenze giuridiche esattamente determinate a certe fattispecie. Di contro, un diritto attribuito da (basato su) un principio è un diritto la cui fisionomia non è precisamente determinata: può essere attuato in molti modi diversi (il principio è norma generica) e non specificati in anticipo (il principio è norma indeterminata). Per applicare un diritto basato su principi sarà necessario esperire un'operazione di concretizzazione, magari mediata da passaggi intermedi in cui da un diritto molto generico e indeterminato si passa all'elaborazione di un altro diritto meno generico e indeterminato, e infine ad un diritto esattamente specificato (nel quale, cioè, è stabilito chiaramente il tipo di condotta che costituisce oggetto del diritto, e sono individuati i soggetti su cui ricadono le posizioni hohfeldiane correlative)⁴².

Inoltre, i principi esibiscono non solo certe caratteristiche "strutturali" (per quanto solo in misura maggiore rispetto ad altre norme), ma anche certe caratteristiche "argomentative": un principio "serve a fare" certe cose, apre certe opportunità argomentative, quali la creazione e giustificazione di regole

³⁹ Cioè norme secondarie (in particolare, di mutamento e di giudizio), nel lessico di H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 113-117; A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., capp. V-VI.

⁴⁰ Per una analoga distinzione tra *rule-based rights* e *principle-based rights*, cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford, 1978, pp. 255 ss.

⁴¹ Per un più ampio argomento a favore di questa tesi, cfr. G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi», 2009.

⁴² Una possibile ricostruzione del processo di concretizzazione di un diritto è in M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 46-47 (ma senza impiegare il lessico regole/principi).

implicite, l'introduzione di eccezioni implicite nelle regole, l'interpretazione adeguatrice di queste ultime (al fine di renderle compatibili con il principio stesso), il bilanciamento con altri principi. Traducendo tutto ciò sul piano della distinzione tra diritti basati su principi e diritti basati su regole, ricaviamo che la fisionomia di un diritto basato su regole (l'insieme discreto di posizioni hohfeldiane in cui consiste il macro-diritto) è suscettibile di essere integrata in via interpretativa in relazione alle circostanze, individuando nuove posizioni hohfeldiane atomiche: nuove pretese, libertà, poteri, immunità⁴³.

Sotto questo aspetto, la differenza tra tipi di diritti sarà dunque non solo quantitativa (il grado di genericità e di indeterminatezza), ma anche di tipo argomentativo: i diritti basati su regole sono idonei ad essere immediatamente applicati con operazioni di tipo sussuntivo (salvo il ricorrere di eccezioni implicite), mentre i diritti basati su principi saranno soggetti ad operazioni di bilanciamento, e di specificazione (concretizzazione); inoltre, i diritti basati su principi saranno idonei a fondare, a giustificare a loro volta ulteriori diritti, basati su principi più specifici o su regole (gli uni e le altre giustificati dal principio/diritto iniziale).

Quella appena esposta è una possibile riformulazione, in termini di argomentazione giuridica, del c.d. "aspetto dinamico" dei diritti – l'idea cioè che un diritto non consiste di un insieme di posizioni hohfeldiane rigidamente predeterminato, ma, a seconda delle circostanze, è sempre idoneo a generare differenti insiemi di posizioni hohfeldiane idonei alla soddisfazione e protezione dell'interesse sottostante⁴⁴.

Un'ultima osservazione: dire che l'esistenza di un diritto dipende dall'esistenza di una norma che lo attribuisce, non equivale a dire che l'esistenza di una norma attributiva di un diritto sia anche *sufficiente* ai fini dell'effettività, della garanzia del diritto. Come mostra la nozione di perimetro protettivo, la realizzazione e garanzia dei diritti dipende infatti, in maniera determinate, dall'effettività di ulteriori diritti, procedure, meccanismi istituzionali (ad es.,

⁴³ Non è necessario che lo sviluppo dinamico dei diritti sia effettuato in sede interpretativa: nulla impedisce che in un dato ordinamento giuridico, o cultura giuridica, o dottrina normativa, tale sviluppo sia invece affidato in via esclusiva al legislatore: questa è ad es. la posizione (in termini di politica del diritto) di J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999, capp. 10-13, e di A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

⁴⁴ Per alcuni esempi di questa posizione, con sfumature differenti: J. Raz, *Legal Rights*, cit.; N. McCormick, *Rights in Legislation*, cit.; J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., spec. pp. 212-214; Id., *The Right to Private Property*, cit., pp. 84 ss.; M. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 41-44 (che rende la concezione dinamica compatibile con lo schema hohfeldiano); A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 192 e 199. Se ne veda una discussione esauriente in B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, cit., pp. 41-50.

separazione dei poteri, meccanismi di scrutinio giudiziale di atti normativi, ecc.) – di modo che un diverso atteggiarsi di tali meccanismi istituzionali retroagisce fatalmente sulla sostanza stessa dei diritti⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 392-393. Per una critica all'idea che i diritti fondamentali possano avere carattere auto-esecutivo, e la sottolineatura del loro rapporto con l'autorità, A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., pp. 103-104; B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 2005, pp. 427-441; ma v. già A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, Artt. 1-12*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50-122.