

Conflitti tra diritti fondamentali Una critica a Luigi Ferrajoli

GIORGIO PINO

«I hope I have not given the impression that I think it an easy matter to resolve conflicts of rights».

J. Mackie¹

Luigi Ferrajoli ha elaborato, negli ultimi dieci anni, una teoria dei diritti fondamentali ricca, complessa, e perfettamente integrata con la più generale teoria del diritto e della democrazia che è venuto in pari tempo elaborando². La teoria dei diritti proposta da Ferrajoli ha molteplici risvolti degni di attenzione, sia dal punto di vista della filosofia del diritto e della filosofia politica (ad esempio i rapporti tra la teoria dei diritti e l'uguaglianza e la democrazia costituzionale), sia dal punto di vista di più specifiche proposte, sovente alquanto originali, di analisi teorica e di pulizia concettuale del linguaggio dei diritti (penso ad esempio alla proposta di una definizione *puramente formale* di diritto fondamentale, o alla distinzione tra garanzie primarie e garanzie secondarie³).

¹ J.L. Mackie, *Can There Be a Right-Based Moral Theory?* (1978), in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford U.P., Oxford, 1984, p. 179.

² L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 5-40; *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, ivi; *I fondamenti dei diritti fondamentali*, ivi, pp. 277-369; *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in «Rivista critica del diritto privato», 1, 2004; *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in «Analisi e diritto», 2002-2003, pp. 331-350; *Diritto civile e principio di legalità*, in «Europa e diritto», 3, 2005; *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, in «Teoria politica», 1, 2007; *Principia iuris*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007; v. anche A. García Figueroa, *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in «Diritto & Questioni pubbliche», n. 5, 2005.

³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 196-197, 668-695 (spec. p. 673) qualifica come “garanzia primaria” di un diritto la prestazione richiesta per soddisfare il contenuto del diritto stesso (e da esso logicamente implicata). Le “garanzie secondarie” di un diritto soggettivo sono invece l'insieme dei meccanismi istituzionali e

Molti di questi aspetti filosofici e teorici della teoria dei diritti fondamentali di Ferrajoli sono stati già ampiamente discussi⁴. In questa breve nota intendo sollevare qualche dubbio limitatamente ad uno specifico, ma non marginale, aspetto della più complessiva teoria dei diritti fondamentali costruita da Ferrajoli: il problema del *conflitto* tra diritti fondamentali. Credo infatti che il suo trattamento di questo specifico problema, se l'ho inteso bene, presenti alcuni punti deboli – punti che, se emendati, potrebbero forse arricchire, nel complesso, il potenziale esplicativo della sua sofisticata teoria.

Inizierò con un argomento alquanto generico sulla presenza (almeno apparente, o potenziale) di conflitti tra diritti fondamentali nel panorama costituzionale contemporaneo (§ 1). Quindi illustrerò la strategia elaborata da Luigi Ferrajoli per argomentare la tesi dell'assenza, o comunque dell'ambito estremamente ridotto e marginale, dei conflitti tra diritti fondamentali (§§ 2.1-2.2). Infine solleverò alcune possibili critiche alla strategia di Ferrajoli (§§ 3 e 4).

1. *Il problema del conflitto tra diritti fondamentali, in generale*

Il panorama costituzionale contemporaneo (le carte costituzionali dei paesi democratici, e la pratica della loro interpretazione e applicazione da parte delle rispettive giurisprudenze costituzionali e ordinarie) esibisce alcuni tratti peculiari, e talvolta anche paradossali. Le costituzioni contemporanee dichiarano infatti molti ed eterogenei diritti fondamentali (sono costituzioni “lunghe”), fraseggiati in termini assai ampi e indeterminati che rendono necessarie operazioni di specificazione e concretizzazione; inoltre, i diritti sono spesso incompatibili tra loro, raramente o mai sono ordinati in relazioni gerarchiche o di priorità, ma anzi sono posti espressamente su un piano di parità quantomeno formale; è vero che talvolta la proclamazione di un diritto fondamentale è accompagnata dalla previsione di possibili deroghe, il che equivale sostanzialmente ad indicare un ordine di priorità tra il diritto “derogato” e ciò che lo deroga (per la costituzione italiana, ad esempio, il “buon costume” è un limite espresso alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà religiosa; l'uguaglianza, la dignità

rimediali necessari ad assicurare il godimento e la tutela effettiva del diritto: cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 26-33; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 675-679.

⁴ Cfr. in particolare i contributi di R. Guastini, M. Jori e A. Pintore in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit.; F. Poggi, *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in «Analisi e diritto», 2002-2003, pp. 241-274. Per una discussione sulla più generale costruzione teorica di Ferrajoli, inclusa la parte dei diritti, M. Carbonel, P. Salazar (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid 2005.

personale, e l'utilità sociale sono limiti espressi rispetto alle libertà economiche e di mercato); tuttavia queste deroghe sono a loro formulate in termini altrettanto ampi delle formulazioni dei diritti, e dunque necessitano a loro volta di operazioni di concretizzazione, specificazione, ecc.

Inoltre, mentre molti diritti costituzionali sono espressamente qualificati come "inviolabili", nella pratica del trattamento giurisdizionale e legislativo dei diritti fondamentali è invece considerato del tutto pacifico che i diritti fondamentali siano "ragionevolmente" limitati, anche al di là dei limiti eventualmente indicati nel testo costituzionale specificamente per ciascun diritto. Limiti ai diritti fondamentali sono infatti solitamente individuati, per via legislativa o interpretativa, per evitare che la tutela di un diritto interferisca eccessivamente con altri diritti fondamentali, o anche con esigenze diverse rispetto ai diritti fondamentali, come certi interessi pubblici e collettivi, o per individuare un livello di tutela dei diritti compatibile con le risorse finanziarie e materiali disponibili, e così via.

In estrema sintesi, il tratto caratteristico delle costituzioni della seconda metà del '900 è la loro connotazione manifestamente *pluralistica*: esse riconoscono diritti provenienti da tradizioni ideologiche differenti (ad esempio, riconoscono sia i tradizionali diritti civili e politici di libertà, che i diritti sociali), e riconoscono anche ulteriori beni e interessi collettivi meritevoli di essere perseguiti dai poteri pubblici, il tutto senza stabilire chiare e definitive relazioni di priorità tra i diritti riconosciuti.

Da questo punto di vista, la realtà giuridica contemporanea evidenzia una netta divaricazione rispetto ad alcuni influenti modelli filosofico-giuridici e filosofico-politici (penso in particolare a Robert Nozick⁵, John Rawls⁶, Ronald

⁵ La strategia elaborata da Nozick per eliminare il conflitto tra diritti consiste nel restringere la categoria dei diritti ai soli diritti negativi (diritti ad un'astensione da parte di terzi), che in tal modo possono funzionare da "side-constraints"; R. Nozick, *Anarchia, stato e utopia* (1974), il Saggiatore, Milano, 2005, pp. 246-247 (il punto è colto con chiarezza da J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge U.P., Cambridge, 1993). Una strategia per molti versi analoga a quella di Nozick è seguita da T. Nagel, *Questioni mortali* (1979), Il Saggiatore, Milano, 2001, pp. 113-114, e da M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), Feltrinelli, Milano, 2003.

⁶ Anche Rawls si preoccupa di individuare un elenco di poche libertà fondamentali, che devono essere ben definite, e riconducibili ad uno schema coerente; tali libertà avranno poi "priorità lessicale" rispetto a considerazioni di eguaglianza e giustizia sociale: cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 52, 66, 209-215, 255, 441-446; Id., *Political Liberalism*, Columbia U.P., New York, 1993, 2005³, pp. 291, 295, 296, 357; si veda in merito la discussione critica di H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in «University of Chicago Law Review», vol. 40, 1973, pp. 536-555.

Dworkin⁷, e Jürgen Habermas⁸), che seppure con differenze anche notevoli tra loro, in qualche modo convergono tutti nel sottolineare l'opportunità che i diritti fondamentali siano *a*) pochi; *b*) ben definiti; *c*) armonici, strutturati in modo da non entrare in conflitto tra loro, o comunque in modo che gli eventuali conflitti siano ricondotti ad un quadro che restituisca una generale armonia tra i diritti stessi; e soprattutto *d*) prioritari rispetto a qualsiasi altra considerazione che non sia a sua volta traducibile in termini di diritti individuali (come ad esempio l'utilità collettiva, il bene comune, la gloria dello Stato, il bene della Patria, ecc.)⁹. In estrema sintesi, nella filosofia politica e giuridica contemporanea la restrizione del numero dei diritti, o meglio degli interessi che possono ambire alla qualifica di diritti, è funzionale ad evitare la necessità che i (pochi, veri) diritti siano limitati e limitabili in vista di considerazioni di altro tipo (utilità collettiva ecc.), nonché ad evitare che i diritti fondamentali siano relativizzati ed indeboliti, alla mercé di continue operazioni di mutuo aggiustamento con altri diritti e soprattutto con esigenze eterogenee.

Il panorama costituzionale contemporaneo, dicevo, esibisce caratteristiche strutturalmente diverse rispetto ai *desiderata* dei modelli filosofico-politici cui si è appena accennato: la molteplicità ed eterogeneità dei vari diritti fondamentali, e la loro (almeno tendenziale) pari dignità costituzionale sono, probabilmente, caratteristiche inevitabili nella costituzione di una società pluralista e democratica. Le costituzioni democratiche contemporanee, infatti: *a*) sono frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprimono visioni diverse della società¹⁰; *b*) assumono il pluralismo, la diversità delle concezioni del bene nella società, non solo come un dato di fatto ineliminabile (come il modo in cui

⁷ Nella teoria di Dworkin, l'esigenza di isolare i diritti ed assicurarne la priorità rispetto ad altre considerazioni a loro volta non traducibili come diritti è resa dalla nota concezione dei diritti come *trumps* (carte vincenti) rispetto alla giustificazione di decisioni politiche che perseguono finalità collettive: R. Dworkin, *Rights as Trumps* (1981), in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, cit., pp. 153-167, p. 153.

⁸ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini, Milano, 1996, cap. 6.

⁹ Sulla distanza concettuale tra i modelli filosofico-politici citati nel testo e la pratica effettiva dei diritti fondamentali negli ordinamenti contemporanei, J. Waldron, *Security and Liberty: The Image of Balance*, in «The Journal of Political Philosophy», vol. 11, 2003, pp. 191-210 (spec. pp. 196-197); B. Celano, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 53-74.

¹⁰ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», vol. 29, 1982, pp. 797-832, p. 806; G. Silvestri, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in «Quaderni costituzionali», 1989, pp. 229-255, p. 251; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; R. Bin, *Che cos'è la costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52 (spec. pp. 22 ss).

di fatto sono strutturate le società contemporanee), ma anche come *un valore* da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri¹¹; in una società fortemente compatta, si può ipotizzare, una costituzione intesa come “tavola di valori comuni” è superflua; c) devono applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una simile costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale¹²; d) sono pensate per durare a lungo¹³.

In altre parole, se una costituzione è pensata per realizzare questi compiti (come lo sono, in genere, le costituzioni delle democrazie pluraliste contemporanee), allora caratteristiche come l'affollamento di diritti, la loro formulazione in modo non dettagliato, la loro conflittualità, la loro apertura a compromessi con considerazioni diverse, ecc., non rappresentano un difetto, un mero effetto collaterale, accidentale e indesiderato: semplicemente, non potrebbe essere altrimenti¹⁴. L'unica alternativa a questo quadro, e alle operazioni in senso ampio interpretative sui diritti che ne conseguono, sembra essere, semplicemente, non includere nelle costituzioni un *Bill of Rights*, lasciando il compito della determinazione dei diritti fondamentali alla dialettica della politica disciplinata solo dalle regole e procedure della democrazia rappresentativa¹⁵.

Preso atto, dunque, che la pluralità e potenziale conflittualità dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali in generale sembra essere una caratteristica apparentemente “strutturale” del panorama costituzionale contemporaneo, nella pratica delle corti e nel dibattito teorico e dottrinale sono

¹¹ G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen U.P., Aberdeen, 1989, pp. 107-133 (spec. pp. 125-126); G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 16, 170-173; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., pp. 22-25. Sul ruolo del pluralismo nel costituzionalismo contemporaneo v. anche B. Celano, *Ragione pubblica e ideologia*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, il Mulino, Bologna, 2007.

¹² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988², pp. 25-27, 125.

¹³ L. Gianformaggio, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica del diritto», 4, 1997, pp. 527-551; J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions. Some Preliminaries*, in L. Alexander (ed. by), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001, pp. 152-193.

¹⁴ «Che i principi incorporati dalla costituzione siano incoerenti, anzi antitetici, non è dunque un difetto imputabile alla costituzione, ma una sua caratteristica strutturale ineliminabile» (R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 23). Per un'efficace dimostrazione dell'irragionevolezza e implausibilità di una costituzione che contenga pochi, armonici e ben determinati diritti cfr. B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

¹⁵ Questa è, in effetti, la proposta proveniente dai critici della *judicial review of legislation*: cfr. ad es. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999; J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

stati elaborati vari espedienti per limitare l'ambito e l'incidenza effettiva del conflitto tra diritti¹⁶.

Un espediente abbastanza comune è la distinzione tra la (illegittima) violazione di un diritto da una parte, e la sua (innocua, e anzi necessaria) regolamentazione dall'altra¹⁷. Distinzione perfettamente sensata, ma a patto che si chiarisca (cosa che invece è spesso lasciata del tutto implicita) a quali condizioni siamo in presenza di una violazione o invece di una regolamentazione: in mancanza di argomenti espliciti su cosa differenzi la violazione dalla regolamentazione di un certo diritto, la distinzione è una mera petizione di principio: i diritti in conflitto sono resi compatibili con un mero gioco di parole¹⁸.

Un'altra strategia, abbastanza affine alla precedente, è l'individuazione di limiti "impliciti", o "naturali" nei diritti¹⁹: limiti che, una volta individuati o semplicemente "scoperti", permettono di stabilire l'armonica coesistenza tra diritti distinguendo ciò che "realmente" ricade nell'ambito di esercizio di un diritto, e ciò che invece ne rappresenta un uso solo apparente, o addirittura un abuso. Così, ad esempio definita la libertà di manifestazione del pensiero come una libertà che *intrinsecamente*, per sua "natura", non comprende anche la libertà di insultare o la libertà di bestemmia, si evita *in via definitoria* il possibile conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della personalità e dignità individuale, o con la libertà religiosa.

Infine, un'altra possibile strategia è l'individuazione di gerarchie (assiologiche²⁰) tra diritti fondamentali: così, si distinguerà tra diritti

¹⁶ Per una panoramica e una discussione di queste tecniche argomentative e decisorie, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cap. VI, il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁷ Sulla distinzione tra limitazione/restrizione (*infringement*), e violazione/restrizione non giustificata (*violation*) dei diritti, cfr. A. Gewirth, *Are There Any Absolute Rights?* (1981), in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, cit., pp. 91-109; R. Nozick, *Moral Complications and Moral Structures*, in «Natural Law Forum», vol. 13, 1968, pp. 1-50 (spec. pp. 33-41); J.J. Thomson, *Some Ruminations on Rights*, in «Arizona Law Review», vol. 19, 1977, pp. 45-60 (spec. pp. 47-48); R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978², pp. 191-194, 197-200.

¹⁸ Una applicazione di questo tipo di ragionamento è la dottrina del "margine di apprezzamento" sviluppata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo.

¹⁹ Per una discussione, cfr. L. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 24, 2004, pp. 47-72. Sul rapporto tra la retorica dei limiti naturali dei diritti e il concetto di abuso del diritto, v. G. Pino, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in «Ragion pratica», 24, 2005, pp. 161-180.

²⁰ Una gerarchia assiologica è una relazione tra due norme N_1 e N_2 , tale che la norma N_1 è considerata *più importante* rispetto alla norma N_2 . La valutazione della maggiore importanza di N_1 dipende dal fatto che è considerata maggiormente adeguata ai valori, ai principi, alle dottrine etico-politiche che ispirano il sistema giuridico, o un suo sotto-sistema. R.

fondamentali comuni e diritti fondamentali “supremi”²¹ (la dottrina della Corte Suprema USA sulle *preferred positions* segue la stessa logica); o tra diritti di varie “generazioni”, attribuendo ai diritti una importanza diversa in base alla “generazione” cui appartengono²². Di modo che un eventuale conflitto tra diritti di diversa importanza, o di diversa generazione, sarà risolvibile facendo ricorso ad una sorta di ordine lessicografico prestabilito.

2. *La posizione di Ferrajoli*

Ferrajoli condivide, con le posizioni teoriche e le strategie dottrinali viste nel paragrafo precedente, l’obiettivo di minimizzare l’ambito e l’incidenza del conflitto tra diritti, che avrebbe l’effetto di indebolire e relativizzare i diritti²³. La posizione di Ferrajoli è però diversa rispetto a quelle appena considerate: essa infatti, opera su un piano strettamente concettuale e definitorio. Ferrajoli agisce in altre parole sulla definizione formale e sulla struttura dei diritti fondamentali, e sulla base di questa analisi verifica (tendenzialmente escludendola) la possibilità e l’eventuale portata di conflitti tra diritti fondamentali.

Iniziamo dunque dalla più generale definizione di cos’è, secondo Ferrajoli, un diritto fondamentale, e dalla sua distinzione tra varie categorie di diritti fondamentali.

2.1. *La definizione di diritto fondamentale*

Ferrajoli propone una definizione formale di diritto fondamentale, in base alla quale «sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che

Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006; G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in «Analisi e diritto», 2008.

²¹ Cfr. Corte costituzionale n. 1146/1988. In proposito, M. Troper, *La nozione di principio sovraconstituzionale*, in «Analisi e diritto», 1996, pp. 255-274.

²² Secondo la raffigurazione consueta, anche se non sempre riprodotta in questi termini, la successione delle generazioni dei diritti sarebbe la seguente: diritti civili (I generazione), diritti politici (II generazione), diritti sociali (III generazione), diritti delle generazioni future, dell’ambiente, e simili (IV generazione). Sul punto v. N. Bobbio, *Sui diritti sociali* (1996), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, pp. 458-466; G. Corso, *Diritti umani*, in «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 59-67. Opportunamente R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25, mette in guardia contro gli usi ideologici dell’idea delle generazioni dei diritti, consistenti nel sovrapporre un ordine di priorità assiologica a quella che è invece una (approssimativa) successione cronologica.

²³ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 72.

spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica²⁴. Data questa definizione, la categoria dei diritti fondamentali viene quindi articolata al suo interno in²⁵:

a) diritti (primari) di libertà, i quali a loro volta possono presentarsi come

a¹) immunità da lesioni o costrizioni (“libertà da”)²⁶; in questa categoria sembrano rientrare tutti quei diritti il cui godimento è (tendenzialmente) coestensivo rispetto alla titolarità stessa: questi diritti non sono in senso proprio esercitati – o meglio sono esercitati, semplicemente, essendone titolari²⁷. Esempi di questo tipo di diritti sono i c.d. diritti della personalità (il diritto al nome, il diritto all’immagine, il diritto alla riservatezza, il diritto all’identità personale), oppure il diritto a non subire torture, l’invulnerabilità del domicilio, l’*habeas corpus*;

a²) facoltà di comportamenti non giuridici parimenti immuni da interferenze o costrizioni (“libertà di” oltre che “libertà da” – ma per comodità di qui in avanti le chiamerò solo libertà “di”)²⁸; in questa categoria rientrano i diritti il cui esercizio consiste in attività concrete da parte del titolare, “assistite” da un obbligo di astensione altrui da interferenze nell’attività del titolare del diritto. Esempi sono il diritto di proprietà, la libertà di circolazione, di associazione e di riunione, la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero;

b) diritti sociali, ossia diritti a prestazioni positive (sempre che siano universali nel senso sopra precisato): diritto all’istruzione, diritto alla salute (negli aspetti in cui questo diritto non è riconducibile alla categoria a¹: essenzialmente, il diritto a ricevere cure);

²⁴ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.

²⁵ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 293, 331; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 755-757.

²⁶ Occorre precisare che l’uso del termine “immunità” da parte di Ferrajoli non ha alcuna affinità con l’omologo termine invalso nella letteratura teorica sui diritti di derivazione hohfeldiana, né con la nozione hohfeldiana di “libertà”. In termini hohfeldiani, ciò che Ferrajoli chiama immunità è invece qualificabile come “diritto in senso stretto”, o “pretesa”, avente come correlativo un dovere (negativo) di astensione. Cfr. W.N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1913), in «Yale Law Journal», vol. 23, 1913, pp. 16 ss.; G. Pino, *Diritti soggettivi. Elementi di un’analisi teorica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2009.

²⁷ Alessandro Pace ad esempio li chiama «situazioni giuridiche soggettive inattive»: A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003³, 95 ss.

²⁸ In termini hohfeldiani, diritti di questo tipo consistono in una libertà (o forse un fascio di libertà), congiunta ad una pretesa avente ad oggetto un dovere di astensione altrui.

c) diritti (secondari) di autonomia, come i diritti civili o i diritti politici, e cioè tutti quei diritti (o “diritti-poteri”) il cui esercizio è produttivo di effetti sulle libertà positive o negative altrui (intese queste ultime come mere libertà naturali, e non come diritti di libertà di cui sub a)²⁹); l’esercizio dei diritti secondari di autonomia è soggetto alla legge, dove per “soggezione alla legge” si deve intendere il complesso dei limiti e dei vincoli imposti dai diritti di libertà e dai diritti sociali.

Tra questi vari tipi di diritti fondamentali³⁰ esiste dunque un ordine gerarchico, in base al quale i diritti di cui alla categoria c) (diritti di autonomia) sono subordinati a quelli di cui alle categorie a) e b) (diritti di libertà e diritti sociali). Infatti i diritti di autonomia si possono legittimamente esercitare soltanto nell’ambito del complesso dei limiti legali (legislativi e soprattutto costituzionali) costituiti dai diritti di libertà e dai diritti sociali. Questo perché i diritti di autonomia si esercitano producendo atti giuridici: atti negoziali nel caso dell’autonomia privata, atti legislativi nel caso dell’autonomia pubblica; e poiché le norme che istituiscono gli altri diritti fondamentali sono di solito norme costituzionali³¹, *gli atti di esercizio* dei diritti fondamentali di autonomia sono subordinati, tra l’altro³², agli altri diritti fondamentali in virtù della gerarchia delle fonti del diritto.

I diritti fondamentali nel loro complesso (diritti di libertà, diritti sociali e diritti di autonomia), inoltre, sono per definizione sovraordinati ai diritti patrimoniali: questi ultimi possono essere definiti come diritti non universali (mentre i diritti fondamentali sono, per definizione, ascritti “a tutti”), disponibili, e aventi origine in atti di natura individuale (atti negoziali, o atti amministrativi)³³.

²⁹ In termini hohfeldiani, diritti di questo tipo consistono in una libertà, eventualmente congiunta ad un *potere* (nel caso in cui l’esercizio del diritto modifichi posizioni giuridiche altrui).

³⁰ Ci si può chiedere peraltro se questa tipologia sia esaustiva – se, in altre parole, essa renda conto *di tutti* i diritti che abitualmente consideriamo fondamentali: ad esempio, in quale categoria ricade il diritto di difesa (diritto esplicitamente qualificato come inviolabile dalla costituzione italiana, e incluso dalla Corte costituzionale nel novero dei principi costituzionali supremi)?

³¹ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 293, 295, 330; Id., *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 74.

³² Infatti non è detto che i limiti stabiliti da una norma costituzionale all’esercizio dell’autonomia pubblica o privata consistano solo in diritti fondamentali: la costituzione italiana, ad esempio, individua anche l’“interesse pubblico” come limite all’iniziativa economica privata (oltre alla sicurezza, alla libertà, e alla dignità umana).

³³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 12-18; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 759-765.

2.2. L'ambito dei conflitti tra diritti

Ora, nel quadro teorico così disegnato, la possibilità di conflitti tra diritti fondamentali è – afferma Ferrajoli – radicalmente ridotta, o addirittura esclusa. Infatti, nell'analisi di Ferrajoli:

a¹) i diritti-immunità sono di per sé illimitati, pertanto la loro garanzia non interferisce con gli altri diritti: questi diritti, afferma Ferrajoli, «tendenzialmente convivono senza reciproche interferenze»; «i diritti di libertà [...] di solito non confliggono tra loro»³⁴; incidentalmente, si noti che l'uso nei brani citati di espressioni come “tendenzialmente” e “di solito” fa pensare che per Ferrajoli la non conflittualità dei diritti-immunità non sia una necessità logica o concettuale, ma solo una circostanza empirica, e dunque contingente³⁵.

a²) i diritti di libertà intesi come “libertà di” incontrano solo il limite imposto dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri, con cui effettivamente possono entrare in conflitto³⁶, o forse anche con diritti fondamentali di altro tipo³⁷; questo è, apparentemente, l'unico caso di conflitto tra diritti fondamentali che Ferrajoli è disposto ad ammettere, pur preferendo tradurre questa ipotesi nel linguaggio dei “limiti” dei diritti³⁸.

b) i diritti sociali non entrano in conflitto con i diritti fondamentali di altro tipo, ma piuttosto incontrano limiti nei costi necessari ad assicurarne il soddisfacimento: questi costi sono soddisfatti tramite il prelievo fiscale e quindi tramite il sacrificio di diritti patrimoniali (che sono diritti subordinati a quelli fondamentali). Inoltre la scelta se destinare le risorse verso alcuni tipi di prestazioni sociali invece che altri è, secondo Ferrajoli, una scelta meramente politica, e non un limite imposto ad un diritto (sociale) da un altro diritto³⁹;

³⁴ Cfr. rispettivamente *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 292; e *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 756. In entrambi i passi citati l'affermazione è in realtà riferita, testualmente, a tutti i diritti primari di libertà (dunque, sia le “libertà da” che le “libertà di”). Tuttavia, come vedremo subito, Ferrajoli afferma altrove l'esatto contrario, e cioè che i diritti di “libertà di” possono ben interferire con le libertà degli altri (*I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 328; *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 757). Questo può quindi essere considerato un *lapsus calami* (cfr. infatti *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 73, dove l'affermazione è riferita esclusivamente ai diritti-immunità).

³⁵ Cfr. però *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 757, per un accenno all'idea che le immunità non possono “logicamente” interferire con altri diritti. Per una difesa della tesi *logica* che i diritti negativi non confliggono, cfr. invece C. Fried, *Right and Wrong*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1978, p. 110.

³⁶ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 328-330; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 757.

³⁷ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 73.

³⁸ V. ad es. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 757.

³⁹ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 329; Id., *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 73.

c) i diritti di autonomia o diritti-poteri sono effettivamente destinati ad «interferire e quindi a confliggere con le sfere di altri soggetti»⁴⁰; tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico, dal punto di vista della nomodinamica, essi *non possono* entrare in conflitto con (gli altri) diritti fondamentali, in quanto sono “costitutivamente” delimitati da questi ultimi; come abbiamo visto nel paragrafo precedente, l’esercizio dei diritti di autonomia è infatti subordinato alle norme che regolano forme e contenuti dei relativi atti di esercizio, a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti altrui. Pertanto, in ultima analisi, «il loro rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come ‘conflitto’ bensì come soggezione alla legge [...]»; le leggi hanno il compito di sottoporre a limiti, vincoli e controlli giurisdizionali⁴¹ questi diritti; in definitiva, si potrebbe dare solo un conflitto “apparente” tra (atti di esercizio dei) diritti di autonomia e altri diritti fondamentali, perché si tratterebbe in realtà di una antinomia prontamente risolvibile (in favore dei secondi) ricorrendo al criterio gerarchico.

Fin qui Ferrajoli. Che si tratti, in sostanza, di una posizione irenista o coerentista⁴² è suggerito in fondo dallo stesso autore, che pur non condividerebbe questa qualificazione. Ferrajoli infatti afferma di voler contrastare «la tendenza diffusa nell’odierna filosofia giuridica a generalizzare, a enfatizzare e a drammatizzare l’esistenza dei conflitti [tra diritti fondamentali]»⁴³.

La posizione di Ferrajoli, dunque, non è dettata esclusivamente da esigenze di pulizia concettuale ma ha anche immediate e dichiarate ricadute di politica del diritto, in quanto volta a contrastare la tendenza ad attribuire forza espansiva ai diritti secondari di autonomia (diritti-poteri) a danno degli altri diritti fondamentali⁴⁴; e questa posizione influisce poi, sul piano retorico, anche sulla stessa terminologia impiegata da Ferrajoli, che preferisce eventualmente parlare di “limiti”, anziché di conflitti tra diritti, pur in quei contesti in cui ammette esplicitamente la plausibilità della tesi del conflitto tra diritti⁴⁵ (sostitu-

⁴⁰ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 756.

⁴¹ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 330 (da cui è tratta la citazione); Id., *Principia iuris*, vol. 2, cit., pp. 74-75.

⁴² Come notato ad es. da A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 184; la posizione di Ferrajoli è definita “coerentista” da L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y garantismo*, in M. Carbonell, P. Salazar (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 41-57 (spec. pp. 46-47).

⁴³ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 72.

⁴⁴ *Ivi*.

⁴⁵ Cfr. ad es. L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., pp. 328-330; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 725-731.

zione terminologica che in realtà è ricorrente negli autori che tendono a minimizzare o a escludere la presenza di “genuini” conflitti tra diritti⁴⁶).

3. Critiche

Il modello costruito da Ferrajoli, che spero di aver riprodotto correttamente, è esposto, mi pare, ad alcune osservazioni critiche, tra loro connesse. Proverò ad esporle passando in rassegna, a mo' di riprova delle tesi di Ferrajoli sulla limitata incidenza dei conflitti tra diritti fondamentali, varie possibili ipotesi in cui a dire il vero il fenomeno della conflittualità tra diritti non sembra affatto marginale.

Distinguerò, in particolare, tra conflitti tra diritti fondamentali di tipo diverso, e conflitti tra diritti fondamentali dello stesso tipo. In linea di massima, infatti, la restrizione dell'ambito dei conflitti tra diritti fondamentali operata da Ferrajoli sembra procedere prendendo in considerazione soltanto i possibili conflitti tra diritti di tipo diverso. In altre parole, avendo individuato quattro categorie di diritti fondamentali, Ferrajoli sostiene che non si danno conflitti, o non se ne danno in maniera significativa, tra diritti appartenenti a categorie diverse (c.d. conflitti *inter-rights*). Così, come abbiamo visto, Ferrajoli tende ad escludere il conflitto:

a) tra i diritti di libertà “da” e i diritti di libertà “di”⁴⁷ (perché le immunità sono illimitate e “non si esercitano” in senso proprio, dunque non confliggono con altri diritti);

b) tra i diritti di libertà e i diritti sociali (si parlerà solo di scelte politiche di allocazione delle risorse disponibili);

c) tra i diritti di libertà e diritti sociali da una parte, e i diritti di autonomia dall'altra: questi ultimi sono infatti subordinati ai primi in virtù della gerarchia delle fonti del diritto.

Cercherò di mostrare, allora, in primo luogo che sono possibili e frequenti conflitti tra diritti fondamentali *dello stesso tipo*; e in secondo luogo che anche tra i diritti fondamentali *di tipo diverso* si danno rapporti, e in definitiva conflitti, più articolati di quelli individuati da Ferrajoli.

⁴⁶ Si veda una discussione delle strategie retoriche e definitorie tipiche degli atteggiamenti irenistici, e delle strategie retoriche e teoriche ad essi associati, in B. Celano, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, cit.

⁴⁷ Cfr. *supra*, nt. 34 e testo corrispondente.

3.1. *Conflitti* intra-rights

Iniziamo dai conflitti tra diritti fondamentali *dello stesso tipo* (dove per “tipo” intendo una delle quattro grandi categorie di diritti fondamentali individuate da Ferrajoli). Conflitti di tal genere possono effettivamente e frequentemente verificarsi, e addirittura coinvolgere varie istanze *di un medesimo diritto*: ad esempio, possono darsi conflitti non solo tra due diversi diritti-immunità, ma anche tra due diritti-immunità dello stesso tipo, imputabili a due o più soggetti diversi (c.d. conflitti *intra-rights*)⁴⁸. Questo è, a ben vedere, un problema che si presenta a qualunque strategia di eliminazione del conflitto tra diritti tramite l’instaurazione di un qualche tipo di gerarchia tra i diritti stessi.

Così, possono verificarsi possibili conflitti:

a) tra diritti-immunità. Questa ipotesi di conflitto *intra-rights* è da Ferrajoli esplicitamente esclusa⁴⁹. L’impressione intuitiva che diritti di questo tipo non confliggano tra loro può sorgere dalla circostanza che, come abbiamo visto, un diritto-immunità, in senso proprio, non si *esercita*: il godimento di un’immunità richiede solo che non vi siano interferenze altrui – e siccome il titolare di un diritto-immunità letteralmente non fa nulla, ma si limita ad *avere* un diritto, per così dire, ecco che sembra strano che un’immunità possa entrare in conflitto con altri diritti, e soprattutto con altre immunità. Tuttavia, si tratta di un’impressione ingannevole. Si pensi ai seguenti esempi: il conflitto tra il diritto alla vita di Tizio e il diritto alla vita di Caio (ad esempio in ipotesi di legittima difesa o stato di necessità); o il conflitto tra il diritto di Caio a non essere torturato (per ottenere informazioni su un probabile attentato terroristico ad un aereo), e il diritto alla vita di terzi (ad es. dei passeggeri dell’aereo su cui incombe la minaccia di un attentato)⁵⁰; o il conflitto tra il diritto alla salute (inteso come diritto-immunità e non come diritto sociale) di Tizio e l’analogo diritto alla salute di Caio (come quando si sottopone qualcuno a vaccinazione obbligatoria, con rischio di lesione

⁴⁸ Una critica analoga, anche se non esattamente nei termini esposti nel testo, in J.J. Moreso, *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 2006. Per una tipologia articolata dei possibili conflitti tra diritti, F. Kamm, *Conflicts of Rights: Typology, Methodology and Non-Consequentialism*, in «Legal Theory», vol. 7, 2001, pp. 239-255; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. VI.

⁴⁹ V. *supra*, ntt. 30-31 e testo corrispondente.

⁵⁰ Un caso affine è stato deciso dalla Corte costituzionale federale tedesca, a proposito della legittimità costituzionale di una legge che avrebbe permesso all’aeronautica militare tedesca di abbattere in volo un aereo civile oggetto di un dirottamento terroristico, per evitare che l’aereo fosse a sua volta utilizzato come arma su altri civili. La corte ha ritenuto che una legge simile violasse il principio supremo della tutela della dignità (dei passeggeri dell’aereo dirottato). Cfr. Bundesverfassungsgericht, sentenza del 15.2.2006 – 1 BvR 357/05.

della sua salute, per tutelare la salute della collettività⁵¹); o infine, il conflitto tra il diritto al nome di Tizio e il diritto al nome di Caio (quando è controverso l'uso legittimo di un certo nome).

Sembrirebbe, dunque, che i diritti-immunità possano entrare in conflitto tra loro. In altre parole, se un diritto-immunità consiste nell'assenza di lesioni all'interesse protetto da quel diritto-immunità, nulla impedisce concettualmente che la lesione sia determinata dall'esigenza di tutelare un altro diritto-immunità (cioè dalla garanzia secondaria di un altro diritto-immunità), o anche dal mero esercizio di un altro diritto-immunità (cioè dalla sua garanzia primaria).

b) tra diritti di "libertà di". Anche questa ipotesi è presa in considerazione da Ferrajoli, che però in questo caso riconosce apertamente la possibilità di conflitti tra diritti. Tuttavia si tratta, secondo Ferrajoli, di conflitti di solito risolti "a monte" dal diritto positivo stesso, dalle norme costituzionali che attribuiscono il diritto fondamentale, e quindi per gestire questi conflitti non sono necessari ulteriori interventi in sede giurisdizionale o comunque interpretativa⁵². Purtroppo, gli esempi addotti da Ferrajoli per corroborare questa affermazione (l'art. 21 per il rapporto tra manifestazione del pensiero e tutela dell'onore; l'art. 40 per il rapporto tra diritto di sciopero e altri diritti) finiscono per risultare un po' apodittici: che l'art. 21 cost. risolva esplicitamente il conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela dell'onore e della reputazione (limitando la prima in favore della seconda) è, banalmente, smentito dalla lettura dell'articolo stesso: in realtà questo conflitto *non* è risolto dalla Costituzione; che l'art. 40 cost. dica che il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano non risolve il conflitto tra diritto di sciopero e altri diritti (ad esempio la libertà di circolazione di cittadini, o in generale i diritti degli utenti di pubblici servizi), ma ne demanda la soluzione al legislatore – il quale peraltro potrebbe non intervenire, o intervenire in modo lacunoso e frammentario, come effettivamente è accaduto in Italia, o ancora intervenire in maniera *irragionevole*, limitando eccessivamente il diritto di sciopero in favore di altri interessi. Insomma, che sia *la costituzione* a risolvere questi conflitti è tutto da dimostrare.

Inoltre, poiché i diritti fondamentali sono di solito proclamati in termini ampi, generici, indeterminati, e anche gli eventuali limiti espressi sono formulati in tal modo, allora l'ipotesi che tutte le ipotesi di conflitto tra un diritto e un bene contrapposto siano predeterminate e risolte a monte sembra decisamente ottimistica (il fatto che secondo la costituzione italiana il buon costume sia un

⁵¹ Corte costituzionale n. 258/1994.

⁵² L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 73.

limite alla libertà di manifestazione del pensiero è solo l'inizio di un percorso argomentativo che include valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità, bilanciamenti, ecc.).

c) tra diritti sociali. Si pensi al caso in cui si debba decidere se destinare le risorse disponibili ad un certo tipo di prestazione sociale a scapito di un altro: destinare tutte le risorse disponibili alla tutela del diritto alla salute può pregiudicare l'effettività del diritto all'istruzione (e viceversa). Ferrajoli, come abbiamo visto, considera questa ipotesi non come un conflitto tra diritti, ma come un problema di scelte meramente politiche. Non sono sicuro, tuttavia, che questa affermazione possa essere agevolmente conciliata con la tesi di Ferrajoli che la mancanza della garanzia di un diritto sociale sia una vera e propria (e indebita) lacuna, e non una mera omissione politica⁵³. Se è così, non si vede perché una disciplina legislativa per così dire asimmetrica di diritti sociali tutti previsti in costituzione non possa essere una antinomia, e quindi un conflitto tra diritti (sociali), ma solo una mera scelta politica, mentre una eventuale decisione dei pubblici poteri di non apprestare alcuna garanzia ad entrambi i diritti sociali sarebbe invece una "indebita lacuna".

d) tra diritti di autonomia. I diritti di autonomia si esercitano producendo atti giuridici, dunque almeno alcuni possibili conflitti tra diritti di questo tipo potranno essere risolti in base alla gerarchia delle fonti del diritto vigente in un dato ordinamento. Si dovrebbe dunque concludere che, tendenzialmente, l'autonomia pubblica prevarrà sempre sull'autonomia privata (la legge prevale sempre sui contratti, ad esempio).

3.2. *Conflitti inter-rights*

Ferrajoli ammette espressamente la possibilità di almeno alcuni conflitti tra diritti *di tipo diverso* (dove per "tipo", nuovamente, intenderò una delle quattro grandi categorie di diritti fondamentali individuate da Ferrajoli), anche se tale possibilità, dopo debita analisi teorica, viene ridotta il più possibile: i conflitti o non si danno, o si danno ma sono alquanto irrilevanti. In realtà, a mio parere la possibilità di conflitti tra diritti fondamentali è assai più ampia di quanto ammesso da Ferrajoli. In particolare, sviluppando una combinazione di possibilità a partire dalla tassonomia di Ferrajoli, potrebbero darsi:

⁵³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 30-31; Id., *Principia iuris*, vol. 2, cit., pp. 76, 400-401. Ulteriori critiche sull'eccessivo rilievo della scelta politica, a scapito della dimensione giuridica, dei diritti sociali, in L. Prieto Sanchís, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in «Doxa», vol. 31, 2008, pp. 325-354.

a) conflitti tra diritti di libertà (libertà “di”) e diritti-immunità (libertà “da”). Ferrajoli, come abbiamo visto, afferma che mentre le immunità sono illimitate, le libertà “di” incontrano di fatto vari limiti, tra cui il rispetto delle immunità stesse⁵⁴. Ora, non mi sembra che questo modo di impostare la questione sia del tutto convincente. Infatti, l’ambito (giuridico) di estensione delle immunità non è mai illimitato, ma è esattamente quello che risulta da un bilanciamento tra l’interesse che giustifica l’attribuzione di un’immunità e l’interesse che giustifica i diritti concorrenti⁵⁵.

Si pensi agli esempi, più volte utilizzati da Ferrajoli, della *privacy*, o della tutela dell’onore e reputazione, in rapporto alla libertà di manifestazione del pensiero: per un verso è vero che la libertà di manifestazione del pensiero (che è una libertà “di”) è limitata dall’onore, dalla reputazione e dalla *privacy* altrui (che sono libertà “da”). Ma per altro verso è vero esattamente anche il contrario⁵⁶, perché l’estensione dell’ambito di tutela giuridicamente riconosciuto alla *privacy*, all’onore e alla reputazione sarà individuata proprio avendo riguardo al valore (= importanza) della libertà della manifestazione del pensiero: così, si può certamente ritenere che in alcuni casi sia opportuna o addirittura necessaria una compressione dei diritti-immunità all’onore, alla reputazione e alla *privacy*, in considerazione dell’importanza di certe forme di manifestazione del pensiero (la *privacy* degli uomini politici, ad esempio, in relazione al diritto di cronaca). E che una immunità, lungi dall’essere illimitata, sia invece limitabile in ragione di altri diritti che spingono in direzione opposta, è vero anche facendo riferimento ad altri diritti fondamentali dello stesso titolare (nello stato sociale, l’accesso a molti diritti sociali è subordinato alla comunicazione di svariate quantità di informazioni personali del titolare del diritto alla pubblica amministrazione: dunque diritto sociale ad una prestazione vs. *privacy*), o di altri titolari (sono ipotizzabili, e spesso ammesse, limitazioni della *privacy* per esigenze di tutela della salute altrui).

⁵⁴ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 757.

⁵⁵ Per l’adesione di Ferrajoli alla teoria dell’interesse come giustificazione dei diritti soggettivi (sostenuta nella teoria del diritto contemporanea ad es. da Joseph Raz, Neil MacCormick, Jeremy Waldron, e Matthew Kramer), cfr. *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 641-643. Per una sintetica presentazione di questa teoria, G. Pino, *Diritti soggettivi. Elementi di un’analisi teorica*, cit.

⁵⁶ E d’altronde è un po’ curiosa l’affermazione che le immunità non confliggono mai con i diritti di libertà, mentre invece i diritti di libertà possono confliggere con le immunità – posizione che ricorda quella che Andrei Marmor chiama concezione “newtoniana” dei diritti (l’idea che ogni diritto si muova liberamente in uno spazio morale vuoto, fino a che non incontra il limite esterno derivante dalla collisione con un altro diritto): A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», vol. 16, 1997, pp. 1-18 (p. 7).

Dunque, le immunità non sono affatto illimitate: il loro perimetro è quello che risulta da un bilanciamento (non importa adesso se fatto in maniera stabile dal legislatore, oppure se fatto volta per volta dalla giurisprudenza) tra l'interesse che giustifica l'attribuzione dell'immunità e gli interessi che giustificano altri diritti (immunità, libertà "di", o diritti sociali). E il bilanciamento è necessario proprio perché le immunità possono entrare in conflitto con gli altri diritti.

b) conflitti tra diritti-immunità ("libertà da") e diritti di "libertà di" da una parte, e diritti sociali dall'altra. Ferrajoli in prima battuta sostiene che non di veri conflitti si tratta, ma di questioni politiche di allocazione delle risorse disponibili. Tuttavia Ferrajoli stesso fa un buon esempio di un conflitto di questo tipo: tra il diritto di sciopero dei dipendenti degli ospedali ("libertà di"), e il diritto alla salute (diritto sociale)⁵⁷; non è chiaro però come tale tipo di conflitto venga poi gestito nell'ambito della sua teoria, al di là di un generico riferimento alla cornice dei limiti legali (legislativi e costituzionali) dei diritti di libertà. Si noti infatti che è esattamente *questo* il problema: infatti, i limiti legali della libertà potrebbero non essere stati stabiliti, o potrebbero essere stati stabiliti in maniera frammentaria, indeterminata e lacunosa, o in maniera tale da comprimere eccessivamente il diritto di libertà – e si ricordi che il potere legislativo stesso (cioè le fonte dei "limiti legali" della libertà) è, a sua volta, subordinato al rispetto dei diritti fondamentali⁵⁸: si innesca così un potenziale circolo vizioso tra il diritto e il suo limite.

c) conflitti tra diritti-immunità ("libertà da") e diritti di "libertà di" da una parte, e diritti di autonomia dall'altra. Il conflitto tra questi diritti è risolto, come abbiamo visto, facendo riferimento alla gerarchia delle fonti del diritto. Il punto debole di questa impostazione è però che la rigida gerarchia tra diritti di autonomia e diritti di libertà, conseguenza del diverso grado gerarchico tra le norme (negoziali e legislative) prodotte nell'esercizio dei primi e le norme costituzionali che istituiscono i secondi, non rende giustizia di alcune pacifiche intuizioni sul modo di funzionare dei diritti fondamentali (a dire il vero, ne deriverebbe la loro totale illegittimità). Si possono infatti immaginare limitazioni (all'apparenza affatto ragionevoli e sensate, e – in punto di diritto positivo – legittime) della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito di un rapporto contrattuale di lavoro (si pensi al dovere di riservatezza del dipendente, o all'obbligo di rispettare la linea editoriale di un giornale da parte

⁵⁷ *Principia iuris*, vol. 2, cit., pp. 72 e 73.

⁵⁸ Cfr. *supra*, nt. 29 e testo corrispondente.

di un giornalista) o, sempre nell'ambito del rapporto di lavoro, limiti alla libertà di iniziativa economica del dipendente⁵⁹.

Sempre a proposito dei diritti di autonomia, Ferrajoli ammette che i diritti di autonomia siano «destinati a confliggere [con le libertà positive e negative, ndr] ove non siano giuridicamente limitati e disciplinati»⁶⁰; il conflitto dovrebbe quindi essere escluso in virtù del fatto che nello stato costituzionale di diritto questi limiti giuridici esistono, e sono appunto i diritti di libertà e i diritti sociali. Ora, pur concedendo che le cose stiano così, i diritti di autonomia non darebbero luogo a conflitti *solo se* i loro limiti giuridici (legislativi, costituzionali) sono adeguatamente precisi e puntigliosi, mentre ogni volta che la disciplina giuridica “sovraordinata” (i diritti di libertà e i diritti sociali) è sufficientemente vaga, imprecisa, indeterminata, lacunosa, antinomica, ecco che la possibilità dei conflitti torna a ripresentarsi.

Si può ritenere che per un verso la sciatteria dei legislatori in carne e ossa (ben lontani dall'ideale illuminista del legislatore perfettamente razionale), e per altro verso l'ineluttabile complessità e antinomicità della dimensione etica sostanziale degli ordinamenti giuridici costituzionali contemporanei⁶¹, rendano questo modello assai distante dalla realtà.

4. *Il problema di fondo*

Il modello teorico disegnato da Ferrajoli, dunque, solo apparentemente neutralizza il problema dei conflitti tra diritti fondamentali, mentre in realtà finisce per ammetterne, almeno implicitamente, l'ineluttabilità. Ora, ammesso che colgano nel segno, credo che le critiche che ho cercato di argomentare sin qui seguano in fondo un filo comune – che siano riconducibili ad un unico tipo di problema. Mi spiego.

La strategia di Ferrajoli di riduzione, quando non di esclusione, dei conflitti tra diritti fondamentali si basa, come abbiamo visto, sulla distinzione netta tra tipi di diritti: alcuni di questi diritti, aggiunge Ferrajoli, non possono confliggere per ragioni diciamo così concettuali, altri per ragioni di gerarchia

⁵⁹ Ad esempio, il diritto italiano prevede il dovere di fedeltà del lavoratore e i c.d. patti di non concorrenza anche oltre l'esaurimento del rapporto di lavoro: artt. 2105 e 2125 c.c. Per una discussione su linee analoghe, M. Jori, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit.

⁶⁰ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 292; Id., *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 756.

⁶¹ Su cui B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

delle fonti (la nomodinamica). Dunque, il successo della strategia dipende dalla difendibilità della tesi della netta distinzione tra tipi di diritti.

Credo che il problema stia proprio qui. Ferrajoli infatti osserva, del tutto condivisibilmente, che i diritti fondamentali sono posizioni molecolari, complesse, che contengono sia elementi “positivi” che “negativi”⁶². Da questo però derivano, a mio parere, due implicazioni importanti. La prima è che, se un diritto è un aggregato molecolare di posizioni soggettive, non è detto che tutte queste posizioni soggettive abbiano la stessa importanza (importanza rispetto a cosa? Rispetto all’interesse che giustifica l’attribuzione del diritto). Al contrario, è assai plausibile che dal diritto fondamentale promanino varie ondate di specifiche posizioni soggettive, o in altri termini sono possibili varie modalità di esercizio di uno stesso diritto fondamentale, non tutte parimenti importanti rispetto all’interesse che il diritto intende proteggere⁶³. Una simile ricostruzione, in linea con le c.d. teorie dinamiche dei diritti⁶⁴ (che solitamente sono sviluppi della teoria dell’interesse, condivisa da Ferrajoli) spiega perfettamente le ipotesi, viste poco sopra, in cui un diritto (primario) di libertà può cedere di fronte ad un diritto (secondario) di autonomia, oppure le ipotesi

⁶² L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 325, 327, 643; vol. 2, pp. 67-68, 398. Sull’idea dei diritti come posizioni “molecolari”, v. già W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit.; cfr. inoltre J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 201; J. Waldron, *Introduction*, in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, cit., pp. 10-11; G. Postema, *In Defense of ‘French Nonsense’*, cit., pp. 109-114; J.J. Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1990, pp. 55 ss. (alcuni diritti sono *cluster-rights*, agglomerati di posizioni hohfeldiane, «rights that contain other rights»); 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).

⁶³ Cfr. J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., pp. 212, 215, 218. Cfr. anche R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 17: «la definizione del ‘diritto’ non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, *tertium non datur*. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall’ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento».

⁶⁴ Per alcuni esempi di questa posizione, con sfumature differenti: J. Raz, *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; 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.; J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., spec. pp. 212-214; Id., *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 84 ss.; 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. 41-44); A. Pintore, *Diritti insaziabili*, cit., spec. pp. 192 e 199. Se ne veda una discussione esauriente in B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, in «Analisi e diritto», 2001, pp. 1-58 (spec. pp. 41-50).

in cui un diritto fondamentale (in teoria indisponibile) può essere oggetto di atti di disposizione – “degradandosi” così a diritto patrimoniale⁶⁵.

La seconda implicazione è che raramente un certo diritto fondamentale è *esclusivamente* un diritto di libertà “di”, o di libertà “da”, o diritto sociale, o diritto di autonomia: più spesso, essendo un aggregato molecolare, un diritto fondamentale è molte di (o tutte) queste cose insieme. L'esempio tipico è il diritto alla salute, che è allo stesso tempo un diritto-immunità (come aspettativa di non lesione della propria integrità psico-fisica), e un diritto sociale (come aspettativa a ricevere prestazioni sanitarie)⁶⁶; e se infine si include nel diritto alla salute anche l'aspetto dell'autodeterminazione sanitaria⁶⁷, il diritto alla salute si presenta anche come libertà “di”. Un altro esempio è il diritto di difesa: per certi versi sembra essere una libertà “di”, perché include la libertà di compiere una vasta ed eterogenea serie di comportamenti attinenti alla difesa in giudizio, liberi da (indebite) interferenze⁶⁸; ma per altri versi è anche un diritto sociale, perché presuppone una serie di prestazioni positive, tra cui il gratuito patrocinio e la difesa d'ufficio, un servizio di traduzione nel caso l'imputato non parli la lingua in cui viene accusato e, naturalmente, l'esistenza di un giudice terzo e imparziale⁶⁹.

Ferrajoli ammette infine che tutti i diritti fondamentali (e non solo quelli sociali) sono costosi e pesano sulle finanze pubbliche (oltre che, si può pensare, su terzi); non è però chiaro come questa osservazione, del tutto condivisibile, si sposi poi con l'idea che alcuni diritti fondamentali sono illimitati, mentre altri trovano limiti solo in diritti fondamentali altrui (e mai invece nell'esistenza di risorse materiali).

In conclusione: se è vero che alcuni diritti fondamentali effettivamente confliggono (come Ferrajoli ammette); se è vero inoltre che le ipotesi di conflitto

⁶⁵ Si pensi alle seguenti ipotesi: un contratto per lo sfruttamento commerciale dell'immagine (c.d. *right of publicity*); il consenso al trattamento di dati personali; un'intervista su fatti privati (atti di disposizione della *privacy*). In generale su questi argomenti, V. Zeno-Zencovich, *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 1995, pp. 991-1001; G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005.

⁶⁶ Corte costituzionale n. 445/1990.

⁶⁷ Cfr. Corte costituzionale n. 438/2008.

⁶⁸ Si noti però che per Ferrajoli i comportamenti che costituiscono esercizio di una libertà “di” sono *non giuridici* (v. *supra*, § 2.1); di contro, la gran parte degli atti di esercizio del diritto di difesa è costituita da atti giuridici (comparire in giudizio, nominare un avvocato, e poi lo svolgimento di tutta una serie di atti processuali da parte del difensore). Questo rende un po' complicato (come dicevo *supra*, nt. 30) inquadrare il diritto di difesa nelle categorie proposte da Ferrajoli.

⁶⁹ Peralto non è chiaro se tutte queste debbano essere considerate garanzie primarie oppure secondarie del diritto di difesa.

sono probabilmente più estese di quelle che Ferrajoli è disposto a riconoscere (come ho cercato di mostrare); e se è vero, infine, che molti o forse tutti i diritti fondamentali, in quanto aggregati molecolari complessi di posizioni soggettive, appartengono trasversalmente a più di una delle categorie teoriche individuate da Ferrajoli (come Ferrajoli parimenti ammette); se è vero tutto questo, ritengo in definitiva confermata la tesi che i conflitti tra diritti fondamentali sono, di fatto, inevitabili.