


ITINERARI

Diritto

*alle donne e agli uomini del terzo piano di via Capecelatro 66
a Marco, del DAT*



BRUNO CELANO

I diritti nello Stato costituzionale

il Mulino

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

ISBN 978-88-15-00000-0 Copyright © 2013 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

Indice

Introduzione	9
---------------------	----------

I. I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea.	
Da Hart a Raz	17
1. Introduzione	17
2. Alcune precisazioni terminologiche	19
3. La morale della favola	20
4. La teoria di Hohfeld	25
4.1. La teoria	25
4.2. Quattro osservazioni	29
5. La teoria di Hart	38
5.1. Introduzione	38
5.2. La <i>choice theory</i> : il suo nucleo concettuale	40
5.3. <i>Choice theory</i> e <i>benefit theory</i>	41
5.4. Pretese, libertà, poteri	48
5.5. I limiti della <i>choice theory</i> : immunità costituzionalmente riconosciute, bisogni umani fondamentali	49
5.6. L'elemento comune	52
6. La rivolta contro l'ortodossia	54
7. Dopo Hart (I): l'abbandono della <i>choice theory</i>	58
8. Dopo Hart (II): la concezione dinamica	65
9. Diritti sociali	76

II. Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?	85
1. Introduzione	85
2. L'argomento	88
3. Criteri di razionalità sostanziale (I): dottrine etico-politiche	96
4. Criteri di razionalità sostanziale (II): olismo del significato, principio di carità, equilibrio riflessivo	104
5. Criteri di razionalità sostanziale (III): concetti etici spessi	111
6. Alcune precisazioni	117
7. Conclusione	122
<hr/>	
III. Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale (I): nomostatica	125
1. La dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto	125
2. Il modello minimalista	131
3. Conflitti fra principi costituzionali: il modello del bilanciamento	133
4. Concetto e tipi di conflitto	136
5. Il modello irenistico	138
6. Il modello particolarista	145
<hr/>	
IV. Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale (II): nomodinamica	149
1. Introduzione	149
2. Il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto: un breve richiamo	150
3. Le ambizioni del costituzionalismo contemporaneo	153
4. Poteri di determinazione	156
5. Conclusioni	161
<hr/>	
Appendice. Eguaglianza e diritti nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale	167
1. Eguaglianza nei diritti	167
1.1. L'idea dei diritti fondamentali	167

1.2. Dal primato dei doveri al primato dei diritti (N. Bobbio)	172
1.3. Individualismo e modernità	175
1.4. Dalla tolleranza religiosa al pluralismo ideologico	177
1.5. Diritti fondamentali e libertà	180
1.6. Legge e diritti nella <i>Dichiarazione</i> del 1789	185
1.7. Quali diritti?	188
1.8. Tipologia	191
2. Diritto all'eguaglianza	193
3. Eguaglianza distributiva	199
3.1. Concetto e concezioni della giustizia	199
3.2. Principi di giustizia	201
3.3. Le teorie della giustizia contemporanee	203
3.4. La giustizia come equità	204
3.5. Dalla redistribuzione al riconoscimento?	205

Riferimenti bibliografici	209
----------------------------------	------------

Indice dei nomi	221
------------------------	------------

Introduzione

Questo libro ha due obiettivi. In primo luogo, fornire un quadro complessivo dell'insieme dei diritti fondamentali – in generale, dei diritti, principi e valori costituzionalmente sanciti – negli odierni Stati costituzionali, e dei problemi concettuali, teorici e normativi che essi suscitano. In secondo luogo, difendere una particolare visione di questo insieme. Una visione, per dirla in due battute, secondo la quale diritti, principi e valori sanciti dalle costituzioni contemporanee sono eterogenei, largamente indeterminati, sovente confliggenti o reciprocamente incommensurabili; cosa che rende necessari, in sede di interpretazione e applicazione, determinazione, *trade-offs*, e bilanciamento.

Non mi illudo, naturalmente, che questa sia una tesi innovativa. A essere interessante, forse persino originale, è semmai il modo in cui questa tesi è articolata e difesa. O almeno, così spero.

Nel primo capitolo adotto una prospettiva storico-critica. Il capitolo è dedicato alla ricostruzione della principale linea di sviluppo in tema di analisi della nozione di diritto (diritto soggettivo) nella teoria del diritto anglosassone della seconda metà del Novecento, la linea che va da H.L.A. Hart (e, sullo sfondo, W.N. Hohfeld) a J. Raz.

Il tratto saliente di questo sviluppo, sostengo, è il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica dei diritti. Il passaggio, cioè, da una concezione che vede un diritto come una posizione normativa soggettiva elementare (pretesa, libertà, potere, immunità) compiutamente determinata, o come un insieme finito, compiutamente determinato, di posizio-

ni siffatte, a una concezione che vede un diritto soggettivo come il nucleo germinale (ossia, come una ragione atta a giustificare l'attribuzione o il riconoscimento) di posizioni normative determinate, o insiemi mutevoli di posizioni siffatte.

Questo primo capitolo è propedeutico rispetto agli altri tre. L'indagine ha carattere, per dir così, grammaticale. Si tratta di gettare uno sguardo – approfondito, ma non certo esaustivo – sulla sintassi del discorso dei diritti. Ma la ricostruzione è utile anche da un secondo punto di vista. In virtù dei suoi tratti peculiari, in effetti, la concezione dinamica appare particolarmente idonea a dare conto dell'assetto dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale. In particolare, il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica dei diritti è solidale con l'esigenza di dare un solido fondamento teorico alla rivendicazione e al riconoscimento, su un piano di parità rispetto ai diritti di libertà, dei diritti sociali.

Il secondo capitolo pone le basi teoriche per i due capitoli successivi. È il più difficile, e può, a una prima lettura del libro, essere saltato, per essere letto in un secondo momento, dopo il terzo e il quarto. Il problema che affronto in questo capitolo è se sia ragionevolmente, sensatamente possibile una disciplina dei diritti fondamentali che, a differenza di quanto accade nei *Bills of rights* contemporanei (contenuti in costituzioni, dichiarazioni, convenzioni), si limiti a sancire pochi diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da risultare rilevante, e dunque applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui questi diritti sono violati. Solo così, sembra si possa sostenere, sarebbe possibile fare in modo che la disciplina dei diritti fondamentali non risulti vaga, antinomica, indeterminata, ed evitare una serie di conseguenze indesiderate, quali ad esempio l'esercizio di un potere discrezionale eccessivamente ampio da parte dei giudici, costituzionali e ordinari, un grave deficit di certezza del diritto, il ricorso a modalità quasi-sapientziali e non razionalmente controllabili di decisione, e infine una notevole restrizione della latitudine della scelta legislativa, incompatibile con il principio democratico.

La mia risposta è negativa. Una disciplina ragionevole, sensata, dei diritti non può andare esente da conflitti, e ampi margini di indeterminazione. I diritti, persino i diritti minimali della tradizione liberale, vengono in grappoli, e i conflitti sono inevitabili. Da ciò, la necessità – purché si vogliano evita-

re implicazioni assurde, conclusioni irragionevoli – di specificazioni, *trade-offs*, bilanciamenti. Una volta avviato, il processo di specificazione, *trade-off*, bilanciamento, diviene inarrestabile.

Ma l'essenziale, naturalmente, non è questa conclusione, che, del resto, a molti apparirà scontata. L'essenziale sono le ragioni, gli argomenti, che possono essere adottati a suo sostegno. Una disciplina dei diritti fondamentali che si limiti a sancire pochi diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da risultare applicabile solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui questi diritti sono violati (evitando, così, conflitti e indeterminazione; e, dunque, la necessità di specificazione, *trade-offs*, bilanciamento), è logicamente possibile; ed è altresì di fatto possibile. Il nodo centrale sta nell'idea che una disciplina siffatta non sarebbe *ragionevole*, o *sensata*. Ed è questo il nodo che l'argomentazione sviluppata in questo capitolo vorrebbe dipanare. Che cosa può mai voler dire, qui, «ragionevole», o «sensato»? Come si può sostenere che i diritti fondamentali, pena implicazioni assurde, sono da considerare come un insieme variegato ed eterogeneo, «necessariamente» (in che senso «necessariamente»? Proprio questo è il problema) conflittuale e indeterminato? Il problema, ripeto, non è né una questione di mera possibilità logica, né un problema storico, o sociologico. E non si tratta neppure, in terzo luogo, di una questione di etica normativa. È vero: la domanda è, in fin dei conti, come *debba essere* la disciplina dei diritti fondamentali; quale configurazione abbia una *buona* disciplina dei diritti. Ma la questione discussa in questo capitolo non è una questione di etica politica, o di valutazione morale del diritto. Si tratta, piuttosto, di una questione concettuale: una questione che attiene alla struttura profonda del discorso in termini di diritti fondamentali.

La conclusione (una disciplina ragionevole, sensata, dei diritti non può andare esente da conflitti, e ampi margini di indeterminazione; i diritti vengono in grappoli, e i conflitti sono inevitabili) dipende, insomma, dalla possibilità di fare appello a una nozione di razionalità sostanziale, o ragionevolezza, che, da un lato, non si identifichi con validità deduttiva e coerenza logica, e, d'altro lato, non si riduca a un ideale etico-politico. L'argomentazione di questo capitolo intende appunto mostrare che una simile nozione di ragionevolezza è concettualmente e teoricamente rispettabile; e in che modo essa si applichi al discorso in termini di diritti fondamentali, consentendo

così di rispondere all'interrogativo iniziale. Questo intento è perseguito, non mediante un definizione in termini generali della nozione di ragionevolezza, ma attraverso tre esemplificazioni.

Prima esemplificazione: che cosa è implicato nella ricostruzione delle dottrine etico-politiche incorporate nei *Bills of rights* moderni e contemporanei? Rispondo a questo interrogativo esaminando cosa implica, in generale, la ricostruzione di una dottrina, e in che modo, in questa opera di ricostruzione, svolgono un ruolo decisivo assunti di razionalità sostanziale. Gli strumenti teorici utilizzati sono le teorie della traduzione, o interpretazione, radicale di W.V. Quine e D. Davidson, e il ricorso, che esse rivendicano, al principio di carità nell'attribuzione di significati e stati intenzionali.

La seconda esemplificazione riguarda la struttura dei processi di identificazione e comprensione della disciplina dei diritti fondamentali. L'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti, sostengo, è un'impresa di carattere olistico e coerentista, assimilabile all'interpretazione radicale, o alla ricerca di un equilibrio riflessivo, guidata da assunti sostanziali di ragionevolezza.

La terza esemplificazione, infine, è il ruolo svolto, nella disciplina dei diritti fondamentali, dai cosiddetti concetti etici «spessi»: termini dotati, oltre che di una componente di significato valutativo, o prescrittivo, anche di una componente di significato descrittivo, più o meno precisamente determinata (un esempio per tutti: «disumano»). Sia l'uso sia la comprensione di un concetto etico spesso, sostengo, chiamano in causa criteri e assunti di ragionevolezza. E i *Bills of rights* sono ricolmi di termini che esprimono concetti etici spessi.

Il terzo e il quarto capitolo trattano, rispettivamente, della struttura dell'insieme dei diritti, principi, valori costituzionalmente sanciti (la «nomostatica» del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale), e dei problemi istituzionali attinenti alla determinazione, e applicazione, di questi diritti, principi e valori (la «nomodinamica» del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale).

Le costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto incorporano – ovvero, rinviano a – un corposo e variegato contenuto etico sostanziale. Qual è la struttura dell'insieme di diritti, principi e valori etici sanciti ed espressi da queste costituzioni? Ed è possibile che i congegni istituzionali

deputati alla determinazione e all'applicazione di questo contenuto siano soggetti ai vincoli che esso statuisce?

In particolare, il problema discusso nel terzo capitolo è quale sia la forma, la struttura, dell'insieme di contenuti – principi, diritti, valori, interessi di vario genere – che concorrono a costituire la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Costruisco tre modelli di ricostruzione – minimalista, irenistico e particolarista – di questo insieme di contenuti, e sostengo che il terzo modello è superiore, sia dal punto di vista esplicativo sia dal punto di vista concettuale, agli altri due.

Nel quarto capitolo affronto il problema che, mi pare, sta alla radice di gran parte delle questioni più controverse attinenti alla struttura istituzionale dello Stato costituzionale di diritto, che chiamo «problema della determinazione». Come assoggettare al sistema dei diritti fondamentali (e degli ulteriori principi e valori costituzionali) i poteri di determinazione dei diritti fondamentali?

La struttura pluralistica della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto suscita un interrogativo: *chi* è, di volta in volta, competente a operare il bilanciamento, la determinazione, dei diritti (o altri valori) rilevanti? Dal punto di vista giuridico, ai fini della determinazione dell'insieme dei diritti fondamentali è necessaria l'istituzione di poteri. Ebbene: sono ipotizzabili – e se sì, quali mai possono essere – poteri di determinazione che siano compatibili con l'ideale di una realizzazione compiuta, integrale, del principio costituzionalistico del «governo delle leggi»? In particolare: chi, se non il legislatore democratico, può (in un regime democratico) essere chiamato a operare la determinazione e il bilanciamento di diritti fondamentali confliggenti, indeterminati o incommensurabili, e ad assumere, in proposito, decisioni vincolanti per la collettività? Ma d'altro lato chi, se non il legislatore democratico, deve, nello Stato costituzionale di diritto, essere soggetto alla – e vincolato dalla – disciplina costituzionale dei diritti?

L'appendice è di taglio strettamente didattico e divulgativo. Delinea, al prezzo di drastiche semplificazioni, le coordinate essenziali, storiche e concettuali, della vicenda dei diritti fondamentali nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. La prospettiva a partire dalla quale questa vicenda è ricostruita è quella del rapporto fra diritti fondamentali, eguaglianza e giustizia distributiva.

Una precisazione terminologica. Con l'espressione «Stato costituzionale», o più precisamente «Stato costituzionale di diritto», faccio riferimento, com'è ormai abitudine corrente fra i teorici del diritto italiani e ispano-parlanti, alla forma tipica che lo Stato di diritto ha assunto in gran parte dei paesi dell'occidente nel secondo dopoguerra. Le caratteristiche principali degli ordinamenti giuridici negli Stati costituzionali di diritto sono:

1) una costituzione scritta, rigida e garantita mediante controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi o altri atti; democratica (principio della sovranità popolare), e, come si suol dire, «lunga» (una costituzione che non solo disciplina l'organizzazione dei poteri pubblici, ma in aggiunta sancisce una pluralità di diritti, di più tipi: di libertà, politici, economico-sociali, nonché ulteriori valori e principi fondamentali, come eguaglianza, pari dignità sociale; dignità della persona umana; separazione tra stato e chiese; equità retributiva; benessere sociale, ecc).

2) «Doppio livello di legalità» (l'espressione è di L. Ferrajoli): estensione dell'ambito di applicazione del principio di legalità, dal rapporto fra atti degli organi pubblici (pubblica amministrazione, organi giurisdizionali) e legge, al rapporto fra la legge medesima e la costituzione (estensione che attiene, non soltanto alla forma, ma anche al contenuto della legge).

3) Le costituzioni degli stati costituzionali di diritto comprendono sia *regole*, sia *principi*. La nozione di principio, e, con essa, la distinzione fra regole e principi possono essere costruite in modi diversi. Non sarà necessaria, ai nostri fini, una trattazione di questo punto.

4) Un più o meno marcato processo di «costituzionalizzazione» dell'ordinamento giuridico nel suo complesso; le principali componenti di questo processo sono le seguenti [Guastini 1998a].

a) Attribuzione di carattere vincolante alle norme costituzionali. Le norme costituzionali sono, tutte, norme precettive, non meramente programmatiche.

b) Sovra-interpretazione della costituzione: la tendenza a ritenere che dalla costituzione sia direttamente ricavabile, mediante interpretazione, la soluzione di qualsivoglia problema giuridico, o quasi.

c) Interpretazione adeguatrice della legge: selezione dei significati delle disposizioni legislative conformi alla costituzione.

d) Effetti orizzontali dei diritti costituzionali: le norme costituzionali che sanciscono diritti fondamentali esplicano i propri effetti giuridici non

soltanto nel rapporto fra individui e poteri pubblici, ma anche nei rapporti fra privati (nelle controversie interprivate).

e) *Ausstrahlung* (irraggiamento, irradiazione): la costituzione permea di sé l'intero ordinamento giuridico; le norme costituzionali sono rilevanti ai fini della decisione di casi o della risoluzione di controversie, accanto e insieme alle – e forse anche contro le – norme di legge, o di altra fonte, applicabili.

f) Applicazione diretta delle norme costituzionali, da parte del giudice ordinario, indipendentemente dalla mediazione della legge (o di fonti subordinate).

Ausstrahlung, effetti orizzontali e applicazione diretta delle norme costituzionali sono fenomeni reciprocamente intrecciati.

g) Sviluppo di una variegata tipologia di sentenze dei tribunali costituzionali: sentenze interpretative di rigetto (la legge impugnata è incostituzionale se interpretata nel modo I1, ma non se interpretata nel modo I2; in questo modo, la corte prescrive all'interprete – all'organo di applicazione – una particolare interpretazione del testo di legge, evitando al tempo stesso di dichiarare l'invalidità di disposizioni di cui viene concesso che ammettano un'interpretazione incompatibile con la costituzione); sentenze manipolative, additive (la norma di legge è dichiarata incostituzionale «nella parte in cui prevede x, e non prevede anche y»; in questo modo, la corte aggiunge alla norma prodotta dal legislatore una nuova norma) e sostitutive (la norma di legge è dichiarata incostituzionale «nella parte in cui prevede x anziché y»; in questo modo, la corte sostituisce, alla norma prodotta dal legislatore, una diversa norma).

h) Frequente ricorso, da parte del giudice costituzionale, al cosiddetto «principio di ragionevolezza» (una metamorfosi del principio di eguaglianza). La corte, nel sottoporre a scrutinio le decisioni legislative, si domanda se il legislatore abbia trattato in modo eguale casi eguali, e in modo diseguale casi diseguali, o se invece non abbia trattato in modo eguale casi diseguali, o in modo diseguale casi eguali.

I quattro capitoli del libro riproducono in parte, in forma modificata, il contenuto di quattro saggi pubblicati fra il 2000 e il 2005: *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 2001. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-58; *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in

S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 89-123; *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 53-74; *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 19 (2005), n. 3, pp. 427-444. Nonostante la loro origine, però, disegnano un percorso unitario e un quadro (spero) coerente. Una versione precedente dell'appendice è stata pubblicata con il titolo *L'eguaglianza nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale*, in F. Squarcini (a cura di), *Mai praticamente uguali. Studi e ricerche sulla disuguaglianza e sull'inferiorità nelle tradizioni religiose*, Firenze, Società editrice fiorentina, 2007, pp. 11-43.

Mi preme sottolineare due limiti di questo lavoro. Il limite principale è la scarsa attenzione riservata, salvo che per alcuni sporadici accenni, alla dimensione sovranazionale e internazionale dei diritti fondamentali. L'indagine è confinata all'ipotesi di un ordinamento giuridico statale dotato di una costituzione del tipo indicato, e prescinde, artificiosamente, dal rapporto fra un ordinamento siffatto, da un lato, e, d'altro lato, l'ordinamento internazionale, ordinamenti sovranazionali, e documenti internazionali o sovranazionali come Dichiarazioni dei diritti o trattati di contenuto analogo. Lo Stato costituzionale di diritto è, insomma, trattato come una monade. Questa è, naturalmente, una semplificazione. Lavoriamo su un'astrazione, un modello.

Il secondo limite: questo è un libro di filosofia, non di diritto positivo (diritto costituzionale, diritto internazionale, diritto penale...). Da ciò, una certa distanza dalle preoccupazioni teoriche e pratiche, e dall'armamentario concettuale, propri di giuristi e operatori giuridici, e una certa inconcludenza. Ma spero che proprio in ragione di questo stile peculiare di indagine, un po' esotico, il libro possa riuscire interessante e utile anche per giuristi e operatori giuridici.

Ringrazio per le loro osservazioni e i loro commenti su una versione precedente del primo capitolo Isabel Fanlo y Cortés, Riccardo Guastini, José Juan Moreso, Aldo Schiavello, e Vittorio Villa; per quanto riguarda il capitolo 2, Cristina Redondo; e, per il capitolo 3, Mauro Barberis, Riccardo Guastini, Giorgio Pino e Aldo Schiavello. Per l'appendice ho potuto beneficiare delle critiche di Riccardo Guastini e Giorgio Pino. Ringrazio infine Mauro Barberis, Marco Brigaglia e Giorgio Pino per l'incoraggiamento alla realizzazione di questo libro, e Valentina Alabiso e di nuovo Marco Brigaglia per l'aiuto prestatomi nella preparazione del manoscritto.

B. C.

I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz

1. INTRODUZIONE

L'ambito del quale ci occuperemo in questo capitolo è costituito da parte della letteratura teorico-giuridica e filosofico-giuridica anglosassone della seconda metà del XX secolo (con una significativa puntata all'indietro). Saranno oggetto della nostra trattazione le analisi della nozione di diritto soggettivo (*a right*) elaborate, inizialmente, nell'ambito della cosiddetta «teoria del diritto analitica» (*analytical jurisprudence*) di ascendenza benthamiano-austiniana, caratterizzata dal perseguimento di indagini concettuali (formali, strutturali, *lato sensu* «logiche»). Ma, come vedremo, a partire dagli anni '70 del Novecento il dibattito analitico in tema di diritti si intreccia inestricabilmente con elaborazioni teoriche e normative di filosofia politica e di filosofia morale. Questa apertura della *jurisprudence* analitica (caratterizzata, come si è detto, da indagini concettuali, formali, strutturali) a temi e indagini di carattere più squisitamente filosofico, la confluenza della teoria del diritto nell'alveo dell'indagine etica normativa, e in generale il venir meno dei confini disciplinari fra teoria del diritto, filosofia del diritto, filosofia politica e filosofia morale sono un dato comune dell'intera letteratura anglosassone in tema di diritto, politica, e morale degli ultimi trent'anni del XX secolo. La letteratura in materia di diritti non è, da questo punto di vista, un'eccezione.

Il mio scopo è operare una ricognizione di alcune fra le principali elaborazioni teoriche in tema di diritti («diritto» in senso soggettivo) nell'ambito

della letteratura cui si è accennato, e delle più significative linee di sviluppo entro tale ambito.

Nella *jurisprudence* analitica novecentesca, sono due i principali filoni di indagine in tema di diritto soggettivo: il filone inaugurato da W.N. Hohfeld nei primi decenni del secolo, e quello (che, come vedremo, si innesta sul precedente) che fa capo a H.L.A. Hart. Dall'inizio degli anni '70, gli sviluppi più influenti sul tema costituiscono il frutto di una diffusa reazione critica nei confronti delle posizioni di Hohfeld e di Hart. Conformemente a questo schema, ci occuperemo in primo luogo dell'analisi hohfeldiana (*infra*, par. 4); successivamente, esamineremo la teoria di Hart (*infra*, par. 5); infine, passeremo in rassegna alcuni fra i più importanti sviluppi post-hartiani (*infra*, par. 6, 7). Prima di iniziare, però, sarà opportuno (dopo alcune precisazioni terminologiche; *infra*, par. 2) qualche accenno alla morale della nostra storia: alle principali giunture della vicenda teorica che ci accingiamo a ripercorrere, e alle conclusioni che sembra possibile trarne (*infra*, par. 3).

L'esito della nostra ricognizione sarà la ricostruzione di una particolare linea di evoluzione (o involuzione; non prenderò posizione su questo punto) teorica, la linea che dalla teoria di Hart conduce a quella di J. Raz. Si tratta, ritengo, della linea più importante e influente – il *mainstream* della *jurisprudence* novecentesca. Ma è pur sempre, è bene precisarlo esplicitamente, una fra le diverse linee di sviluppo registrabili entro il nostro ambito di indagine. Ve ne sono altre, che resteranno sullo sfondo¹.

¹ Una lacuna salterà subito agli occhi: l'assenza di una trattazione esplicita della concezione dei diritti di R. Dworkin. Questa lacuna è determinata dalla circostanza che la teoria dworkiniana dei diritti si colloca, sin dall'inizio [Dworkin 1978a], nel contesto di una specifica elaborazione normativa di teoria della giustizia (l'indagine sulle implicazioni del principio secondo cui tutti i cittadini hanno diritto a eguale considerazione e rispetto, e dei vincoli che questo principio impone sulla massimizzazione del benessere collettivo). Ciò rende la concezione dworkiniana dei diritti – ferma restando la sua eccezionale rilevanza sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista storico – in una certa misura eterogenea rispetto alla vicenda della quale ci occuperemo qui (ma cfr. per qualche accenno *infra*, par. 8).

2. ALCUNE PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE

I discorsi degli scienziati del diritto e degli operatori giuridici sono spesso fraseggiati nei termini dell'attribuzione, a soggetti (persone fisiche, persone giuridiche) che soddisfano certe condizioni, di certe «proprietà» normative: poteri, prerogative, libertà, privilegi, facoltà, licenze, pretese, immunità, diritti, capacità, obblighi, oneri, responsabilità, autorizzazioni, permessi, titoli, ecc. («Tizio ha il diritto di...»; «Gli *x* hanno facoltà di...», e così via). Molti istituti di diritto positivo sono abitualmente rappresentati e analizzati in questo modo; nei termini, cioè, di insiemi di attribuzioni normative spettanti a uno o più soggetti, gli uni in rapporto agli altri, e delle condizioni di acquisizione, modificazione ed estinzione di tali attribuzioni.

Il discorso giuridico, in breve, si presenta, in misura rilevante, nella forma dell'attribuzione a soggetti di posizioni, o situazioni, in rapporto ad altri soggetti (talvolta, in rapporto a cose o azioni), comunemente denominate «posizioni (o situazioni) giuridiche (o, in generale, normative) soggettive». «Diritto» («diritto» in senso soggettivo) non è che uno dei termini, o dei concetti, appartenenti a questa famiglia; anche se esso (forse in virtù della sua genericità) sembra occupare, in questa rete concettuale, una posizione – o *la* posizione – centrale, e determinante (esamineremo più avanti – *infra*, par. 4.2, 5.3, 5.6, 8 – se, ed eventualmente in che senso, questa impressione possa dirsi fondata)². D'ora in avanti, chiamerò «vocabolario dei diritti» –

² L'uso del termine «diritto» nell'accezione di diritto soggettivo (ovvero, in senso soggettivo) è l'uso che di esso viene fatto in locuzioni del tipo: «Ho diritto a...», «I diritti umani», «Il diritto di proprietà», ecc. In enunciati di questo tipo, il termine «diritto» sembra designare qualcosa di appartenente a un soggetto, un bene di cui egli è il detentore, una sua proprietà; in questo senso, un che di «soggettivo». Rileva Nino [1980; trad. it. 1996, 173]: «la situazione nella quale diciamo che si dà un diritto soggettivo di solito viene qualificata ricorrendo ad altre espressioni, come “libertà”, “permesso”, “licenza”, “prerogativa”, “privilegio”, “facoltà”, “potere”, “possibilità”, “garanzia”, e simili. Tutti questi termini sono parzialmente sinonimi di “diritto” in senso soggettivo». La nozione di diritto soggettivo (l'uso del termine «diritto» in senso soggettivo) si contrappone abitualmente alla nozione di diritto oggettivo (all'uso del termine «diritto» in senso oggettivo); l'uso, cioè, che del termine «diritto» viene fatto in locuzioni del tipo: «Il diritto italiano vigente», «Il diritto romano arcaico», «Il diritto privato», ecc. È opportuno sottolineare che nella lingua inglese (a differenza di quanto accade in italiano, francese e tedesco) la distinzione fra diritto oggettivo e diritto soggettivo è codificata a livello lessicale; il diritto oggettivo è designato dal termine «*law*», il diritto soggettivo dal sostantivo «*right*». Cia-

intendendo il termine «diritto» («diritto» in senso soggettivo) in un'accezione molto ampia – l'insieme dei termini, o concetti, che esprimono posizioni normative soggettive.

3. LA MORALE DELLA FAVOLA

Se si guarda alla storia delle elaborazioni teoriche in tema di diritto soggettivo nella teoria del diritto anglosassone del Novecento, due dati macroscopici saltano agli occhi. In entrambi i casi, si tratta di un profondo mutamento quanto al tipo di problema teorico sul quale si focalizza l'indagine e, di conseguenza, quanto all'approccio teorico praticato.

1) Inizialmente, gli interrogativi dai quali l'indagine prende le mosse sono interrogativi riconducibili, grosso modo, alla domanda: «Che cosa è un diritto (*right*)?» («Che cosa significa avere un diritto?»; «A quali condizioni si può correttamente affermare che Tizio ha un diritto?»; «Qual è il significato di «diritto»?», «Che cosa intendiamo dire quando diciamo che qualcuno ha diritto a una certa cosa?», e così via). Le indagini in materia di diritti sono, in larga prevalenza, analisi concettuali, indagini formali, o strutturali. Mirano, cioè, alla determinazione del significato (condizioni di verità, o di asseribilità) di enunciati nei quali ricorre il termine «diritto», delle presupposizioni e delle implicazioni (semantiche e pragmatiche) di siffatte enunciazioni (in breve, una semantica, una sintattica, una pragmatica del discorso in termini di «diritti»), nonché delle relazioni logiche che intercorrono fra enunciati in termini di «diritti», o nozioni affini (la «logica» del discorso dei diritti; sotto questo aspetto, l'indagine sulla nozione di diritto soggettivo, e in generale sul vocabolario dei diritti, si affianca alla nascita e allo sviluppo della logica deontica contemporanea, dall'inizio degli anni '50)³.

scuno di questi due termini ha, però, anche altri significati; cosa, questa, che contribuisce a confondere le acque. Non solo: la locuzione continentale «diritto oggettivo» è talvolta tradotta, in ambito anglosassone, diversamente che con «*law*» (cfr. ad es. Hart [1955, 83], «*what it is right to do*»; Simmonds [1998, 126], «*objective right*»).

³ Sul senso complessivo dell'impresa della «*analytical jurisprudence of rights*» cfr. Simmonds [1998, 113, e par. 1]. Secondo Simmonds, il carattere puramente «concettuale», o «formale», delle indagini in questione è solo apparente. Fra *jurisprudence* analitica e

A partire dagli anni '70 si assiste a un radicale mutamento di prospettiva. Gli interrogativi sui quali l'indagine si focalizza diventano ora interrogativi riconducibili, grosso modo, alla forma: «Quali diritti, e di chi?» («Quali diritti abbiamo, o dovremmo avere?»); «C'è un diritto all'eutanasia?»; «In che cosa consiste la libertà di espressione, e quali sono i suoi limiti?»; e così via). Le indagini in tema di diritti sono ora, prevalentemente, non più di carattere concettuale, formale, o strutturale, ma indagini su questioni sostanziali, affrontate da un punto di vista normativo (questioni di moralità politica, critica morale del diritto, o moralità *tout court*)⁴.

Insomma, la riflessione anglosassone novecentesca in tema di diritti è caratterizzata da un profondo mutamento di impostazione problematica e di approccio teorico: dalla *jurisprudence* analitica tradizionale a un tipo di teoria del diritto che non si distacca, in linea di principio, dall'indagine filosofico-politica e filosofico-morale, e che coniuga (taluni direbbero mescola inevitabilmente, e confonde) analisi logico-concettuali e indagini normative su questioni sostanziali.

2) Inizialmente, la teoria del diritto anglosassone novecentesca appare caratterizzata da una profonda diffidenza, talvolta un netto ripudio, nei confronti dell'idea di diritti morali. Il discorso in termini di diritti morali viene squalificato come fonte di confusione, o addirittura come privo di senso⁵. O, quanto meno, si ritiene che la nozione di diritto soggettivo specificamente giuridica (riferibile, cioè, a ordinamenti giuridici positivi) sia la nozione primaria e paradigmatica, e che solo impropriamente, per analogia o metaforicamente, e sulla sua base (ricalcando, cioè, l'uso di «diritto» in contesti giuridici), si possa sensatamente parlare di diritti morali (nonché fornire una delucidazione di questi ultimi). Insomma: «diritti» in senso proprio sono primariamente, se non esclusivamente, i diritti giuridico-positivi; una teoria

normativa non sussiste alcuna netta divisione; in particolare, «analyses of legal rights have always [...] been bound up with broader interpretations of the form of moral association that finds expression in our laws» (anche la separazione fra forma e contenuto dipende da aspetti caratteristici della «comunità politica moderna») [*ibidem*, 113]. O, in breve, «our view of what exactly rights are is inevitably linked to our understanding of what rights people have» (Simmonds [1986, 129], e si veda *infra*, par. 7).

⁴ Una parziale eccezione è costituita da Kramer, Simmonds e Steiner [1998].

⁵ È questa un'eredità benthamiana (cfr. Hart [1973a, 163; 1982a, 80, 82-87]; MacCormick [1976, 309]; Waldron [1987c, 37-38]; Lyons [1994a, 5]).

dei diritti morali, ammesso che sia possibile, dovrà mutuare il proprio apparato concettuale – in particolare, il concetto stesso di diritto – da una teoria giuridica, e applicarlo (se del caso, con le necessarie modifiche) all'ambito morale. La teoria dei diritti è caratterizzata dalla tesi della priorità (se non esclusività) concettuale, e dunque metodologica, dei diritti giuridici rispetto ai diritti morali.

Negli ultimi decenni del secolo questa priorità viene rovesciata. Alla tesi della priorità concettuale e metodologica dei diritti giuridici rispetto ai diritti morali si sostituisce la tesi opposta⁶. Non soltanto viene riconosciuta la piena legittimità (la piena rispettabilità concettuale e teorica) del discorso in termini di diritti morali⁷. Si ritiene altresì, da parte di molti, che la nozione di

⁶ Il problema è, dunque, se l'approccio migliore (o l'unico praticabile) ai fini di una delucidazione dei diritti consista nell'assumere un'analisi dei *legal rights* come modello, o paradigma, ai fini di un'analisi della nozione di *rights* in generale (e, in particolare, dei *moral rights*); o se, viceversa, sia opportuno utilizzare la nozione di *moral rights* come modello ai fini di un'analisi della nozione di *rights* in generale (e, in particolare, dei *legal rights*) (questa alternativa è formulata in Raz [1984, 254]; cfr. in generale, sul tema dei diritti morali nella letteratura anglosassone contemporanea, De Mori [2000]). È qui opportuna un'ulteriore precisazione terminologica. A differenza dall'espressione inglese «*legal rights*», «diritti giuridici» è, in italiano, espressione cacofonica, e infelice; la locuzione «diritti morali» suona invece, come il suo analogo «*moral rights*», accettabile e sensata. Non è facile trovare una locuzione italiana che renda adeguatamente, senza inconvenienti, l'espressione «*legal rights*»: «diritti positivi» ingenererebbe ulteriore confusione, e «diritti di diritto positivo» suona anch'essa cacofonica, e infelice (nel testo, ho utilizzato l'espressione «diritti giuridico-positivi»). Come che sia, la difficoltà deriva da un mero accidente linguistico, e nessuna conclusione concettuale o teorica può essere tratta dal mero fatto che, allo scopo di rendere il significato di «*legal rights*», sia necessario ricorrere, in italiano, a perifrasi più o meno tortuose. Nulla ci impedisce di coniare espressioni per ciò che è possibile pensare. Trarre, dalla circostanza che «diritti giuridici» è espressione infelice, la conclusione che vi sia qualcosa di strano, di improprio, nell'idea di diritti morali («In "diritti giuridici", l'aggettivo "giuridici" suona ridondante; ciò prova che tutti i diritti, in quanto tali, sono, propriamente, giuridici, e che non ha senso parlare di diritti non giuridici») è una scorciatoia che non conduce da nessuna parte.

⁷ Scrive nel 1981 Waldron: «the language of rights is now a familiar part of moral discourse» [1981, 65]. Il clima teorico è cambiato. Già a metà degli anni '50, in un articolo molto influente, Hart [1955] sembra considerare pacifico che vi siano diritti morali (*a fortiori*, che si possa sensatamente parlare di diritti morali). La piena rispettabilità teorica dei diritti morali, accanto ai diritti giuridici, diviene, negli anni successivi, un'ovvietà. (Così, ad es., nella formulazione dell'antitesi fra *choice* e *benefit theory* dei diritti – su cui v. *infra*, par. 5.3, 7 – MacCormick [1976, 305; 1977, 192], assume senza alcun imbarazzo che vi siano, oltre a diritti giuridici, anche diritti morali.) La diffidenza nei confronti dell'idea dei diritti morali (della possibilità di parlare sensatamente di diritti morali) è per lo più

diritto rilevante in ambito morale sia più ricca, o comunque più significativa, rispetto a quella specificamente giuridica; e che, a fini teorici, la prima debba essere assunta come il modello alla luce del quale intendere la seconda⁸.

Sono questi, dunque, i dati macroscopici relativi all'ambito teorico del quale ci occupiamo. Due ulteriori elementi emergeranno dalla nostra indagine.

1) Il prodursi di questi due dati macroscopici è solidale con (dipende da, e a sua volta costituisce uno dei fattori determinanti di) un particolare mutamento concettuale, a un livello teorico più profondo: il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica dei diritti. Mi spiego.

Per «concezione statica» (dei diritti) intendo, in prima approssimazione, una concezione che vede un diritto come una posizione normativa soggettiva elementare (atomica), compiutamente determinata, o come un insieme finito, compiutamente determinato (un aggregato, una molecola), di posizioni siffatte. Per «concezione dinamica» intendo invece una concezione che vede un diritto soggettivo come il nucleo germinale di (come una ragione atta a giustificare l'attribuzione o il riconoscimento di) posizioni normative determinate, o insiemi determinati di posizioni siffatte (come la *ratio* che spiega, giustificandola, l'attribuzione o il riconoscimento di posizioni normative determinate). L'insieme delle posizioni di volta in volta giustificate, o spiegate (razionalizzate), dal diritto medesimo è concepito come suscettibile di mutamento, sviluppo, o articolazione progressiva (non, dunque, come già dato, nella sua interezza, con il diritto rilevante).

Lo sviluppo della teoria del diritto anglosassone del Novecento è caratterizzato – è questa la prima delle due conclusioni che emergeranno dalla

motivata, nella teoria del diritto analitica, da considerazioni di carattere metaetico («La mera esigenza che sia effettivamente conferito, a certi soggetti, un certo diritto non è essa stessa un diritto: la fame non è pane»; «I presunti “diritti morali” sono solo diritti “di carta”, e così via). La replica standard ad argomenti di questo tipo è banale: quali che siano i problemi metaetici inerenti all'idea che vi siano diritti morali, si tratta di problemi che questa idea condivide con l'idea che vi siano obblighi morali, o che vi siano beni morali; la nozione di diritti morali non pone, rispetto a quella di obbligo morale, o a quella di bene morale, problemi metaetici peculiari (cfr. per questo argomento Mackie [1978, 170-171]; Waldron [1984a, 5; 1987b, 3]; Lyons [1994a, 4]; il punto è adombrato già in Hart [1955, 78]).

⁸ Anche sotto questo aspetto, un'eccezione è costituita da Kramer, Simmonds e Steiner [1998] (cfr. ad es. Kramer [1998a, 8]).

nostra indagine – dalla transizione da una fase di prevalenza di teorie del primo tipo a una fase di netta prevalenza di teorie del secondo tipo: da una concezione del diritto soggettivo come insieme, o aggregato, di posizioni normative soggettive basilari, al diritto soggettivo come ragione che giustifica, o potrebbe giustificare, l'attribuzione o il riconoscimento, a individui che soddisfano certe condizioni, di insiemi mutevoli, suscettibili di articolazione progressiva, di posizioni normative soggettive basilari⁹. L'abbandono della *choice theory* dei diritti, nella versione hartiana, in favore di versioni più o meno sofisticate della *benefit theory* (abbandono che caratterizza la reazione anti-hartiana degli anni '70; *infra*, par. 7) è, come vedremo, l'aspetto saliente della transizione da una concezione statica a una concezione dinamica dei diritti.

2) Il mutamento di concezione appena descritto (da una concezione statica a una concezione dinamica), a sua volta, è solidale con due ulteriori esigenze.

a) L'esigenza, da parte di molti, di dare un fondamento concettuale e teorico solido alle rivendicazioni avanzate dal movimento dei diritti civili negli Usa¹⁰. Anche lo scontro culturale e politico provocato dalla guerra del Vietnam ha inciso in modo significativo sulla riflessione anglosassone in tema di diritti, e sulla direzione da essa imboccata a partire dagli anni '70¹¹.

b) L'esigenza di dare un fondamento concettuale e teorico solido alla rivendicazione e al riconoscimento, su un piano di piena parità rispetto ai tradizionali diritti di libertà (diritti «di prima generazione»), dei diritti sociali (diritti «di seconda generazione»; grosso modo, diritti che hanno a che vedere con il soddisfacimento, da parte dei poteri pubblici, di bisogni e interessi primari, indipendenti da scelte individuali).

⁹ L'autore al quale si deve la chiarificazione più efficace dell'alternativa fra queste due concezioni è, come vedremo (*infra*, par. 8), Raz.

¹⁰ Cfr. per una dichiarazione esplicita in tal senso [Wellman 1997a, 1]; ma cfr. anche, ad es., Lyons [1994a, 5]. In generale, credo si possa affermare che lo straordinario successo di *Taking Rights Seriously* di Dworkin [1978a] sia dovuto, in parte, all'atmosfera culturale e politica nella quale si è sviluppato il movimento dei diritti civili; di questa atmosfera le idee del primo Dworkin costituiscono un'espressione teoricamente assai sofisticata.

¹¹ Un'espressione paradigmatica di questa incidenza – in particolare, nel senso dello spostamento dell'attenzione verso la trattazione di problemi normativi sostanziali – è Scanlon [1972].

4. LA TEORIA DI HOHFELD

4.1. La teoria

I più importanti scritti di W.N. Hohfeld in materia di diritto soggettivo sono due articoli, pubblicati rispettivamente nel 1913 e nel 1917, dal titolo *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning (Concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario)*, I e II. La trattazione di Hohfeld si colloca inequivocabilmente nell'alveo della *jurisprudence* analitica (cfr. Cook [1919, 3-4; trad. it. 1969, xxxv-xxxvi]; Kramer [1998a, 22]; e si veda quanto afferma lo stesso Hohfeld [1913, 26; trad. it. 1969, 5-6; 1917, 67, n. 7; trad. it. 1969, 49, n. 3] riguardo ai propri intenti teorici)¹². Nel primo dei due articoli citati Hohfeld distingue otto concetti giuridici fondamentali, costitutivi di due coppie di rapporti giuridici fondamentali, e ne definisce le relazioni reciproche mediante la costruzione di due tavole, una tavola di opposti e una tavola di correlativi [1913, 36; trad. it. 1969, 17]. Esaminiamo l'analisi hohfeldiana¹³.

Il punto di partenza di Hohfeld è, come spesso accade nel caso di indagini di ispirazione analitica, la rilevazione di un'ambiguità nascosta, generatrice – e allo stesso tempo sintomo – di confusioni concettuali e pseudoproblemi: una patologia della lingua (in questo caso, del linguaggio giuridico corrente). Scrive Hohfeld [1913, 35; trad. it. 1969, 16]: «uno degli ostacoli più grandi alla chiara comprensione, all'esposizione incisiva e alla giusta soluzione di problemi giuridici sorge spesso dalla supposizione, espressa o tacita, che tutti i rapporti giuridici possano essere ridotti a «diritti» e «doveri»,

¹² Così Hohfeld [1913, 26-27; trad. it. 1969, 5-6] caratterizza oggetto e scopo della propria indagine: «... the need for dealing somewhat more intensely and systematically than is usual with the nature and analysis of all types of jural interests»; «...analyzing and discriminating the various fundamental conceptions that are involved in practically every legal problem»; «a sufficiently comprehensive and discriminating analysis of jural relations in general»; «the basic conceptions of the law – the legal elements that enter into all types of jural interests». «The right kind of simplicity – afferma Hohfeld – can result only from more searching and more discriminating analysis».

¹³ Il secondo dei due articoli citati è dedicato prevalentemente alla distinzione fra diritti *in rem* e *in personam*, e non costituirà oggetto della nostra indagine.

e che queste categorie siano perciò adeguate allo scopo di analizzare anche gli interessi giuridici più complessi». In verità, prosegue Hohfeld [*ibidem*], «diritto» è un vocabolo «camaleontico». Il termine «diritto» (*a right*) «viene usato genericamente e indiscriminatamente per denotare qualunque genere di vantaggio giuridico» [1917, 71; trad. it. 1969, 53]; cfr. anche [1913, 35, 38; trad. it. 1969, 17, 18]. Questa «trascuratezza di uso» («looseness of usage» [1913, 36; trad. it. 1969, 17]) è, per l'appunto, sintomo, e causa, di profonda confusione¹⁴.

Secondo Hohfeld, con il termine «diritto» (*a right*), che sembra connotare una singola nozione, si fa in realtà riferimento, nel discorso giuridico corrente, a quattro diversi fenomeni, o quattro diverse nozioni, che egli denomina rispettivamente: 1) diritto in senso stretto («in the strictest sense»), o pretesa (*claim*); 2) privilegio (*privilege*); 3) potere (non fisico, ma) giuridico (*power*); 4) immunità (*immunity*). A ciascuna di queste quattro nozioni corrisponde una nozione correlativa, rispettivamente: 1) dovere (*duty*); 2) non-diritto (*no-right*); 3) soggezione (*liability*); 4) incapacità (*disability*)¹⁵. Otteniamo, così, quattro coppie di nozioni correlative: 1) pretesa – dovere; 2) privilegio – non-diritto; 3) potere – soggezione; 4) immunità – incapacità. Ciascuna di queste quattro coppie di nozioni correlative identifica, secondo Hohfeld, un tipo particolare di relazione giuridica fra due soggetti: un tipo basilare, o fondamentale, di rapporto giuridico. Gli otto concetti possono, inoltre, essere disposti secondo relazioni di opposizione, così da ottenere le quattro coppie: 1) diritto – non-diritto; 2) privilegio – dovere; 3) potere –

¹⁴ «The term “right” tends to be used indiscriminately to cover what in a given case may be a privilege, a power, or an immunity, rather than a right in the strictest sense» [Hohfeld 1913, 36; trad. it. 1969, 17]. Una volta riconosciuto «the very broad and indiscriminate use of the term “right”» nel discorso giuridico corrente, occorre restringere il termine in questione «to a definite and appropriate meaning» [*ibidem*, 18]. Cfr. in proposito Cook [1919, 6]; Hart [1973a, 164-165]. La stessa strategia argomentativa è seguita, ad es., da Ross [1958, 168-169].

¹⁵ La terminologia è, nella letteratura di ispirazione hohfeldiana, oscillante. Ross [1958, 161], ad es., utilizza il termine «*liberty*» anziché «*privilege*» (il suggerimento, seguito da gran parte dei commentatori, è dello stesso Hohfeld [1913, 42, 47; trad. it. 1969, 24, 29], «*no-claim*» («non pretesa») anziché «*no-right*», «*competence*» anziché «*power*», e «*subjection*» anziché «*liability*» (anche in questo caso, il suggerimento è dello stesso Hohfeld [1913, 59; trad. it. 1969, 41]; in Ross [1968, 119], sono inoltre utilizzati «*obligation*» anziché «*duty*», e «*permissio*n» anziché «*privilege*». Nella maggior parte dei casi si tratta solo di differenze verbali.

incapacità; 4) immunità – soggezione. In ciascuna di queste quattro coppie, l'un termine è la negazione dell'altro (il privilegio di fare A è la negazione del dovere di non fare A; il potere è la negazione dell'incapacità; e così via). Otteniamo, così, due tavole, rispettivamente la tavola dei «correlativi giuridici» e quella degli «opposti giuridici» [Hohfeld 1913, 36; trad. it. 1969, 17].

Parlando genericamente di «diritti», dunque, si fa riferimento all'una o l'altra di quattro diverse posizioni soggettive (o combinazioni di esse): diritti in senso stretto (pretese), privilegi (o libertà), poteri, immunità. Quando si afferma che Tizio ha un «diritto» nei confronti di Caio, si possono voler dire quattro cose distinte (o una combinazione di esse):

1) che Tizio è titolare, nei confronti di Caio, di una pretesa, cui corrisponde un dovere, da parte di Caio, nei confronti di Tizio;

2) che Tizio gode, nei confronti di Caio, di un privilegio (il privilegio di comportarsi in un certo modo), cui però non corrisponde alcun dovere da parte di Caio¹⁶, ma semplicemente la non-pretesa, da parte di quest'ultimo a che egli si comporti in un certo modo (precisamente, non si comporti nel modo in cui Tizio ha, in ipotesi, il privilegio di comportarsi);

3) che Tizio ha il potere di modificare la posizione giuridica di Caio (di modificare, cioè, alcune delle relazioni giuridiche nelle quali Caio si trova, delle quali Caio è parte); in questo caso si dirà che Caio si trova in una posizione di soggezione rispetto a Tizio¹⁷;

¹⁶ Neppure, si badi bene, il dovere di astensione dall'interferire con il compimento, da parte di Tizio, dell'atto che questi ha, in ipotesi, il privilegio di compiere.

¹⁷ Ecco la definizione fornita da Hohfeld [1913, 50-51; trad. it. 1969, 31-32]: «a change in a given legal relation may result 1) from some superadded fact or group of facts not under the volitional control of a human being (or human beings); or 2) from some superadded fact or group of facts which are under the volitional control of one or more human beings. As regards the second class of cases, the person (or persons) whose volitional control is paramount may be said to have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved in the problem». Questa definizione è, però, palesemente inadeguata: può accadere che un cambiamento in una relazione giuridica si produca come effetto di un fatto che è sotto il controllo volizionale di un individuo, e che tuttavia costui non abbia alcun potere giuridico di effettuare tale cambiamento. (Questa obiezione è documentata in letteratura; cfr. Azzoni [1994, 464], con riferimenti bibliografici.) La definizione deve essere integrata mediante la specificazione di una nozione di atto giuridico, come esercizio di un potere giuridico – lungo le linee, ad es., indicate in Ross [1958, 166, 216]; ovvero, mediante il ricorso alla nozione di regola costitutiva, o di norma di competenza.

4) che Tizio gode di immunità giuridica rispetto a Caio, nel senso che Caio non ha il potere di (è incapace di) modificare la posizione giuridica (alcune delle relazioni giuridiche) di Tizio¹⁸.

In ciascuna di queste quattro coppie di nozioni, ciascuna posizione è relativa all'altra: l'una non può sussistere senza l'altra, la implica o la presuppone. Ciascuna nozione, dunque, identifica un particolare tipo di rapporto giuridico (relazione giuridica) fra due individui, considerato dal punto di vista dell'uno o dell'altro dei soggetti del rapporto medesimo. Ogni diritto (in ciascuna delle quattro accezioni distinte da Hohfeld) è, necessariamente, una relazione fra due persone determinate¹⁹. Una relazione giuridica è assimilabile a una strada in pendenza, che, a seconda che la si guardi dal basso o dall'alto, appare in salita, o in discesa (cfr. Kramer [1998a, 24, 26, 33, 39]).

Sono questi, secondo Hohfeld, i quattro tipi fondamentali di rapporto giuridico (le quattro relazioni giuridiche fondamentali). Ogni rapporto giuridico determinato, concreto, che esemplifichi un particolare istituto di diritto positivo, può essere analizzato come, e dunque ridotto a, un rapporto, o un insieme di rapporti, che ricadono in una o più d'una di queste quattro forme fondamentali. O, in altri termini, ogni situazione giuridica concreta, determinata (come, ad es., l'essere proprietario di un bene, o l'essere parte di un contratto validamente stipulato), può essere analizzata e risolta in un aggregato di posizioni giuridiche elementari (diritti in senso stretto, privilegi, poteri, ecc.), ciascuna delle quali esprime una particolare relazione giu-

¹⁸ Le relazioni di opposizione fra gli otto concetti (esprese dalla seconda tavola hohfeldiana) sono le seguenti: se Tizio non ha, nei confronti di Caio, alcun diritto, allora egli è, *pro tanto*, in una situazione di non-diritto; se Tizio non ha il privilegio di fare A, allora ha il dovere di non fare A; se Tizio non ha il potere di modificare la posizione giuridica di Caio, allora Tizio è in una situazione di incapacità rispetto a Caio; e, infine, se Tizio non gode di immunità rispetto a Caio, allora Tizio è in una condizione di soggezione rispetto a Caio.

¹⁹ Con la possibile eccezione di poteri (e, dunque, soggezioni) e immunità (e, dunque, *disabilities*) nei confronti di se stessi (cfr. Kramer [1998a, 21]). Cfr. Cook [1919, 10]: «any given single relation necessarily involves two persons. Correlatives in Hohfeld's scheme merely describe the situation viewed first from the point of view of one person and then from that of the other» («in dealing with the correlatives we are looking at the same relation from the point of view of first one and then the other of the two persons involved»). Ad es., nel caso in cui J abbia un diritto (in senso stretto) nei confronti di K «the right of J is but one phase of the total relation between J and K, and the duty of K is another phase of the same relation – that is, the whole “right-duty” relation may be viewed from different angles» [Hohfeld 1917, 73].

ridica con un individuo determinato²⁰. Una teoria che non operasse questo tipo di analisi sarebbe colpevole di trattare «un aggregato molto complesso di relazioni giuridiche come se fosse una cosa semplice, un'unità»; allo stesso modo di un chimico che trattasse «un composto straordinariamente complesso come se fosse un elemento» [Cook 1919, 15; trad. it. 1969, xlvi].

In questo senso, afferma Hohfeld, le otto nozioni costituiscono «i concetti basilari del diritto: quegli elementi giuridici che entrano in ogni tipo di interesse giuridico» («concetti fondamentali che praticamente ogni problema giuridico implica» [Hohfeld 1913, 26-27; trad. it. 1969, 5-6]). Sono, cioè, «ciò che può esser chiamato “il minimo comun denominatore del diritto”»: «i concetti generici minimi cui possono essere ridotte tutte le “entità giuridiche”» [Hohfeld 1913, 63-64; trad. it. 1969, 45-46]²¹.

4.2. Quattro osservazioni

La teoria di Hohfeld presenta molti aspetti interessanti, suscita molteplici interrogativi, ed è stata oggetto di numerose critiche. Non è qui possibile addentrarsi nella sua discussione²². Ai nostri fini, sono rilevanti quattro osservazioni.

²⁰ Un «legal interest» (ad es. l'essere proprietario di un bene) è, chiarisce Hohfeld, un «aggregate of legal relations» [1913, 28]; «all legal interests» sono «more or less limited aggregates of abstract legal relations» [*ibidem*, 30]. Così, nel caso di un contratto, la «legal obligation» (l'obbligazione contrattuale, ossia: il rapporto obbligatorio) è un «aggregate of present and potential legal rights, privileges, powers and immunities, etc.» [*ibidem*, 31]. Cfr. anche Hohfeld [1917, 65 («complex jural interests, or aggregates of jural relations»), 96]; Cook [1919, 9, 10, 15].

²¹ Cfr. Cook [1919, 5]: «the eight fundamental conceptions in terms of which he [*scil.* Hohfeld] believed all legal problems could be stated». Questi otto concetti sono «the “lowest common denominator” in terms of which all legal problems can be stated, and stated so as to bring out with greater distinctness than would otherwise be possible the real questions involved» [*ibidem*, 6].

²² Un problema di una certa importanza, sia dal punto di vista esegetico sia dal punto di vista teorico, è se l'analisi hohfeldiana delle relazioni giuridiche fondamentali sia da intendere (o se Hohfeld la intendesse) come riferita alla sfera giuridica nella sua interezza, o invece come relativa a un ambito limitato di applicazione (in questa seconda ipotesi, dunque, le nozioni hohfeldiane sarebbero applicabili a un dominio limitato; il candidato più plausibile è, ovviamente, la sfera del diritto privato). Cfr. in proposito Waldron [1981, 67]; Simmonds [1998, 142-143].

1) Nella teoria di Hohfeld, come abbiamo visto, diritto (in senso stretto, o pretesa) e dovere sono termini correlativi: se e quando sussiste un diritto da parte di Caio sussiste un dovere corrispondente da parte di Tizio, e viceversa; un diritto è sempre un diritto di Tizio nei confronti di Caio, o, il che è lo stesso, un dovere di Caio nei confronti di Tizio²³. Non solo: per Hohfeld, che diritto e dovere siano correlativi, è, banalmente, un assioma. È precisamente sulla base della loro correlatività, presupposta come ovvia e non problematica, che Hohfeld delimita, rispetto all'uso di «diritto» in senso ampio, la nozione di diritto in senso stretto (cfr. Hohfeld [1913, 38; trad. it. 1969, 18-19])²⁴. Torneremo più avanti su questo punto (*infra*, parr. 5.3, 8).

2) Nella teoria di Hohfeld, un rapporto giuridico è, necessariamente, un rapporto fra due individui. Un diritto (in senso stretto) è sempre un diritto di un certo individuo nei confronti di un certo altro individuo, o, il che è lo stesso, un dovere di un individuo determinato nei confronti di un altro (cfr. Kramer [1998a, 9, 10, 21]; Simmonds [1998, 142, 147, 149]). Allo stesso modo, un potere è sempre potere di un certo individuo su un altro individuo; e così via²⁵. La teoria di Hohfeld, dunque, esclude la possibilità di

²³ Anche i diritti cosiddetti *in rem* sono, secondo Hohfeld, riconducibili a questo schema. La dimostrazione di questa tesi è l'obiettivo primario di Hohfeld [1917].

²⁴ Argomenta qui Hohfeld [1913, 38; trad. it. 1969, 18-91]: «recognizing, as we must, the very broad and indiscriminate use of the term “right”, what clue do we find, in ordinary legal discourse, toward limiting the word in question to a definite and appropriate meaning? That clue lies in the correlative “duty”, for it is certain that even those who use the word and the conception “right” in the broadest possible way are accustomed to thinking of “duty” as the invariable correlative» (corsivo mio; Hohfeld cita qui una pronuncia giudiziale nella quale si afferma che «“duty” and “right” are correlative terms. When a right is invaded, a duty is violated»). «In other words – prosegue Hohfeld – if X has a right against Y that he shall stay off the former’s land, the correlative (and equivalent) is that Y is under a duty toward X to stay off the place». Come si vede, la correlatività delle due nozioni (ovvero l'equivalenza fra l'asserto che attribuisce un diritto a Tizio e l'asserto che attribuisce a Caio l'obbligo corrispondente) costituisce, agli occhi di Hohfeld, un assunto incontrovertibile – un che di affatto scontato –, e svolge, nel contesto della sua argomentazione, il ruolo di una premessa non messa in discussione (un assioma). Sullo statuto dell'«Assioma di Correlatività» nella teoria di Hohfeld cfr. Kramer [1998a, 24-27, 30]. Secondo Kramer, si tratta di pura e semplice stipulazione (l'Assioma di Correlatività è, in Hohfeld, «a definitional stipulation» [*ibidem*, 30]); diritti e doveri, ecc., sono correlativi «per definizione». Non ha alcun senso, dunque, pretendere di fornire controesempi («confutazioni empiriche» [*ibidem*, 35]) all'assunto hohfeldiano.

²⁵ Si ricordi, però, la possibile eccezione costituita da poteri e immunità nei confronti di se stessi.

diritti (in senso lato) che non siano di individui determinati, nei confronti di individui determinati²⁶. Anche su questo punto torneremo più avanti (*infra*, par. 8).

3) La tavola hohfeldiana dei concetti giuridici fondamentali suscita due interrogativi: *a*) Qual è la relazione che intercorre fra la prima e la seconda coppia di relazioni giuridiche fondamentali (fra la prima e la seconda tetra di concetti giuridici fondamentali)? In particolare: i quattro concetti costitutivi della seconda coppia di relazioni sono forse riducibili ai concetti costitutivi della prima coppia di relazioni? *b*) Qual è la relazione che intercorre fra il vocabolario hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali (in generale, il vocabolario dei diritti) e il vocabolario delle modalità deontiche di base («obbligatorio», «vietato», «permesso», «facoltativo»)? Vale la pena di soffermarsi brevemente su questi interrogativi; iniziamo dal secondo.

- A partire dagli anni '50 del Novecento si è sviluppata una particolare branca della logica contemporanea, abitualmente denominata «logica deontica», dedicata all'analisi dei concetti normativi, e alla determinazione delle relazioni logiche fra enunciati normativi. La logica deontica è, in breve, logica del discorso normativo. Nell'ambito della logica deontica contemporanea si è sviluppato un particolare paradigma di analisi degli enunciati normativi, ampiamente (anche se non unanimemente) condiviso, secondo il quale gli enunciati normativi sono enunciati modali, la cui struttura, analogamente a quella degli ordinari enunciati modali aletici (enunciati riconducibili alla forma «è necessario che p», «è impossibile che p», «è possibile che p», «è contingente che p»), è caratterizzata da particolari operatori (operatori deontici), espressione delle diverse modalità deontiche (i modi del «dovere»). La forma logica degli enunciati normativi è cioè resa, stando a questo modo di vedere, dalla combinazione di un operatore, esprimente una modalità deontica, e una variabile, indicante il contenuto (si tratti di una proposizione, della descrizione di un atto, o altro) modalizzato. Le modalità

²⁶ Questa tesi hohfeldiana appare difficilmente compatibile con la possibilità di diritti *in rem*. (Scriva ad es. Raz [1970, 180]: «Hohfeld's insistence that every right is a relation between no more than two persons is completely unfounded and makes the explanation of rights *in rem* impossible»; cfr. anche Finnis [1980, 201-202]; MacCormick [1982a, 349]). Come si è accennato, la riduzione dei diritti cosiddetti *in rem* a aggregati di rapporti elementari fra individui determinati è l'obiettivo primario di Hohfeld [1917]; per una discussione di questo punto cfr. Kramer [1998a, 9, n. 2].

deontiche di base sono, nell'approccio standard, le tre modalità «obbligatorio», «vietato», e «permesso» (la modalità «facoltativo», o «libero», esprime la congiunzione di permesso di fare e permesso di non fare). Analogamente a quanto accade nel caso delle ordinarie modalità aletiche («necessario», «impossibile», «possibile»), le modalità deontiche sono interdefinibili (mediante l'uso della negazione), e si dispongono nella forma del quadrato di opposizione²⁷. Stando all'approccio standard, dunque, è possibile fornire un'analisi compiuta, esauriente, del discorso normativo utilizzando un singolo operatore deontico (indifferentemente, «obbligatorio», «vietato», o «permesso»), più la negazione. Tutto ciò che può essere espresso in termini di «permesso» o «vietato» può essere espresso in termini di «obbligatorio» più la negazione, e così via.

Questo modo di vedere suscita, per chi abbia una qualche dimestichezza con il discorso giuridico, una certa perplessità. Il vocabolario giuridico (ma anche il vocabolario morale, e in generale il vocabolario normativo) comprende, infatti, un gran numero di termini normativi – in particolare, gran parte dei termini che costituiscono il vocabolario dei diritti (*supra*, par. 2) – la cui relazione con le modalità deontiche di base non è, almeno a prima vista, chiara. La teoria di Hohfeld costituisce, come abbiamo visto, un tentativo di irregimentazione analitica (analisi, distinzione, definizione, classificazione) dei concetti giuridici costitutivi del vocabolario dei diritti. Ebbene: qual è la relazione che intercorre fra il vocabolario dei diritti (ovvero, l'insieme degli enunciati in termini di diritti), da un lato, e il vocabolario delle modalità deontiche di base (l'insieme degli enunciati normativi, nella rappresentazione fornite dall'approccio standard in logica deontica), d'altro lato? Qual è, cioè, la relazione che intercorre fra questi due diversi modelli di analisi del discorso normativo (modelli di analisi della forma logica di enunciati normativi), l'uno imperniato sul vocabolario delle modalità deontiche di base, l'altro imperniato sul vocabolario dei diritti? Qual è il rapporto che intercorre fra queste due famiglie di concetti, la famiglia delle modalità deontiche di base e la famiglia delle posizioni normative soggettive? Si tratta di due famiglie concettuali eterogenee, reciprocamente irriducibili?²⁸

²⁷ Cfr. per una presentazione elementare Celano [1999, 150-160].

²⁸ Le norme formulate avvalendosi del vocabolario deontico di base (le norme, cioè,

Il problema appena posto è un problema di traduzione. Un linguaggio (un insieme di segni, e di regole per la combinazione di questi segni) che comprenda soltanto il vocabolario deontico di base, e non contenga anche il vocabolario dei diritti, è, almeno a prima vista, diverso da un linguaggio che contenga soltanto il vocabolario dei diritti, e non contenga il vocabolario deontico di base: vi sono, parrebbe, cose (contenuti di senso possibili, «dicibili») suscettibili di essere espresse solo mediante l'uno, oppure mediante l'altro, di questi due linguaggi (i due linguaggi sembrerebbero avere diversa potenza espressiva). Ci si può chiedere, però, se questa intuizione sia fondata; se, cioè, enunciati formulati in uno di questi due linguaggi siano traducibili in enunciati formulati nell'altro linguaggio. Se, ad esempio, sia possibile esprimere mediante enunciati, più o meno complessi, nei quali figurino solo le modalità deontiche di base, tutto ciò che può essere espresso mediante enunciati nei quali figurano termini appartenenti al vocabolario dei diritti. È possibile riformulare in termini di obbligatorio, vietato, permesso, tutto ciò che viene espresso, e può essere espresso, in termini di diritti? Se la risposta a questa domanda fosse affermativa, sarebbe possibile compiere un significativo passo in avanti sulla via dell'individuazione di una forma logica unitaria, comune a tutti gli enunciati normativi; e, in tal modo, si otterrebbe un notevole guadagno in termini di semplicità, economia concettuale, eleganza teorica. L'intera gamma del «dicibile» normativo sarebbe suscettibile di essere espressa mediante un numero ridotto di termini, o concetti (in effetti, mediante un'unica modalità deontica di base, più la negazione).

L'ipotesi secondo cui è possibile tradurre senza residui enunciati normativi formulati utilizzando il vocabolario dei diritti in enunciati formulati utilizzando il vocabolario deontico di base, così come l'ipotesi inversa, sono ipotesi riduzionistiche. Ciò che esse prospettano, infatti, è la possibilità di ridurre il vocabolario dei diritti al vocabolario deontico di base (e, dunque, eliminare il primo in favore del secondo), o viceversa. (C'è, ovviamente,

la cui forma logica è adeguatamente rappresentabile nei termini dell'approccio standard in logica deontica) possono essere denominate, in senso lato, norme «imperative». Le norme formulate avvalendosi del vocabolario dei diritti possono essere denominate norme «attributive». Il problema è dunque: qual è – dal punto di vista della loro rispettiva forma logica – il rapporto fra norme imperative e norme attributive? Cfr. per questo modo di formulare il problema Bobbio [1980, 198-199].

anche una terza possibilità: la possibilità che i due vocabolari si rivelino equipollenti; che, cioè, tutti gli enunciati fraseggiati nei termini dell'uno siano traducibili senza residui in enunciati fraseggiati nei termini dell'altro, e viceversa.) Delle due ipotesi riduzionistiche, la più plausibile è palesemente la prima; l'ipotesi, cioè, che il vocabolario dei diritti sia riducibile al vocabolario deontico di base. Le nozioni di obbligatorio, vietato e permesso, infatti, sembrano occupare, nell'ambito del discorso normativo, una posizione di priorità (priorità concettuale, logica) difficilmente controvertibile. Quando parliamo di norme, pensiamo anzitutto alla qualificazione di certi tipi di comportamento come obbligatori, vietati, permessi.

L'ipotesi riduzionistica trova sostegno in un'intuizione a prima vista plausibile: diritto soggettivo e obbligo sono «concetti conversi»: (una norma che attribuisce a Tizio un diritto nei confronti di Caio è equivalente a una norma che attribuisce a Caio un obbligo nei confronti di Tizio [Bobbio 1980, 199]. Si tratta, precisamente, dell'intuizione che sta alla base della prima delle quattro coppie di nozioni correlative distinte da Hohfeld. Nella teoria di Hohfeld, la correlatività di diritti (pretese) e doveri svolge, come abbiamo visto, il ruolo di un assioma; essa implica, precisamente, che asserti in termini di diritti («Tizio ha diritto, nei confronti di Caio, al pagamento di tot euro») implichino logicamente, e siano al contempo implicati logicamente da, asserti in termini di doveri («Caio ha il dovere, nei confronti di Tizio, di pagargli tot euro»). Nella teoria di Hohfeld, cioè, asserti che attribuiscono a Tizio una pretesa nei confronti di Caio sono logicamente equivalenti ad asserti che attribuiscono a Caio un dovere nei confronti di Tizio (si tratta di un'unica e medesima relazione, vista dal punto di vista dell'uno o dell'altro dei soggetti coinvolti nel rapporto).

Quali implicazioni ha questo modo di vedere relativamente al problema della riducibilità del vocabolario dei diritti al vocabolario deontico di base? Se si assume, come pare plausibile, che il vocabolario delle modalità deontiche di base goda, nell'ambito delle diverse forme del normativo, di priorità concettuale e logica, allora si potrà trarre, dalla tesi della correlatività di diritti e doveri, la conclusione che quanto può essere espresso in termini di diritti (pretese) può, senza perdita di significato, essere espresso in termini di obblighi (positivi e negativi, ossia divieti); e che, di conseguenza, la nozione di diritto (pretesa) possa essere eliminata dal nostro linguaggio normativo,

senza che ciò comporti alcuna perdita di potenza espressiva, in favore della nozione (basilare, e indispensabile) di dovere, o obbligo. La nozione di diritto (pretesa) si rivelerebbe cioè, rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base, ridondante. Non solo: poiché secondo Hohfeld, come abbiamo visto, fra le nozioni costitutive delle prime due relazioni giuridiche fondamentali sussiste un rapporto di negazione (diritto è la negazione, o l'opposto, di non-diritto, libertà l'opposto, o la negazione, di dovere), l'intera prima tetradе di nozioni giuridiche fondamentali sarà, stando a questo modo di vedere, riducibile senza residui al (e dunque eliminabile in favore del) vocabolario delle modalità deontiche di base (in ultima istanza, una qualsiasi di esse, più la negazione). Tutto ciò che può essere detto in termini di pretese, libertà, non-pretese può essere detto in termini di doveri (obblighi), con l'ausilio della negazione. Pretese e libertà non sono null'altro che il riflesso di obblighi altrui. Il vocabolario delle nozioni giuridiche fondamentali hohfeldiane (la prima tetradе) è insomma, rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base, ridondante; si può, senza alcuna perdita (se non, forse, in termini di semplicità espressiva), farne tranquillamente a meno²⁹.

- Non solo. Hohfeld, come abbiamo visto, distingue quattro tipi fondamentali di rapporto giuridico. I primi due di essi appaiono, stando alla linea di argomentazione appena tracciata, compiutamente riformulabili nei termini del vocabolario della modalità deontiche di base. Lo stesso, è stato talvolta sostenuto, vale relativamente ai restanti due. Infatti: le nozioni di immunità e *disability* sono, in forza delle consuete relazioni di negazione (opposizione), definibili nei termini della coppia di correlativi potere – sog-

²⁹ Si noti: questa conclusione vale solo sotto la condizione che si assuma (assunto, questo, non hohfeldiano) che il vocabolario delle modalità deontiche di base goda, nell'ambito delle diverse forme del normativo, di priorità concettuale e logica; talché la tesi della correlatività implicherà sì la possibilità di ridurre il vocabolario dei diritti (prima tetradе) a quello delle modalità deontiche di base, ma non (per ragioni indipendenti) l'inverso. In altri termini: è l'assunto dell'indispensabilità del vocabolario delle modalità deontiche di base a fondare, data la tesi della correlatività, la conclusione che il vocabolario dei diritti (pretese) sia ridondante, e dunque eliminabile senza residui in favore del vocabolario delle modalità deontiche di base. Di per sé, l'assioma di correlatività hohfeldiano implica che asserti in termini di diritti e asserti in termini di doveri siano compiutamente intertraducibili (che situazioni descritte in termini di diritti siano ridescrivibili, senza residui, in termini di doveri, e viceversa), così da escludere qualsiasi priorità concettuale o logica dell'una forma rispetto all'altra. Il vocabolario dei diritti è ridondante rispetto a quello dei doveri, tanto quanto quest'ultimo lo è rispetto al primo; cfr. in proposito Kramer [1998a, 26-27].

gezione; una soggezione non è che il riflesso di un potere; e un potere, a sua volta, consiste nella possibilità di alterare (mediante l'esecuzione di atti appropriati) posizioni giuridiche; nella possibilità, dunque, di alterare diritti (pretese), libertà, non-diritti (nonché la possibilità di alterare siffatte posizioni), cioè, in ultima istanza (data la ridicibilità dei termini della prima tetradè alla nozione di dovere): *doveri*. Conclusione: l'intero vocabolario (hoffeldiano) dei diritti – prima e seconda tetradè – risulta essere riducibile senza residui al (e dunque eliminabile in favore del) vocabolario delle modalità deontiche di base (in ultima istanza, una qualsiasi di esse, più la negazione). I «diritti» nel loro complesso (diritti hoffeldiani) non sono che riflessi di obblighi (divieti, permessi): non sono che parvenze, la cui sostanza è resa dall'imposizione (ad altri) di doveri³⁰.

Questa conclusione sta alla base di, o comunque corrobora, un atteggiamento di profonda diffidenza, talvolta di aperto scetticismo, nei confronti dell'idioma dei diritti nel suo complesso, atteggiamento condiviso da molti teorici del diritto intorno alla metà del Novecento. L'idea di fondo è semplice: nonostante l'apparenza, argomenta lo scettico, l'idioma dei diritti (nella misura in cui non costituisce il veicolo di idee confuse, nonsensi, o assunti ideologici non esplicitati) non aggiunge nulla all'idioma dei doveri; per bene che vada, esso è, semplicemente, ridondante. Dunque, è opportuno, per ragioni di economia concettuale e chiarezza espressiva, farne a meno³¹.

³⁰ La tesi della ridicibilità del vocabolario dei diritti al vocabolario deontico di base è stata sostenuta, in forma più o meno esplicita e ingegnosa, da diversi autori. Cfr. ad es. Ross [1958, cap. 5; 1968, parr. 27, 28] (così argomenta Ross [1958, 162]: 1) delle otto nozioni hoffeldiane, «the first four and the last four are mutually logically reducible to each other»; 2) «A's subjection to B means that A's legal position expressed in terms of duty, claims and so on is defined in accordance with the dispositions of B»; dunque, «the last four can be reduced to the first four»; 3) conclusione: «all eight can be reduced to terms of duty. If this term is defined, then they are all defined»); Bobbio [1980, 199]; e, per una discussione del problema ricca di riferimenti storici, Finnis [1980, 205-210]. L'argomento appena presentato nel testo a sostegno della ridicibilità della seconda tetradè di nozioni hoffeldiane alla prima fa leva sull'assunto che la possibilità di alterare posizioni normative non abbia, di per sé, nulla di normativo (sicché l'unica nozione specificamente normativa residua sarebbe la nozione di dovere). L'argomento risulta rafforzato se si ritiene (come ritiene, ad es., Ross [1958, 32, 33, 50, 53; 1968, 120]) che le cosiddette norme di competenza siano traducibili, senza residui, in norme che impongono obblighi: siano, cioè, norme di condotta indirettamente formulate; cfr. Celano [1999, 359-67].

³¹ Su questo atteggiamento, i suoi diversi aspetti, le sue motivazioni, e le sue radici storiche cfr. Tuck [1979, 1, 6]; Waldron [1984a, 1-2; 1987b, 1-2]. Come vedremo fra

4) La concezione hohfeldiana dei diritti (delle posizioni giuridiche soggettive) è una concezione statica. Mi spiego.

Come abbiamo visto, una posizione giuridica concreta (come ad es. l'essere proprietario di un bene, o la posizione di chi ha validamente stipulato un contratto) è, secondo Hohfeld, una relazione giuridica di uno dei quattro tipi fondamentali, o un aggregato di relazioni giuridiche di uno o più d'uno dei quattro tipi fondamentali. In che senso una simile concezione delle posizioni giuridiche soggettive può dirsi «statica»? Non certamente nel senso che l'attribuzione di posizioni giuridiche soggettive a individui determinati non sia soggetta a mutamento. Non, cioè, nel senso che l'esistenza di relazioni giuridiche particolari fra individui determinati sia data, una volta per tutte. Al contrario: è palesemente possibile che nuove relazioni giuridiche vengano ad esistenza (siano create), o relazioni giuridiche già esistenti cessino di esistere (siano estinte); e la teoria di Hohfeld certamente mira a rendere conto di questa possibilità. È questa, precisamente, la funzione delle nozioni della seconda tèttrade. Ciò che conta è però *la modo* in cui essa ne dà conto. Creazione, estinzione o modificazione di relazioni giuridiche particolari fra individui determinati sono, chiarisce Hohfeld, la conseguenza del prodursi di «fatti operativi» («fatti operativi, costitutivi, causali o dispositivi»); questi ultimi, a loro volta, sono «quelli che, *sotto le norme giuridiche generali applicabili*, bastano a modificare rapporti giuridici, cioè, o a creare un nuovo rapporto, o ad estinguerne uno vecchio, o ad adempiere simultaneamente ambedue queste funzioni» [Hohfeld 1913, 32; trad. it. 1969, 13, corsivo mio].

Dunque: sono regole giuridiche, in ipotesi preesistenti, a determinare, in modo universale e astratto, quali fatti siano condizione del prodursi di quali conseguenze giuridiche: che tipo di fatto abbia come conseguenza il venire ad esistenza, l'estinzione, o il mutamento, di relazioni giuridiche di un certo tipo. Le condizioni della sussistenza o del mutamento di (insiemi

breve (*infra*, par. 5.3) una delle motivazioni di fondo della versione hartiana della *choice theory* è proprio l'intento di delimitare una nozione di diritto che non risulti riducibile all'obbligatorio, così da riscattare l'idioma dei diritti dall'accusa di ridondanza. Una delle ragioni per le quali Hart rigetta la teoria dei diritti di Bentham è, precisamente, la circostanza che essa abbia questo esito – un esito che Bentham, dal canto suo, era pienamente disposto ad accettare.

di) relazioni giuridiche individuali sono predeterminate, e formulabili in un insieme di enunciati quantificati universalmente. Le regole che tali enunciati esprimono sono (concepite come) presupposte, o date, anteriormente al venire ad esistenza di un rapporto determinato, da esse dipendente³². In questo senso, la teoria hohfeldiana può dirsi espressione di una concezione statica delle posizioni giuridiche soggettive (torneremo su questo punto *infra*, par. 8).

5. LA TEORIA DI HART

5.1. Introduzione

La riflessione hartiana sui diritti presenta più dimensioni, tutte di grande interesse.

1) *Dimensione metodologica*. Hart segue, sotto questo aspetto, alcune intuizioni di Bentham, facendo ricorso, per la loro riformulazione e il loro sviluppo, a tesi e strumenti teorici elaborati nell'ambito della filosofia c.d. «analitica» della prima metà del Novecento (cfr. ad es. Hart [1953, 26, 31, 33; 1973a, 163-164]). In estrema sintesi (cfr. soprattutto Hart [1953]): il sostantivo «*right*» non è un termine assimilabile a «tavolo», o «pianeta», Non c'è una «cosa» – una controparte nel mondo – che corrisponda ad esso, alla quale esso faccia riferimento, o per la quale esso stia, allo stesso modo in cui «tavolo» fa riferimento a, sta per, individui – oggetti reali – dotati di certe caratteristiche. La somiglianza fra la domanda «Che cosa è un diritto?» e domande come, ad esempio, «Che cosa è un tavolo?» è, dunque, inganne-

³² Un'analogia può forse chiarire questo punto: il rapporto che intercorre fra una partita di scacchi e le regole del gioco degli scacchi. Quale posizione abbia raggiunto una certa partita, quali mosse siano possibili in quella posizione, quali pezzi abbiano, in quel momento della partita, i giocatori, ecc., dipende dalla storia della partita. Il gioco, però, è costituito da regole che specificano, in universale, quali tipi di posizione siano possibili nel gioco, quali tipi di mossa siano possibili in certi tipi di posizione, quali tipi di pezzi siano pezzi del gioco; e che, in tal modo, specificano, preliminarmente, tutte le posizioni e le mosse possibili di una partita di scacchi. Giocare a scacchi – fare una partita – è istanziare tipi di posizioni, e di mosse, definiti dalle regole del gioco, mediante oggetti che ne istanziano i pezzi.

vole: nonostante l'apparenza, i due interrogativi sono strutturalmente eterogenei. Una risposta esauriente alla prima domanda può essere fornita solo esaminando quali siano le condizioni di verità, o di asseribilità, di enunciati in termini di diritti (enunciati della forma «Tizio ha diritto a...», ecc.). Non potrà invece avere la forma «Un diritto è...».

2) *Diritti e sistema giuridico*. Hart riconduce l'analisi dei diritti alla teoria (della struttura) del sistema giuridico. I diritti giuridici sono istituiti da, e poggiano su, regole giuridiche; dunque, un'analisi dei diritti giuridici presuppone una teoria della struttura del sistema giuridico³³.

In particolare, il diritto (in senso oggettivo: il sistema giuridico) è, secondo Hart, unione di regole primarie (ossia, regole che impongono obblighi) e regole secondarie (grosso modo, regole che conferiscono poteri). La teoria hartiana spinge, dunque, nella direzione di una delucidazione del concetto di diritto soggettivo in termini di regole che impongono obblighi e regole che conferiscono poteri³⁴. Ciò costituisce, rispetto alla teoria di Hohfeld, un'innovazione.

3) *Analisi della nozione di diritto soggettivo*. Hart elabora e difende una particolare versione della cosiddetta «*choice theory*» (o «*will theory*») dei diritti, in opposizione alla cosiddetta «*benefit theory*» (o «*interest theory*»), esemplificata dalla teoria di J. Bentham. Grosso modo: ciò in virtù di cui un individuo ha un diritto è il fatto che egli disponga di una scelta che viene rispettata dal diritto oggettivo («chi ha un diritto ha una scelta rispettata dall'ordinamento giuridico [*law*]»); un «legal right» è «una scelta giuridicamente rispettata» [Hart 1973a, 188-189].

Questo terzo aspetto della riflessione hartiana sui diritti comporta, come vedremo, la congiunzione di due ordini di considerazioni: considerazioni di carattere analitico-concettuale (formale, strutturale), da un lato, e considerazioni attinenti al «senso» – il *point*, la ragion d'essere – dei di-

³³ Cfr. in proposito Raz [1970, 175, 178]; MacCormick [1977, 189-191] («legal rights are conferred by legal rules»; «an inquiry into the nature of rights must therefore be an inquiry into the nature and character of the legal rules which concern the conferment of legal rights»), e MacCormick [1981, cap. 7]; Sumner [1987, 20, 55, 66, 77].

³⁴ Per Hart, «a theory of duties and of powers is fully sufficient to the elucidation of rights»; l'analisi hartiana «locates rights at a junction point between duties and powers» [MacCormick 1981, 89, 90].

ritti, d'altro lato. Sotto questo aspetto, l'affermazione della *choice theory* hartiana come termine di confronto (anche se polemico) imprescindibile per ogni elaborazione teorica in materia di diritti segna, nella *jurisprudence* del Novecento, un momento di trapasso: da un approccio prevalentemente, se non esclusivamente, analitico-concettuale, a un approccio che intende fornire un'analisi del concetto di *right* sulla base di considerazioni attinenti alla (possibile) giustificazione dei diritti, al tipo di ragioni che stanno, o è possibile che stiano, alla base dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti. La controversia fra difensori della *choice theory* e difensori della *benefit theory* si colloca, come vedremo, in questo ambito: attiene alla «explanation of rights», ove il termine «*explanation*» fa riferimento, congiuntamente, e inscindibilmente, alla chiarificazione della struttura dei diritti e all'individuazione del loro scopo, senso, o *point*.

4) *Teoria sostanziale dei diritti morali (moralità politica), teoria normativa (critica) dei diritti giuridici*. Tre i problemi fondamentali (cfr. Hart [1955; 1979a; 1979b]): a) utilitarismo e riconoscimento di diritti individuali (utilità e diritti) sono compatibili, o conciliabili? b) Il problema della fondazione dei diritti. c) È possibile una moralità politica che sia basata (esclusivamente, o prioritariamente) sui diritti?

Ci occuperemo qui esclusivamente del terzo di questi quattro aspetti della riflessione hartiana: l'elaborazione e la difesa, da parte di Hart, di una versione della *choice theory* dei diritti.

5.2. La *choice theory*: il suo nucleo concettuale

Il nocciolo della *choice theory* dei diritti, nella versione hartiana, si può riassumere nell'assunto seguente: quando, e nella misura in cui, conferisce o riconosce diritti, il diritto manifesta «un peculiare interessamento nei confronti dell'individuo». L'idea che sta alla radice del vocabolario dei diritti (il nucleo germinale del concetto di diritto soggettivo, nelle sue applicazioni paradigmatiche) «è che ad un individuo sia attribuito dall'ordinamento giuridico [*law*] il controllo esclusivo, più o meno ampio, su un dovere di un'altra persona, in modo tale che, nel campo d'azione coperto dal dovere, l'individuo che ha il diritto è una sorta di sovrano su scala ridotta, al quale

l'adempimento del dovere è dovuto». Quando è titolare di un diritto l'individuo si trova in una «posizione di sovranità in relazione al dovere» (al dovere, cioè, correlativo al diritto medesimo) [Hart 1973a, 183-184].

In altri termini. Chi ha un diritto si trova in una «posizione speciale»: è «aperta», per lui, la scelta «se il dovere corrispondente debba o meno essere adempiuto». È caratteristico della situazione nella quale qualcuno ha un diritto «che l'ordinamento giuridico [*law*] faccia dipendere l'obbligo di adempiere al dovere corrispondente dalla scelta dell'individuo di cui si dice che ha il diritto, o dalla scelta di una persona autorizzata ad agire per suo conto» [Hart 1953, 35]. In questo senso, ciò in virtù di cui un individuo ha un diritto è il fatto che egli disponga di una scelta che viene rispettata dall'ordinamento giuridico («chi ha un diritto ha una scelta rispettata dall'ordinamento giuridico [*law*]»); un «*legal right*» è «una scelta giuridicamente rispettata» [Hart 1973a, 188-189]³⁵.

Questo è, però, solo il nocciolo della teoria hartiana. L'enunciazione che ne è stata appena fornita è frutto di semplificazione, e può risultare fuorviante. È necessario complicare il quadro, introducendo ulteriori elementi: 1) la *choice theory* si contrappone alla *benefit theory*; in particolare, alla versione benthamiana di quest'ultima. 2) Quanto si è appena detto riguarda, in una certa misura, solo una delle diverse nozioni alle quali si fa genericamente riferimento parlando di «diritti», i diritti correlativi a doveri (i «diritti» in senso stretto, o pretese, di Hohfeld). La teoria può però essere generalizzata, sino a ricomprendervi anche le nozioni restanti (libertà, potere). 3) La *choice theory* ha, secondo Hart, due importanti limitazioni. Non è, dunque, una teoria generale dei diritti. Esaminiamo separatamente ciascuno di questi punti.

5.3. *Choice theory e benefit theory*

La formulazione più articolata che Hart abbia fornito della propria analisi della nozione di diritto soggettivo [Hart 1973a] è strettamente, se non inestricabilmente, intrecciata con una serrata discussione critica della teoria

³⁵ La teoria è, cioè, «centred on the notion of a legally respected individual choice» [Hart 1973a, 189].

dei diritti (giuridico-positivi) di J. Bentham. Come adesso vedremo, Hart accoglie, in parte, la teoria benthamiana, ma se ne discosta in alcuni punti cruciali³⁶. La teoria di Bentham appartiene alla famiglia delle cosiddette «*benefit*» (o «*xinterest*») *theories* dei diritti. Hart, a sua volta, presenta la propria analisi come appartenente alla famiglia di teorie tradizionalmente contrapposta alla *benefit theory*, la famiglia delle «*choice*» (o «*will*») *theories*, per l'appunto³⁷.

Cominciamo dalla ricostruzione hartiana della teoria di Bentham. Bentham, chiarisce Hart [1973a, 165-166], distingue anzitutto due tipi di diritti: 1) *liberty-rights*: diritti che risultano dall'assenza di obblighi giuridici³⁸; 2) *rights correlative to obligations*: diritti che risultano da obblighi imposti dal diritto, e sono ad essi correlativi³⁹. La versione benthamiana della *benefit theory* riguarda questa seconda classe di diritti (o meglio, questa seconda accezione di «diritto»). Nella teoria di Bentham (con due eccezioni, qui irrilevanti) «ogni volta che il diritto crea obblighi civili o penali, crea con ciò stesso ciò che Bentham chiama “una prestazione forzata” [“*an enforced service*”] negativa o positiva, a beneficio di altri; e avere un diritto correlativo a un obbligo significa essere la persona o le persone che si vuole siano

³⁶ In ultima istanza, responsabile delle deficienze della teoria di Bentham è, secondo Hart, la versione benthamiana dell'utilitarismo. (Ecco la diagnosi di Hart: «at some important points [Bentham's] utilitarianism gets in the way of his analytical vision» [1973a, 162].)

³⁷ Hart presenta la contrapposizione fra le due famiglie di teorie come un dato tradizionale della cultura giuridica [1973a, 162, 180, 181, 190] (cfr. anche MacCormick [1977, 192]). Nella dogmatica continentale ottocentesca si contrappongono, com'è noto, la teoria del diritto soggettivo come volontà giuridicamente riconosciuta e la teoria del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto (Ihering). Per una buona presentazione dello sfondo storico-culturale della controversia, e delle ragioni che stanno all'origine delle due famiglie di teorie, cfr. Simmonds [1998, 115-145].

³⁸ La base di tali diritti è costituita da leggi *discoercive*, o permissive; leggi siffatte (o il silenzio della legge) «leave the individual who is the right holder free or at liberty to do or not to do some action» (*ibidem*). Hart rifinisce la nozione benthamiana di *liberty-right* [1973a, 167]: 1) diritti di questo tipo hanno, nei casi standard, carattere bilaterale (sono libertà, al contempo, di compiere e di astenersi dal compiere una certa azione); 2) il loro esercizio è generalmente protetto da obblighi giuridici, civili o penali, che precludono alcune forme di interferenza («combination of liberties with a perimeter of protective though not correlative obligation» [*ibidem*, 173]).

³⁹ Si tratta di diritti a «servizi»: azioni o omissioni altrui (il servizio consiste, per l'appunto, nell'adempimento dell'obbligo correlativo [Hart 1973a, 168]). La loro base è costituita da leggi coercitive.

beneficiate dall'adempimento dell'obbligo» (ogni illecito – *offence* –, civile o penale, è, dunque, violazione di un diritto, e, viceversa, non c'è – a parte le due eccezioni cui si è accennato – alcuna legge che non conferisca, a qualcuno, un diritto [Hart 1973a, 168-169])⁴⁰. Il nocciolo della «*benefit theory of rights*» (nella versione di Bentham) è, per l'appunto, «questa identificazione del titolare del diritto facendo riferimento alla persona o persone che si vuole siano beneficiate dall'adempimento dell'obbligo» [*ibidem*, 169]. La *benefit theory* è «l'idea che [con le due eccezioni indicate] tutti gli obblighi, civili o penali, hanno diritti correlativi di cui sono titolari coloro che si vuole siano beneficiati dal loro adempimento» [*ibidem*, 174]⁴¹.

Secondo Bentham, dunque, titolare di un diritto (giuridico) è il beneficiario dell'adempimento di un obbligo – un qualsivoglia obbligo giuridico; a ogni obbligo giuridico (con eccezioni qui irrilevanti) corrisponde un diritto. È su questo punto che Hart attacca Bentham. L'essere beneficiario dell'adempimento di un obbligo non è, sostiene Hart, né condizione sufficiente, né condizione necessaria, dell'averne un diritto (ad esso correlativo) [*ibidem*, 187]⁴².

⁴⁰ Le due eccezioni indicate da Bentham sono 1) i *self-regarding duties*: doveri per il solo beneficio dell'agente; 2) obblighi dai quali nessuno trae beneficio. A parte questi casi, tutti gli obblighi giuridici hanno, nella teoria di Bentham, diritti ad essi correlativi.

⁴¹ Oltre alle due classi di diritti appena introdotte, Bentham distingue anche due tipi di poteri giuridici [Hart 1973a, 169-150]: 1) *powers of contractation* (sussistenti nei casi in cui il diritto permette la manipolazione, il controllo fisico, di cose o corpi); 2) *investive and divestive powers*: qualcuno è «enabled by law to change the legal position of others, or of himself and others», mediante l'esecuzione di atti giuridici («acts in the law»). (Gli atti giuridici sono atti che «manifest certain intentions as to future rights and duties of [one]self and others», e che sono «recognized by the law as having certain consequences»; precisamente, come *divestive* o *investive* di diritti e doveri [*ibidem*, 170]). I primi sono, banalmente, *liberty-rights*, che differiscono da altri *liberty-rights* per due caratteristiche: a) riguardano azioni che incidono fisicamente su cose o corpi; b) hanno carattere esclusivo, o eccezionale [*ibidem*, 169]. Gli *investive and divestive powers* costituiscono, invece, una categoria indipendente. Nel complesso, dunque, Bentham distingue tre tipi fondamentali di «diritti», grosso modo corrispondenti agli hohfeldiani *claim*, *privilege*, e *power* [*ibidem*, 164]: diritti correlativi a obblighi, *liberty-rights*, e poteri (*investive* e *divestive*).

⁴² Un problema preliminare, dal quale è affetta la teoria di Bentham, è se e come sia possibile tracciare una distinzione chiara e univoca fra coloro che possono propriamente essere qualificati come beneficiari dell'adempimento di un certo obbligo (altrui), e in quanto tali titolari di un diritto ad esso correlativo, e chi invece si trovi, in virtù delle circostanze, a trarre accidentalmente un qualsivoglia beneficio dall'adempimento di un

1) *Non è condizione sufficiente*. Se adottassimo la definizione della nozione di diritto (diritto correlativo a un obbligo) proposta dalla *benefit theory*, argomenta Hart, finiremmo per banalizzarlo, rendendolo del tutto superfluo, il concetto di diritto. La *benefit theory* è cioè esposta a un'accusa di ridondanza («l'accusa di ridondanza, o di inutilità per il giurista, di un concetto di diritto correlativo ad un obbligo che sia definito semplicemente in termini di colui che si vuole sia beneficiario dell'obbligo» [Hart 1973a, 182]):

se dire che un individuo ha un tale diritto [*scil.* un diritto correlativo a un obbligo] non significa null'altro che dire che si vuole che egli sia beneficiario di un dovere, allora «un diritto» così inteso sembra essere, nella descrizione dell'ordinamento giuridico [*law*], un termine superfluo, e forse fuorviante; dato che tutto ciò che può essere detto nella terminologia di tali diritti può essere ed è in effetti meglio detto nell'indispensabile terminologia del dovere. Così, la *benefit theory* sembra fare dei diritti nulla più che una formulazione alternativa dei doveri: e però non pare che vi sia nulla di guadagnato in pregnanza o chiarezza se si traduce, ad esempio, l'asserzione che sussiste il dovere giuridico di non uccidere, aggredire o derubare gli altri, con l'asserzione che gli individui hanno il diritto a non essere assassinati, aggrediti o derubati, o dicendo che, quando qualcuno è stato ucciso, è stato violato il suo diritto a non essere ucciso [Hart 1973a, 181-182] (cfr. anche Hart [1973a, 189, 190, 191, 192; 1955, 82]).

Se non vogliamo rendere la nozione di diritto (correlativo a un obbligo) ridondante, e dunque superflua, dobbiamo, chiarisce Hart, costruirla in

obbligo altrui, non potendosi tuttavia considerare titolare di alcun diritto ad esso correlativo. Non è difficile, infatti, immaginare circostanze nelle quali Tizio si trovi a trarre accidentalmente, o indirettamente, un beneficio dall'adempimento, da parte di Caio, di un certo obbligo. Dall'individuazione di un criterio in base al quale tracciare questa distinzione dipende la plausibilità della versione benthamiana della *benefit theory* (cfr. Lyons [1969; 1994a, 7-10]; Hart [1973a, 180-181]; Waldron [1984a, 10]; Simmonds [1986, 135]; Sumner [1987, 40]). Nel testo, tralascio questa complicazione. Le obiezioni di Hart alla *benefit theory*, discusse nelle pagine seguenti, presuppongono che questa difficoltà preliminare possa, in qualche modo, essere risolta (ad es., costruendo la *benefit theory* in maniera tale che sia da considerare titolare di un diritto correlativo a un obbligo non, genericamente, chiunque si trovi a trarre beneficio dall'adempimento di quest'ultimo, ma il suo «*intended beneficiary*»).

maniera tale da tracciare una precisa linea di demarcazione, entro la classe di coloro che si vuole siano beneficiari (*intended beneficiaries*) dell'adempimento di obblighi, fra coloro che possono effettivamente dirsi titolari di un diritto corrispondente, e coloro che, pur beneficiando dell'adempimento dell'obbligo, non hanno alcun diritto ad esso corrispondente. L'elemento che consente di eseguire questa operazione concettuale, riscattando così il vocabolario dei diritti (in particolare, la nozione di diritto correlativo a un obbligo) dal sospetto di ridondanza, è il riferimento alla scelta individuale. Scrive Hart: «l'idea è che ad un individuo sia attribuito dall'ordinamento giuridico [*law*] il controllo esclusivo, più o meno ampio, sul dovere di un'altra persona, in modo tale che, nel campo d'azione coperto del dovere, l'individuo che ha il diritto è una sorta di sovrano su scala ridotta, al quale l'adempimento del dovere è dovuto» [1973a, 183]⁴³. O, in altri termini, «è una caratteristica peculiare di quelle norme giuridiche che attribuiscono diritti (in quanto distinte da quelle che impongono meri obblighi) che l'ordinamento giuridico faccia dipendere l'obbligo di adempiere al dovere corrispondente dalla scelta dell'individuo di cui si dice che ha il diritto, o dalla scelta di una persona autorizzata ad agire per suo conto» [Hart 1953, 35] (e, in relazione a diritti morali [Hart 1955, 82-83]).

Ma in che senso, quando Tizio ha un diritto nei confronti di Caio, il diritto (in senso oggettivo: le regole valide nel sistema giuridico rilevante) conferisce a Tizio un «controllo esclusivo, più o meno esteso» sull'obbligo di Caio (così da fare di Tizio un «sovrano su scala ridotta» rispetto al comportamento di Caio)? In che senso, cioè, quando sussiste un diritto correlativo a un obbligo, il diritto (in senso oggettivo) fa dell'obbligo qualcosa che «dipende» dalla scelta del titolare del diritto? Semplice: quando Tizio ha un diritto correlativo a un obbligo da parte di Caio, Tizio dispone di un potere (giuridico): il potere di estinzione, rinuncia (*waiver*) o *enforcement* dell'obbligo di Caio («[the power] to waive or extinguish or to enforce or leave unenforced another's obligation» [Hart 1973a, 188])⁴⁴. Più precisamente:

⁴³ Che la versione hartiana della *choice theory* sia motivata dall'intento di riscattare il linguaggio dei diritti dall'accusa di ridondanza è sottolineato in MacCormick [1977, 199].

⁴⁴ Già nel 1953, la «elucidation of the expression "a legal right"» proposta da Hart comprende la clausola seguente: «a statement of the form "X has a right" is true if the following conditions are satisfied: a) There is in existence a legal system. b) Under a rule

il grado massimo del controllo ricomprende tre elementi distinguibili: *i*) il titolare del diritto può rinunciare al, o estinguere il dovere, o mantenerlo in esistenza; *ii*) dopo la violazione o la minaccia di violazione del dovere, può farlo valere o meno, agendo in giudizio per il risarcimento o, in certi casi, per un'ingiunzione o un'intimazione a cessare o a non reiterare la violazione del dovere; e *iii*) può rinunciare al, o estinguere l'obbligo di risarcimento generato dalla violazione.

In questo senso, chi ha il diritto si trova in una «posizione di sovranità in relazione al dovere» [Hart 1973a, 183-184]. Vi sono, però, casi di diritti relativamente ai quali «il titolare del diritto disporrà di un controllo di minore ampiezza»; ciò si verifica «se, come nel caso di doveri di fonte legislativa, egli non può dispensare dal, o estinguere il dovere, o se principi di ordine pubblico gli impediscono, anche dopo che sia avvenuta una violazione del dovere, di stipulare un accordo, vincolante, a non agire in giudizio per i danni causati dalla violazione [...]. In questi casi, l'unica scelta che gli è lasciata è se agire in giudizio o meno» [*ibidem*, 183]⁴⁵.

Sussiste un diritto di Tizio correlativo a un obbligo di Caio, dunque, quando Tizio dispone di certi poteri giuridici sull'obbligo di Caio; nei casi centrali, poteri sia di estinzione e di rinuncia, sia di *enforcement*. Vi sono, secondo Hart, molti elementi che rendono plausibile questa proposta di ricostruzione – ridefinizione, o definizione esplicativa – della nozione di diritto (ispirata, come si è detto, dall'intento di riscattare il vocabolario dei diritti dall'accusa di ridondanza): «molti segni della centralità di questi poteri per il concetto di diritto giuridico-positivo [*legal right*]» [*ibidem*, 184]. In primo luogo, i diritti sono generalmente rappresentati come suscettibili di essere esercitati («capable of *exercise*»); e la definizione proposta, a differenza della *benefit theory*, rende conto di questa caratteristica. In secondo luogo,

or rules of the system some other person Y is, in the events which have happened, obliged to do or abstain from some action. *c*) This obligation is made by law dependent on the choice either of X or some other person authorized to act on his behalf so that either Y is bound to do or abstain from some action only if X (or some authorized person) so chooses or alternatively only until X (or such person) chooses otherwise» [1953, 35].

⁴⁵ Sulla «misura del controllo» richiesto affinché sussista un diritto (ossia, sulla natura dell'«enforcement or waiver of right» secondo la *choice theory*) cfr. Kramer [1998a, 62-63] (che segue, essenzialmente, Hart) e, per un'analisi molto articolata, Steiner [1998, 68-73].

parliamo abitualmente della violazione di un obbligo del tipo rilevante (un obbligo correlativo a un diritto) come di un torto «nei confronti» del detentore del diritto («a wrong to him»), o una lesione di «qualcosa che gli era dovuto» («a breach of an obligation owed to him») [*ibidem*, 184]. L'assunto che, quando sussiste un diritto, il detentore del diritto dispone di un certo grado di controllo esclusivo (poteri di estinzione, rinuncia, *enforcement*) sull'obbligo corrispondente, rende ragione di questo modo di esprimersi: rende ragione della rappresentazione dell'adempimento dell'obbligo come di qualcosa che è «dovuto al» titolare del diritto, e del suo mancato adempimento come di un torto «nei suoi confronti». Inoltre, prosegue Hart, parliamo abitualmente dei diritti come di qualcosa che gli individui «hanno», o «possiedono» (di cui alcuni sono «titolari»). Ciò suggerisce che «doveri con diritti correlativi sono una sorta di proprietà normativa del titolare del diritto»; e «questa figura diventa intelligibile con riferimento alla speciale forma di controllo» indicata [*ibidem*, 184-185] (cfr. anche, relativamente a diritti morali, Hart [1955, 82-83]). Questi «segni» mostrano, secondo Hart, che l'operazione concettuale consistente nel ridefinire la nozione di diritto (correlativo a un obbligo) in modo da includervi la nota del controllo, da parte del titolare del diritto, sull'obbligo altrui – o, in altri termini, l'operazione consistente nell'individuare, come elemento centrale del concetto di diritto, l'attribuzione all'individuo della posizione di un «sovrano su scala ridotta» rispetto al comportamento altrui – è atta a rendere conto, illuminandola, della nostra pratica linguistica o, il che è lo stesso, delle nostre intuizioni concettuali.

2) *Non è condizione necessaria*. Hart adduce, a sostegno di questa tesi, un controesempio [1973a, 187] (cfr. anche, relativamente a diritti morali, Hart [1955, 82]). In alcuni ordinamenti, la stipulazione di un contratto a favore di terzi, pur conferendo all'un contraente gli ordinari diritti (poteri di estinzione, rinuncia, *enforcement*) sull'adempimento dell'obbligo da parte dell'altro contraente, non conferisce al terzo, in ipotesi beneficiario dell'adempimento dell'obbligo, alcun diritto. Dunque, l'essere beneficiario – colui che si vuole sia il beneficiario (*intended beneficiary*) – dell'adempimento di un obbligo non è condizione necessaria dell'essere titolare del diritto ad esso correlativo.

La conclusione tratta da Hart è semplice: affinché sussista un diritto

correlativo a un obbligo «non è necessario né sufficiente che la persona che ha il diritto sia il beneficiario dell'obbligo; ciò che è sufficiente e necessario è che egli abbia almeno in una qualche misura il controllo, descritto sopra, sull'obbligo correlativo» [Hart 1973a, 187-188]. Il tipo di controllo in questione è «una caratteristica definitoria dei diritti giuridico-positivi [*legal rights*] correlativi a obblighi» [*ibidem*, 185-186 e 188]). Sono questi i «casi paradigmatici» di diritti correlativi a obblighi.

In estrema sintesi, dunque, la tesi centrale della versione hartiana della *choice theory* è la seguente:

essere titolare di un diritto non significa necessariamente essere nella posizione di *beneficiario* di un dovere altrui, ma significa essere in una posizione di *controllo* sul dovere altrui. X ha un diritto nei confronti di W, stando a questo modo di vedere, solo se *spetta* a X di pretendere l'adempimento del dovere da parte di W o di rinunciarvi – in altri termini, se *spetta* a X determinare, con la propria scelta, come W debba agire al riguardo [Waldron 1987a, 352].

5.4. Pretese, libertà, poteri

Bentham, come abbiamo visto, distingue tre classi di «diritti», corrispondenti, grosso modo, alle categorie hohfeldiane «pretesa», «privilegio» (o «libertà»), «potere». L'analisi della nozione di diritto presentata nel paragrafo precedente (impennata sul riferimento alla disponibilità, da parte del titolare del diritto, di poteri di estinzione, rinuncia o *enforcement* dell'obbligo corrispondente) riguarda solo la prima di queste tre nozioni, diritti correlativi a obblighi. Ma l'analisi sembra generalizzabile, così da ricomprendervi, sia pure modificandola, tutte e tre le classi di diritti. Scrive Hart [1973a, 188]: «in tutti e tre i tipi di diritti è presente l'idea di una libertà bilaterale, e la differenza tra essi sta solo nel tipo di atto che vi è la libertà di compiere». Precisamente: 1) Nel caso dei *liberty-rights* (e, in particolare, dei poteri di manipolazione fisica) l'atto che si è liberi di compiere o no è «un atto naturale» (un atto, cioè, «a cui l'ordinamento giuridico [*law*] non conferisce uno speciale significato o effetto giuridico»). 2) Nel caso dei poteri (poteri

investive e divestive) gli atti rilevanti sono «atti giuridici [*acts-in-the-law*]» (atti «ai quali l'ordinamento giuridico [*law*] riconosce specificamente la capacità di produrre effetti giuridici sul mutamento delle posizioni giuridiche di varie parti, e che riconosce come mezzi appropriati per produrre tale mutamento»). 3) I diritti correlativi a obblighi (le pretese hohfeldiane), infine, costituiscono «un caso speciale di potere giuridico, nel quale il titolare del diritto ha la libertà di rinunciare o estinguere, o di far valere o non far valere [*to enforce or leave unenforced*], un obbligo altrui» [*ibidem*, 188]⁴⁶.

Sembra si possa affermare, dunque, che «in ciascuno di questi tre tipi di casi, chi ha un diritto ha una scelta protetta dall'ordinamento giuridico [*law*]». Vi sarebbe cioè «un unico senso di “diritto”: una scelta giuridicamente rispettata» [*ibidem*, 188-189]. La *choice theory* si configura così come una «teoria generale» dei diritti: una teoria il cui ambito di applicazione è costituito dall'intero ambito dei «diritti», imperniata sulla nozione di una «scelta individuale giuridicamente rispettata» [*ibidem*, 193]. Nella *choice theory*, così intesa, «ogni diritto è un tramite per qualche aspetto dell'auto-determinazione o iniziativa individuale» [Kramer 1998a, 62].

5.5. I limiti della *choice theory*: immunità costituzionalmente riconosciute, bisogni umani fondamentali

La portata della *choice theory* ha però, secondo Hart, due significative limitazioni. Non si tratta, in ultima istanza, di una teoria generale («questa

⁴⁶ Un'analoga proposta di generalizzazione, riferita però esplicitamente alle quattro accezioni di «*right*» distinte da Hohfeld (pretesa, privilegio, potere, immunità), anziché, come accade nel saggio del 1973, alla tricotomia benthamiana, era stata già formulata da Hart nel 1953. Scrive Hart [1953, 35-36 n.]: «the unifying element [*scil.* l'elemento unificatore delle quattro categorie hohfeldiane] seems to be this: in all four cases the law specifically recognizes the *choice* of an individual either negatively by not impeding or obstructing it (liberty and immunity) or affirmatively by giving legal effect to it (claim and power)». Precisamente, i due «casi negativi» sono 1) il caso in cui «there is no law to interfere if the individual chooses to do or abstain from some action» (libertà) e 2) quello in cui «there is no law to interfere if the individual chooses [...] to retain his legal position unchanged» (immunità). I due «casi affermativi» sono invece 3) il caso in cui «law gives legal effect to the choice of an individual that some other person shall do or shall abstain from some action» (pretesa), e 4) il caso in cui «law gives legal effect to the choice of an individual [...] that the legal position of some other person shall be altered».

teoria, centrata sulla nozione di scelta individuale giuridicamente rispettata, non può essere considerata esaustiva di ogni aspetto della nozione di diritto giuridico-positivo [*legal right*]» [Hart 1973a, 189]. La teoria, infatti, non rende conto dell'«uso del linguaggio dei diritti in due contesti principali, nei quali certe libertà e certi benefici sono considerati essenziali per il mantenimento della vita, sicurezza, sviluppo e dignità dell'individuo» [*ibidem*, 189].

1) Il primo contesto è costituito da sistemi a costituzione rigida comprensivi di un *Bill of Rights*, nel quale siano sancite, come diritti fondamentali dei cittadini, particolari immunità nei confronti del legislatore ordinario – immunità che limitano il potere, da parte di quest'ultimo, «di fare (o disfare) norme giuridiche, laddove con ciò si dovessero negare agli individui certe libertà e benefici, considerati oggi come essenziali per il benessere umano» (ad es., libertà di parola e di associazione, libertà dagli arresti arbitrari, diritto alla vita e all'integrità personale, educazione, eguaglianza di trattamento sotto certi aspetti) [*ibidem*, 190-192]⁴⁷.

2) Un secondo contesto nel quale il linguaggio dei diritti si sottrae alla presa della *choice theory* è costituito, afferma Hart [*ibidem*, 192-193; cfr. anche *ibidem*, 186, n. 90], da una «forma peculiare di critica morale del diritto», «impernata sulla considerazione dei bisogni degli individui»; in particolare, il bisogno, da parte degli esseri umani, di «certe libertà, e certe protezioni o benefici, fondamentali». La critica (morale) del diritto «per il suo fallimento nel far fronte a tali bisogni individuali» è perfettamente sensata, e una critica siffatta può benissimo esprimersi nei termini del mancato rispetto, o della mancata garanzia, di diritti.

Per chi adotti questo punto di vista «il nucleo essenziale della nozione di diritto [*a right*] non è costituito né dalla scelta né dal beneficio individua-

⁴⁷ Secondo Hart, né la *benefit theory* né la *choice theory* sono in grado di rendere adeguatamente conto di tali diritti, poiché a tal fine è necessaria la nozione di immunità, estranea (secondo Hart) a entrambe le teorie (i «diritti» in questione sono «immunity-rights», cui corrispondono «disabilities» in capo al legislatore ordinario). Se effettivamente, come afferma Hart, i diritti-immunità ricadano al di fuori dell'ambito di applicazione della *choice theory*, o se non sia invece possibile renderne adeguatamente conto entro i confini di quest'ultima, è questione controversa. Si può, con una certa plausibilità, sostenere che la restrizione hartiana non è giustificata (cfr. in proposito MacCormick [1977, 194-195]; Bayles [1992, 147]; si noti che in precedenza [1953, 35 n.] Hart non aveva manifestato alcuna riluttanza a ricondurre anche la nozione di immunità nell'ambito di applicazione della *choice theory*). Non discuterò qui questo problema.

le, ma da bisogni individuali basilari o fondamentali» [*ibidem*, 193]. O, in altri termini, la nozione di diritto, così intesa, fa direttamente riferimento a (ciò che si giudica essere) «bisogni umani essenziali»; «doveri pubblici di *welfare*» miranti a provvedere a tali bisogni «possono, per questa sola ragione, esser considerati costitutivi di diritti giuridico-positivi [*legal rights*]» [*ibidem*, 186]⁴⁸. Si tratta, precisa Hart, di una nozione di diritto diversa da quella tecnico-giuridica (la nozione con la quale operano, quotidianamente, avvocati, giudici, ecc.), appartenente a una «prospettiva» che non è quella del giurista ordinario, bensì quella del «critico individualista del diritto» [*ibidem*, 193]. Ma, afferma Hart, «il diritto è [...] una cosa troppo importante per lasciarla ai giuristi» [*ibidem*, 192].

La versione hartiana della *choice theory*, dunque, non pretende di essere una teoria generale del vocabolario dei diritti. Hart è esplicito su questo punto:

invece di una teoria generale, analitica ed esplicativa, capace di coprire l'intero campo dei diritti giuridico-positivi [*legal rights*], ho offerto una teoria generale in termini di scelta giuridicamente rispettata che risulta soddisfacente ad un solo livello, il livello del giurista che si occupa del funzionamento del diritto «ordinario». Se però vogliamo dar conto dell'importante uso del linguaggio dei diritti da parte dei costituzionalisti e dei critici individualisti del diritto, saranno necessarie delle integrazioni. Per loro, infatti, il nucleo essenziale della nozione di diritto [*a right*] non è costituito né dalla scelta né dal beneficio individuale, ma da bisogni individuali basilari o fondamentali [*ibidem*, 193]⁴⁹.

⁴⁸ Hart ritiene che molti *welfare rights*, che non sembrano a prima vista ricadere nell'ambito di applicazione della *choice theory*, siano tuttavia esplicabili alla luce della sua idea di fondo (presentino, cioè, significative affinità con i diritti correlativi a obblighi, nella rappresentazione che ne fornisce la *choice theory*), nella misura in cui 1) l'erogazione della prestazione statale che ne costituisce l'oggetto è condizionata alla formulazione di un'espressa richiesta in tal senso da parte del titolare del diritto, richiesta che costui è libero di avanzare o meno; 2) nel caso che la prestazione non sia erogata sono spesso disponibili, per il titolare del diritto, *means of enforcement* della propria pretesa [1973a, 185-186]. Ma ciò, puntualizza Hart, non infirma quanto si è appena detto nel testo: indipendentemente da queste due condizioni, c'è una nozione di diritto il cui nocciolo è la nozione di bisogni umani fondamentali.

⁴⁹ Questa esplicita, duplice limitazione pone un problema: se Hart non abbia in fondo ripudiato, nell'articolo del 1973, la *choice theory*, da lui inizialmente formulata e

5.6. L'elemento comune

Hohfeld, come abbiamo visto (*supra*, par. 4.1), distingue recisamente più accezioni di «*right*» (pretesa, privilegio, potere, immunità). La dissezione hohfeldiana pone un problema: se vi sia un elemento comune a queste diverse accezioni di «*right*», una nozione che unifichi tutti, o gran parte dei, diversi tipi di «diritti».

Hart, come pure abbiamo visto, si avvale della teoria di Hohfeld, rinviando esplicitamente più volte, e comunque utilizzando ampiamente, la dissezione hohfeldiana di «*right*» (cfr. ad es. Hart [1953, 35; 1955, 77, 80-1, 87, 88 n. 14; 1973a, 164, 190, 193]). Ma la sua posizione si differenzia da quella di Hohfeld sotto un aspetto cruciale. Hart va alla ricerca di un elemento comune alle quattro diverse nozioni di «diritto» distinte da Hohfeld: un *quid* che spieghi perché, in tutti e quattro i casi distinti da Hohfeld (o almeno nei primi tre)⁵⁰, si parli abitualmente – in modo sì generico, ma non meramente equivoco, o vuoto – di «diritti». Insomma, un «elemento unificante» [Hart 1953, 35 n.]. Come abbiamo visto, questo elemento unificante è, a giudizio di Hart, «la protezione, il riconoscimento o il rispetto di una scelta individuale»⁵¹.

In altri termini. Hart, a differenza di Hohfeld, giudica di importanza cruciale, ai fini della comprensione dei termini e delle espressioni appartenenti al vocabolario dei diritti, l'individuazione di un elemento comune alle (o meglio, a gran parte delle) diverse nozioni che ne fanno parte. Secondo Hart, cioè, è sia possibile, sia opportuno, a fini teorici, ricondurre a unità le

difesa [1953; 1955]. Che ci si trovi di fronte a un vero e proprio ripudio della *choice theory* da parte di Hart è suggerito da Waldron [1987a, 352; 1988, 95 ss.] (cfr. anche Marmor [1997, 6]). Questa lettura dell'evoluzione della riflessione hartiana in tema di diritti, e della posizione conclusivamente assunta da Hart [1973a], non appare, però, convincente (cfr. Kramer [1998a, 70 n.]), sulla base di considerazioni di filologia hartiana che sarebbe qui inutile, e fuori luogo, dipanare.

⁵⁰ Relativamente al concetto di immunità Hart assume, come si è accennato (*supra*, par. 5.5), una posizione particolare, che non verrà qui discussa.

⁵¹ Cfr. MacCormick [1981, 90] (da cui è desunta l'espressione citata); Bayles [1992, 141, 146-147]. Che l'individuazione di questo «elemento comune» («an individual choice respected by the law») sia uno dei vantaggi della propria versione della *choice theory* è asserito espressamente dallo stesso Hart [1973a, 189].

diverse accezioni di «*right*». L'elemento comune, che consente questa unificazione, è nella teoria di Hart il riferimento alla nozione di scelta (l'attribuzione all'individuo della posizione di un «sovrano su scala ridotta» rispetto al comportamento e alla posizione giuridica propria e altrui). In generale, i «diritti» sono (almeno, nell'ordinario uso tecnico-giuridico) scelte giuridicamente protette.

Si può plausibilmente congetturare che la ricerca di un elemento comune, atto a unificare le diverse nozioni nelle quali Hohfeld aveva disaggregato il termine «*right*» (riscattando così quest'ultimo dal sospetto che esso fosse del tutto privo di significato determinato, per quanto generico), sia stata una delle motivazioni di fondo che hanno ispirato la versione hartiana della *choice theory*. Ma mi preme, qui, sottolineare un altro punto. La ricerca di un elemento comune apre, e delimita, uno spazio concettuale e teorico assente in Hohfeld (salvo, forse, che per un accenno)⁵²: la spiegazione unitaria dei diritti (l'indicazione dell'elemento comune ai diversi usi di «diritto») viene cercata nella loro *ratio*, nella loro ragion d'essere, o nella loro giustificazione. In breve: che «*right*» abbia più significati si spiegherebbe – così da ricondurre a unità tali diversi significati – alla luce della *ratio* dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti (nella fattispecie, il riconoscimento del valore della scelta individuale).

Cerchiamo di chiarire questo punto. Nella versione hartiana della *choice theory*, il riferimento alla nozione di scelta individuale appare come un tratto strutturale, formale, della nozione di diritto (delle posizioni: pretesa, libertà, potere). Si tratta, banalmente, di una clausola definitoria. Tuttavia, la proposta (ri)definitoria avanzata da Hart poggia, a sua volta, su un'idea di fondo, dalla cui plausibilità dipende, negli intenti di Hart, il suo potere

⁵² Hohfeld, incidentalmente, afferma che «diritto» denota, genericamente, «any sort of legal advantage» [1917, 71]. Questo punto è sottolineato da Hart [1973a, 165, 193], secondo il quale questo accenno hohfeldiano genera una «comfortable appearance of generality», dietro la quale però si nasconde «an unilluminating combination or mere juxtaposition of the choice theory together with the benefit theory». Sulla questione (puramente congetturale) se Hohfeld, qualora avesse preso posizione in proposito, si sarebbe schierato dalla parte della *interest theory* o da quella della *will theory*, cfr. Finnis [1980, 202] (che propende per la seconda ipotesi); Kramer [1998a, 61] (pur ritenendo che la teoria di Hohfeld, per sé presa, sia neutrale rispetto all'alternativa, Kramer propende per la prima ipotesi).

esplicativo: l'idea che l'attribuzione di un rango privilegiato alla scelta individuale rispetto alle scelte e ai comportamenti altrui (l'attribuzione all'individuo della posizione di un sovrano su scala ridotta) sia, in generale, il fine, la *ratio*, il senso, il *point*, dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti. L'elemento comune alle diverse accezioni di «diritto» è cioè inteso, da Hart, come l'elemento che giustifica, e spiega (razionalizza), il fatto che si parli, in generale, di diritti, e che siano attribuiti o riconosciuti diritti. In breve: il senso unitario del vocabolario dei diritti. È *perché* si riconosce, o si attribuisce, alla scelta individuale una certa posizione di preminenza (è perché si intende attribuire, o riconoscere, all'individuo la posizione di un sovrano su scala ridotta) che si fa uso, in generale, del vocabolario dei diritti. Il vocabolario dei diritti, considerato nel suo complesso, trae il proprio senso, il proprio *point*, da questo intento. Torneremo fra breve su questo punto (*infra*, par. 6).

6. LA RIVOLTA CONTRO L'ORTODOSSIA

Le teorie di Hohfeld e Hart assumono, negli anni successivi alla Seconda guerra mondiale, lo status di una vera e propria ortodossia. A partire dagli anni '70 si assiste a una rivolta contro questa ortodossia. L'attacco è duplice. Per un verso, viene messa in questione la fecondità dell'approccio hohfeldiano. I critici rigettano la tesi che sia possibile, o opportuno, risolvere i diritti in aggregati di posizioni atomiche fra coppie di individui determinati (pretese, libertà, poteri, immunità). Per altro verso, acquista nuovamente vitalità la controversia fra fautori della *benefit theory* e fautori della *choice theory*. I critici optano, a differenza di Hart, per la prima⁵³.

1) *Contro l'approccio hohfeldiano*. Sin dall'inizio, la teoria di Hohfeld è stata oggetto di discussione e di critica. Ma, almeno nell'ambito della tra-

⁵³ Vi sono, naturalmente, anche altri modi di ribellarsi all'ortodossia. Un caso particolarmente illustre è la sovrana indifferenza manifestata da Dworkin, almeno nei suoi primi lavori [1978a], nei confronti sia dell'esigenza di un'analisi concettuale della nozione di *right*, sia della controversia fra *benefit* e *choice theory* dei diritti. Cfr. in proposito McCormick [1978b, 142 ss.] (Dworkin «fails to take "right" seriously as he would have us take rights»; «clear analysis is [...] a prerequisite of the construction of a worthwhile theory; with respect, I find no sufficiently clear analysis in Dworkin» [*ibidem*, 145]).

dizionale *jurisprudence* analitica, la discussione verteva prevalentemente sugli aspetti formali, strutturali, delle tavole hohfeldiane. I problemi discussi erano, tipicamente, i seguenti: le definizioni hohfeldiane sono coerenti? Quali sono, precisamente, le relazioni logiche che intercorrono fra i diversi elementi delle due tavole? I concetti hohfeldiani sono atti a rendere conto del vocabolario delle posizioni soggettive nella sua interezza? L'*approccio* di Hohfeld (distinzione fra più accezioni di «*right*», determinazione delle relazioni concettuali intercorrenti fra queste diverse nozioni, ecc.; in generale, la pretesa che sia possibile, mediante un insieme appropriato di definizioni stipulative o ridefinizioni esplicative, ridurre il vocabolario dei diritti a un insieme finito di elementi – atomi – precisamente delimitati, e rendere conto di ogni possibile discorso – sensato – in termini di diritti nei termini della combinazione, o dell'aggregazione, di questi elementi, o atomi) non viene, nell'ambito della teoria del diritto analitica, messo in questione. La versione hartiana della *choice theory*, come abbiamo visto, si innesta, sotto questo aspetto, sul tronco hohfeldiano. L'*approccio* di Hart non sembra sostanzialmente dissimile da quello di Hohfeld.

La rivolta contro l'ortodossia investe, anzitutto, l'*approccio* hohfeldiano (e, entro certi limiti, hartiano). Il discorso in termini di diritti non è una questione di aggregazione di elementi, o atomi: non è una combinatoria. Secondo Hohfeld, come abbiamo visto, i diritti sono «riducibili senza residui a relazioni atomiche (appartenenti all'uno o all'altro dei quattro tipi) tra coppie di individui specificati; o [...] a insiemi di tali relazioni» [MacCormick 1977, 206]. Questa tesi va, secondo i critici, rigettata. Paradigmatico, in questo senso, un argomento di N. MacCormick.

Supponiamo, scrive MacCormick [1977, 206; cfr. anche 1982a, 348-349], che una legge conferisca espressamente, a una classe di individui, un certo diritto. Questo diritto implicherà (*entail*), per ciascuno degli individui appartenenti alla classe rilevante, in ciascun momento (che ricada nel periodo di validità della legge), «un ampio insieme di relazioni atomiche hohfeldiane con altri individui». «Ma – argomenta MacCormick – sebbene tali relazioni atomiche hohfeldiane siano derivabili dall'esistenza del diritto [conferito dalla legge], non è vero l'inverso». Il legislatore può stabilire «quella miriade di relazioni atomiche stabilendo il diritto»; ma «non può stabilire il secondo stabilendo la prima». Certamente, il legislatore potrebbe

stabilire un intero insieme di tali relazioni «atomiche»; ma «nessun particolare insieme sarebbe equivalente al diritto effettivamente stabilito, che, a seconda delle circostanze che di fatto si verificano, si traduce in un insieme variabile di pretese, poteri, ecc.». Dunque, «non tutti i diritti sono o istanze delle categorie hohfeldiane semplici, o riducibili senza residui a loro aggregati» [MacCormick 1982a, 349].

Un diritto, dunque, non è, argomentano i critici, una posizione hohfeldiana, o un aggregato di tali posizioni⁵⁴. È, piuttosto, qualcosa che sta alle spalle – sullo sfondo, o alla radice – di insiemi, mutevoli, di posizioni hohfeldiane, e che non si identifica con nessuno di tali insiemi, né con la loro somma. Che cosa? Lo vedremo fra breve (*infra*, par. 8).

2) *Contro la choice theory*. La versione hartiana della *choice theory*, come abbiamo visto (*supra*, par. 5.3, 5.4), si innesta, anche sotto il profilo metodologico, sul tronco della teoria di Hohfeld. Tuttavia, come pure abbiamo visto (*supra*, par. 5.6), c'è, fra la teoria di Hart e quella di Hohfeld, una significativa differenza. Hart, a differenza di Hohfeld, giudica cruciale, ai fini della comprensione e della delucidazione del vocabolario dei diritti, l'individuazione di un elemento comune alle diverse nozioni che ne fanno parte. Secondo Hart, cioè, è possibile ricondurre a unità le diverse accezioni di «(a) right». Come si ricorderà, l'elemento comune, che consente questa riunificazione, è, nella teoria di Hart, il riferimento alla scelta individuale: i diritti (nell'uso tecnico-giuridico corrente) sono scelte giuridicamente protette.

Nella teoria di Hart, il riferimento alla scelta individuale appare come un tratto strutturale, formale, della nozione di diritto: una clausola definitoria. Tuttavia, come si è mostrato (*supra*, par. 5.6), gli argomenti di Hart suggeriscono che l'attribuzione di una posizione di preminenza alla scelta individuale (l'attribuzione all'individuo della posizione di un sovrano su scala ridotta) sia da intendere, in generale, come il fine, la *ratio*, il senso, il *point*, dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti. L'elemento comune alle diverse accezioni di «diritto» è ciò che giustifica, e spiega (razionalizza), il fatto che si parli, in generale, di diritti, e che siano attribuiti o riconosciuti

⁵⁴ L'obiezione è formulata, prima che da MacCormick, in Raz [1970, 179-180], che a sua volta rinvia a Honoré [1960].

diritti. Se si fa uso del vocabolario dei diritti è perché si intende riconoscere, o attribuire, alla scelta individuale una certa posizione di preminenza (è perché si intende attribuire o riconoscere, all'individuo, la posizione di un sovrano su scala ridotta). È questo l'elemento unitario dal quale il vocabolario dei diritti, considerato nel suo complesso, trae il proprio senso, il proprio *point*.

Se interpretata in questa chiave, però, la teoria di Hart appare esposta a un'obiezione. Se andiamo alla ricerca di un elemento comune alle diverse e variegate attribuzioni di diritti in contesti giuridici – se, in generale, ci chiediamo quale sia il *point* del vocabolario dei diritti nel suo complesso – non pare che un simile elemento comune, atto a giustificare, in ogni caso, l'attribuzione o il riconoscimento di diritti, possa essere individuato nel riferimento alla preminenza della scelta individuale. In generale, sembra si possa affermare, l'attribuzione o il riconoscimento di diritti trovano la loro giustificazione, e la loro spiegazione (il loro *rationale*), nell'attribuzione o nel riconoscimento di un certo peso, di una certa importanza, a *interessi* degli individui (a cose, cioè, che sono ritenute essere beni per gli individui in questione). Certamente, la preminenza della propria scelta rispetto a scelte e comportamenti altrui (l'acquisizione della posizione di un sovrano su scala ridotta) può costituire uno di tali interessi (è spesso, per gli individui, un bene). Ma, per l'appunto, soltanto *uno* degli interessi che gli individui possono avere. In termini generali, la *ratio* dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti è il peso, l'importanza, di un interesse.

Non solo. Se la spiegazione unitaria dei diritti, il loro elemento comune, viene ricercata nella loro *ratio*, o nella loro giustificazione, si apre la strada a un ulteriore sviluppo (taluni direbbero slittamento) teorico: la possibilità di intendere il diritto medesimo come *ratio*, ragione giustificativa, dell'attribuzione o del riconoscimento di pretese, privilegi, poteri, immunità, doveri, ecc. La possibilità, cioè, di concepire e rappresentare i diritti come ragioni dell'attribuzione o del riconoscimento di posizioni soggettive determinate. Dalla combinazione di questi due elementi – 1) individuazione dell'elemento comune, atto a giustificare il riconoscimento o l'attribuzione di diritti, non più nel valore della scelta individuale, ma nella particolare importanza di certi interessi, e 2) caratterizzazione dei diritti come ragioni atte a giustificare l'attribuzione o il riconoscimento di posizioni soggettive particolari

– emergeranno, come vedremo fra breve, i lineamenti di una nuova ortodossia.

Vediamo dunque in che modo queste due linee di attacco contro l'ortodossia hartiano-hohfeldiana sono state sviluppate. Inizieremo dalla seconda.

7. DOPO HART (I): L'ABBANDONO DELLA CHOICE THEORY

Nel 1987, J. Waldron scrive che la *choice theory* «non è una teoria dei diritti molto diffusa» [Waldron 1987a, 353; cfr. anche 1993a, 11]. L'abbandono della *choice theory* passa attraverso alcune tappe cruciali. La prima è costituita dalla pubblicazione, alla metà degli anni '70, di due articoli di MacCormick [1976; 1977]⁵⁵.

I due articoli di MacCormick, che in gran parte si sovrappongono, contengono: 1) alcune obiezioni contro la teoria hartiana dei diritti, e in generale contro ogni variante della *choice* (o *will*) *theory*; 2) argomenti a sostegno di una particolare versione della *benefit*, o *interest*, *theory*; 3) i lineamenti di una concezione dinamica dei diritti. Ci occuperemo in questo paragrafo dei primi due aspetti della posizione di MacCormick; il terzo sarà discusso nel prossimo paragrafo.

La versione di MacCormick della *interest theory* si riassume in una semplice tesi: «la caratteristica essenziale delle regole che attribuiscono diritti è che esse hanno come fine specifico la protezione o la promozione di interessi o beni individuali» [1977, 192] («la famiglia dei diritti copre tutti i casi di protezione morale o giuridica di interessi o beni individuali» [MacCormick 1981, 90]).

L'obiezione addotta da MacCormick contro la *choice theory* è altrettanto semplice. Vi sono, sostiene MacCormick, controesempi alla teoria; vi sono, cioè, diritti i cui titolari non hanno i poteri di controllo sugli obblighi altrui (poteri di rinuncia o *enforcement* degli obblighi correlativi) che la *choice theory* assume essere elemento costitutivo di ogni diritto soggettivo.

1) Argomenta MacCormick [1976, 305, 313]: i bambini hanno diritti; dunque, l'adeguatezza di una teoria dei diritti si misura (anche) sulla sua ca-

⁵⁵ Non mancano, ovviamente, i precursori. Un posto di rilievo occupa la difesa della *benefit theory* benthamiana da parte di Lyons [1969].

pacità di rendere conto della possibilità che i bambini abbiano diritti (della sensatezza, cioè, dell'attribuzione, o del riconoscimento, di diritti dei bambini). In breve, i diritti dei bambini sono un *test case* per le teorie dei diritti. La *choice theory*, però, non è in grado di rendere conto della possibilità che i bambini abbiano diritti (della sensatezza dell'attribuzione, o del riconoscimento, di diritti dei bambini): non soddisfa il test. Dunque, la teoria è da respingere.

In particolare: i bambini hanno diritto a nutrimento e assistenza («un'asserzione banale e difficilmente contestabile» [*ibidem*, 305]). Questo diritto non può essere catturato nei termini della *choice theory*: se, come sostiene la *choice theory*, un diritto (pretesa) implica un potere di rinuncia o *enforcement* sull'obbligo correlativo, l'attribuzione a bambini di un diritto a nutrimento e assistenza sarà un errore categoriale («un bambino non può, né di fatto, né per la morale, né per il diritto, sollevare i suoi genitori dagli obblighi che, in questi ambiti, essi hanno nei suoi confronti» [*ibidem*, 307]). In breve: «o rinunciamo ad ascrivere ai bambini il diritto a nutrimento e assistenza, o abbandoniamo la *will theory*». Ma i bambini hanno diritto a nutrimento e assistenza; dunque, la *choice theory* deve essere abbandonata [*ibidem*, 309].

La replica standard a questo argomento, da parte dei sostenitori della *choice theory*, consiste nel puntualizzare che è sufficiente, affinché sussista un diritto da parte di B nei confronti di A, che «o B o qualche altra persona C che agisca per conto di B abbia i poteri rilevanti sul dovere di A verso B» [*ibidem*, 307, corsivo mio] (cfr. ad es. [Hart 1973a, 184, n. 86, e 185, n. 88]). La replica è però, in questo caso, inutilizzabile. È quanto meno concepibile (moralmente o giuridicamente) che il diritto dei bambini a nutrimento e assistenza non sia soggetto ad alcuna possibilità di estinzione o rinuncia, né da parte dei bambini medesimi, né da parte dei loro rappresentanti o tutori, chiunque essi siano [MacCormick 1976, 307]⁵⁶.

2) Controesempi di questo tipo non riguardano soltanto l'ipotesi di diritti attribuiti o riconosciuti a soggetti incapaci di agire, ad es., perché minorenni. Può accadere che certi soggetti, dotati di piena capacità di agire,

⁵⁶ L'ipotesi che il potere in questione appartenga a pubblici funzionari è anch'essa da scartare [MacCormick 1976, 307-308].

abbiano un certo diritto (che ad essi sia riconosciuto o attribuito il diritto in questione), e che essi tuttavia non dispongano di alcun potere di rinuncia o *enforcement* dell'obbligo, o degli obblighi, correlativi. Così, ad es., può accadere che certe materie (condizioni di sicurezza sul posto di lavoro, durata massima della giornata lavorativa, ecc.) siano sottratte alla contrattazione fra lavoratori dipendenti e datori di lavoro, senza che ciò implichi che i primi non abbiano i diritti rilevanti (diritto a un ambiente di lavoro sicuro, ecc.) [MacCormick 1977, 196-197].

3) Non solo: in casi siffatti si ritiene comunemente che la non attribuzione, al titolare del diritto, del potere di rinuncia o *enforcement* rilevante abbia precisamente lo scopo di rafforzare, incrementare, la protezione, o la garanzia, del diritto medesimo. Di fronte a casi di questo tipo, di contro, la *choice theory* finisce per incorrere in un «paradosso»: la teoria «sembra rescindere la possibilità di fare ricorso al linguaggio dei diritti quando si arriva ad un punto predeterminato nella scala della protezione che l'ordinamento giuridico può attribuire agli interessi umani». Infatti: ogni volta che la protezione viene rafforzata, mediante la sottrazione, alla parte interessata, del potere di rinuncia o *enforcement* dell'obbligo correlativo, non sussiste più, secondo la *choice theory*, alcun diritto: «col rafforzarsi della protezione, il diritto scompare» (così, secondo la teoria, «più sono inalienabili, meno sono diritti»). Ciò è del tutto controintuitivo [*ibidem*, 196-199].

4) Supponiamo che queste obiezioni contro la *choice theory* possano considerarsi decisive. L'abbandono della *choice theory*, sulla base di queste ragioni, sembra condannare il vocabolario dei diritti alla futilità. Che differenza può mai esservi fra il dire che i bambini hanno diritto a nutrimento e assistenza, e il dire che i genitori (o altri soggetti, sotto certe condizioni) hanno l'obbligo di nutrirli e assisterli? Il vocabolario dei diritti non si rivela forse irrimediabilmente ridondante rispetto al vocabolario dei doveri? (Come si ricorderà – *supra*, par. 5.3 – l'intento di riscattare il vocabolario dei diritti dal sospetto di ridondanza è una delle più importanti motivazioni della versione hartiana della *choice theory*).

No, risponde MacCormick: «c'è una differenza significativa tra l'asserzione che ogni bambino deve essere assistito, nutrito e, se possibile, amato, e l'asserzione che ogni bambino ha diritto ad assistenza, nutrimento e amore» [1976, 309]. La differenza attiene al tipo di ragioni, o di giustificazioni,

che le due affermazioni sottendono; o, in altri termini, al tipo di asserti che possono intelligibilmente essere adottati come ragioni a sostegno dell'una o dell'altra conclusione. «Vi sono asserti che potrebbero intelligibilmente essere adottati come giustificazione della prima affermazione, ma non della seconda» [*ibidem*, 309]⁵⁷. In particolare: argomenti secondo i quali «certi esseri devono essere trattati in un certo modo in vista del raggiungimento di un fine ulteriore, diverso dal loro benessere» (e, in particolare, argomenti secondo i quali «il loro benessere è un mezzo adeguato in vista di un fine ulteriore») sono «necessariamente inadeguati ai fini della giustificazione dell'attribuzione, a tali esseri, di un diritto al trattamento in questione» («I tacchini hanno diritto ad essere ben nutriti, in vista del cenone natalizio»; «I bambini hanno diritto a essere nutriti e assistiti affinché non diventino un peso per il contribuente» [*ibidem*, 310]). Di contro, una giustificazione intelligibile del riconoscimento o dell'attribuzione di un diritto al trattamento T agli individui appartenenti a una classe C richiede che si faccia appello a un bisogno, un interesse, un desiderio dei membri di C (in generale, al loro benessere, o a ciò che si ritiene costituisca un bene per loro), che si assuma che T è tale da soddisfare, proteggere, o promuovere il bisogno, l'interesse, ecc., in questione, e, infine, che si giudichi il soddisfacimento, la protezione, ecc. di tale bisogno, interesse, ecc. di importanza tale da rendere sbagliato (*wrong*) che T sia negato o sottratto ai membri di C, quali che siano i vantaggi che potrebbero derivarne [*ibidem*, 310]⁵⁸. Ecco, dunque, la tesi centrale della (versione di MacCormick della) *interest theory*:

1) *Diritti morali*: «ascrivere a tutti i membri di una classe C il diritto al trattamento T significa presupporre che T sia, in circostanze normali, un

⁵⁷ Ad es., un fautore della modesta proposta swiftiana potrebbe argomentare: «I bambini devono essere nutriti e assistiti, perché in questo modo cresceranno floridi e ben pasciuti, atti a sopperire alle esigenze alimentari della nazione». Un altro esempio: «Una società sana ha bisogno di bambini sani e ben nutriti, che diventeranno adulti soddisfatti e ben integrati, in grado di contribuire al prodotto interno lordo senza gravare sui servizi di *welfare* o sul sistema carcerario» (gli esempi sono tratti da MacCormick [1976, 309-310]). Entrambe queste affermazioni potrebbero intelligibilmente essere adottate a sostegno della conclusione che i bambini devono essere nutriti e assistiti, ma non a sostegno dell'affermazione che essi abbiano diritto a nutrimento e assistenza.

⁵⁸ Cfr. MacCormick [1977-78, 217]: in generale, un «justificatory argument» per un principio che attribuisca un diritto «must be in terms of identifying “goods” for individuals, in whose enjoyment they ought to be secured».

bene per ogni membro di C, e che T sia un bene così importante che sarebbe sbagliato (*wrong*) negarlo o rifiutarlo a qualsiasi membro di C».

2) *Diritti giuridici*: «quando l'ordinamento giuridico attribuisce a tutti i membri di C il diritto a T, il senso di questa attribuzione sta nella promozione, da parte dell'ordinamento giuridico, degli interessi di ogni membro di C, nel presupposto che T sia un bene per ogni membro di C, e l'ordinamento giuridico rende con ciò giuridicamente scorretto (*wrongful*) negare T a qualsiasi membro di C» [*ibidem*, 311; 1977, 204].

Dunque, le due affermazioni: «I bambini hanno diritto a nutrimento e assistenza», e «I bambini devono essere nutriti e assistiti» non sono affatto equivalenti. Non solo: la prima «può essere addotta come un particolare tipo di giustificazione della seconda, ma non (in assenza di elementi ulteriori) viceversa» [1976, 312]: «è proprio *perché* i bambini hanno diritto ad assistenza e nutrimento che i genitori hanno il dovere di assisterli» [*ibidem*, 313] (torneremo su questa implicazione nel prossimo paragrafo). I diritti sono, in generale, «beni che devono essere assicurati agli individui» [MacCormick 1978, 145]⁵⁹.

Sono questi, dunque, i lineamenti della versione di MacCormick della *interest theory*. Due osservazioni.

1) In Hart, come si è visto (*supra*, par. 5.6), l'elaborazione e la difesa della *choice theory* poggiano, congiuntamente, su due ordini di considerazioni: considerazioni di carattere analitico-concettuale (formale, strutturale) e considerazioni attinenti al «senso» – il *point*, la ragione d'essere – dei diritti. Sotto questo aspetto, la teoria di Hart segna, rispetto all'approccio hohfeldiano, una svolta: da un approccio esclusivamente analitico-concettuale, al tentativo di fornire un'analisi del concetto di *right* sulla base di considera-

⁵⁹ Cfr. anche MacCormick [1978, 143]: «rights always and necessarily concern human goods, that is, concern what it is, at least in normal circumstances, good for a person to have. When positive laws establish rights, for example expressly by legislation, what they do is secure individuals (or members of a particular defined set of individuals) in the enjoyment of some good or other»; MacCormick [*ibidem*, 144]: «I do hold that there are goods which ought to be secured to individuals, goods which it is wrong to withhold from or deny to any individual. To such goods I would say that people have rights, and accordingly I would further say that their having such rights is a good justifying reason for certain duties which I would assert to be incumbent on individuals in their conduct towards others and on the state in its conduct towards individuals»; MacCormick [1982a, 346]: «securing goods to individuals» è «the very gist of "rights" as such».

zioni attinenti alla (possibile) giustificazione dei diritti, al tipo di ragioni che stanno, o è possibile che stiano, alla base dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti.

La *interest theory*, nella versione di MacCormick, non fa che proseguire, e generalizzare, questo approccio. Ciò che sta a fondamento dell'alternativa fra le definizioni della nozione di diritto proposte, rispettivamente, dalla *choice* e dalla *interest theory* è un giudizio intorno al tipo di ragioni cui facciamo riferimento, alle quali ci appelliamo, quando attribuiamo o riconosciamo diritti (nell'un caso, il *point* del ricorso al vocabolario dei diritti è costituito dall'attribuzione di una posizione di «sovranità su scala ridotta» alla volontà, la scelta, individuale; nell'altro caso, genericamente, dall'appello ad aspetti del benessere, a interessi, degli individui, che si ritengono essere di particolare importanza). La controversia fra *choice theory* e *interest theory* è dunque, in realtà, una controversia in merito alle possibili giustificazioni dei diritti (a ciò che può sensatamente essere addotto come una ragione dell'attribuzione, o del riconoscimento, di un diritto). Ed è precisamente i questi termini che essa, dopo Hart, viene apertamente formulata⁶⁰.

⁶⁰ Così, ad es., MacCormick [1977, 192] scrive: «the “will theory” [...] asserts that an individual's having a right of some kind depends upon the legal (or, *mutatis mutandis*, moral) recognition of his will, his choice, as being preminent over that of others in relation to a given subject matter and within a given relationship»; «the “interest theory” [...] contends that what is essential to the constitution of a right is the legal (or moral) protection or promotion of one person's interests as against some other person or the world at large, by the imposition on the latter of duties, disabilities, or liabilities in respect of the party favoured». Questo conflitto teorico, prosegue MacCormick, si riflette sulla risposta da dare alla domanda: «what are the general characteristics of those legal rules which confer rights upon individuals – as distinct from imposing duties, granting powers, or whatever?» [*ibidem*, 189]. In particolare, «are these to be conceived primarily in terms of giving a special status to the choice of one individual over others in relation to a given subject matter, or primarily in terms of the protection of the interests of individuals against possible forms of intrusion (or the advancement in other ways of individual's interests)?» [*ibidem*, 192]. Per fare un altro esempio, secondo Finnis [1980, 203-205] il problema di fondo è «what, if any, is the underlying principle, unifying the various types of relationships that are reasonably said to concern “rights”? Or, more crudely: Is there some general explanation of what it is to have a right?». Le «principal and competing answers» a questa domanda sono: 1) la «benefit theory», secondo cui «rights of all forms are [...] *benefits* secured for persons by rules regulating the relationships between those persons and other persons subject to those rules». 2) La «choice theory», secondo cui «the point and unifying characteristic of rules which entail or create rights [“the point of rights”] is that such rules specifically recognize and respect a person's *choice*, either

O, in altri termini, la controversia fra difensori della *choice theory* e difensori della *benefit theory* attiene alla «*explanation of rights*» [MacCormick 1977, 192], dove il termine «*explanation*» fa riferimento, congiuntamente e inscindibilmente, alla delucidazione della struttura dei diritti (la definizione del concetto di diritto in senso soggettivo) e all'individuazione del loro scopo, senso, o *point*. Le due teorie aspirano a mettere in luce aspetti strutturali (formali, concettuali, logici in senso lato) del vocabolario dei diritti. Ma guardano anzitutto alla giustificazione, la *ratio*, dell'attribuzione, o riconoscimento, di diritti⁶¹.

Si può forse, da questa circostanza, trarre la conclusione che le due teorie siano, in ultima istanza, motivate da ragioni di ordine ideologico; e che, sotto la veste di argomentazioni di carattere concettuale, esse mirino ad accreditare conclusioni morali sostanziali (conclusioni di moralità politica, di critica morale del diritto, o di politica del diritto). Le ridefinizioni (definizioni esplicative) della nozione di diritto da esse proposte sarebbero, in breve, definizioni persuasive⁶². Comunque la si pensi su questo punto, non v'è dubbio che l'elaborazione, da parte di Hart, della *choice theory*, e l'abbandono di quest'ultima in favore della *interest theory*, costituiscono una significativa tappa intermedia sulla via di un profondo mutamento di prospettiva: dalla *jurisprudence* analitica tradizionale, caratterizzata da austere indagini concettuali, o formali, a un tipo di teoria del diritto che coniuga (o, se si vuole, mescola indebitamente) analisi concettuale e indagini normative su questioni sostanziali.

2) Un aspetto significativo della contrapposizione fra *choice theory* e

negatively by not impeding or obstructing it (liberty and immunity) or affirmatively by giving legal or moral effect to it (claim-rights and power)».

⁶¹ Ciò è confermato dalla circostanza che l'idea di fondo della *interest theory* assume un'aura di ovvietà, se espressamente formulata nei termini di una tesi sostanziale sulla giustificazione (morale) dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti. Così, ad es., argomenta Scanlon [1977, 138]: «in attacking utilitarianism one is inclined to appeal to individual rights, which mere considerations of social utility cannot justify us in overriding. But rights themselves need to be justified somehow, and how other than by appeal to the human interests their recognition promotes and protects? This seems to be the incontrovertible insight of the classical utilitarians».

⁶² Cfr. su questo punto, relativamente alla *choice theory*, e in chiave critica nei suoi confronti, Kramer [1998a, 75 ss.]; relativamente alla controversia nel suo complesso, Simmonds [1998].

interest theory consiste nella circostanza che la prima è una teoria monista, la seconda una teoria pluralista.

Stando alla *choice theory*, il senso – il *point*, o la *ratio* – dell'attribuzione o del riconoscimento di diritti è uno e uno solo: il riconoscimento e la protezione della libertà individuale⁶³. La *interest theory*, di contro, lascia aperta la possibilità che la giustificazione di diritti diversi, o di insiemi diversi di diritti, poggi su valori (beni, o interessi) diversi. Valori fra i quali, naturalmente, può figurare, e in una prospettiva liberale dovrà figurare, l'interesse alla libertà, o a certe sfere o forme di libertà⁶⁴. Non tutti i diritti appaiono giustificabili sulle stesse basi. Ma tutti sono giustificabili sullo stesso *tipo* di basi: interessi, o beni, per gli individui⁶⁵.

8. DOPO HART (II): LA CONCEZIONE DINAMICA

Nella *jurisprudence* della seconda metà del Novecento l'abbandono della *choice theory*, e l'adozione della *interest theory*, non sono che un passo, sia pure di importanza cruciale, sulla via dell'abbandono di un complesso di assunti condivisi dalle teorie dei diritti di stampo hohfeldiano (in parte, anche da quella di Hart), e dell'elaborazione di una diversa concezione dei

⁶³ Così Waldron [1987a, 366] riassume «Hart's original view» (la posizione, cioè, assunta da Hart [1955], a proposito dei diritti morali): «the whole point of human rights is to protect individual freedom».

⁶⁴ In altri termini: dalla prospettiva della *interest theory*, i diritti che, per la *choice theory*, costituiscono il caso paradigmatico, o esclusivo, di diritto soggettivo (le posizioni soggettive, cioè, che soddisfano le condizioni fissate dalla *choice theory* affinché sussista un diritto) non sono che un caso particolare, una sottoclasse, della classe dei diritti in generale (precisamente, la sottoclasse identificata dalla protezione di un particolare tipo di interesse: l'interesse individuale all'esercizio di una scelta entro un certo ambito di attività, o all'acquisizione della posizione di un «sovrano su scala ridotta»). Cfr. MacCormick [1976, 314-315; 1977, 207-208]; Scanlon [1977, 139, 145, 147, 148, 149]; Waldron [1984, 12]; Sumner [1987, 47, 96, 98]; Marmor [1997, 5].

⁶⁵ Cfr. su questo punto Waldron [1987a, 366-367]: per la *choice theory*, tutti i diritti sono «justifiable on the same basis» (la protezione della libertà individuale). Ma, prosegue Waldron, «it is hard nowadays to find any merit in the claim that all rights must in the end derive from the same justification. Individual rights exist when the interests of some person, taken by themselves, justify the imposition of duties on others. There may be many such justifications – that is, many different ways and bases on which this sort of importance may be attributed to individual interest».

diritti, che chiamerò (ma l'etichetta, come vedremo, non è del tutto originale) «concezione dinamica» dei diritti. Le tesi distintive della concezione dinamica dei diritti sono, in estrema sintesi, le seguenti: 1) un diritto non è (non necessariamente) una relazione elementare fra una coppia di individui determinati; 2) non è neppure un aggregato di simili relazioni; 3) v'è, effettivamente, un elemento comune alle diverse cose che chiamiamo «diritti»; 4) non necessariamente v'è correlatività fra diritti e doveri; piuttosto 5) un diritto è, tipicamente, una ragione per l'imposizione o il riconoscimento di un dovere (o di doveri, o in generale di ulteriori posizioni normative: soggezioni, incapacità, poteri, ecc.) ad esso riconducibili. Il diritto è, cioè, un criterio di individuazione, e un principio di giustificazione, di doveri, o ulteriori posizioni soggettive; è questo, precisamente, l'elemento unificatore del vocabolario dei diritti. Dunque 6) i diritti stanno in una relazione di priorità (concettuale, logica, assiologica, e talvolta cronologica) rispetto ai doveri – o, in generale, alle posizioni normative soggettive – da essi giustificati o giustificabili.

Cerchiamo di dipanare questo complesso di idee, precisandone il senso. Come abbiamo visto (*supra*, par. 4.2) la teoria hohfeldiana è imperniata sulla tesi della correlatività di diritti (pretese) e doveri. Questo assunto sembra implicare, come si è mostrato, una conclusione⁶⁶: il vocabolario dei diritti (o, quanto meno, la prima tetrade hohfeldiana) è riducibile, senza residui, al vocabolario delle modalità deontiche di base; i diritti (hohfeldiani) non sono nulla di più che il riflesso di obblighi altrui⁶⁷. Molti dei teorici dei diritti post-hartiani hanno effettivamente tratto, in modo più o meno esplicito, questa conclusione. Ma – questo un primo passo cruciale – l'hanno rivolta contro lo stesso Hohfeld, e le analisi di stampo hohfeldiano in genere, facendone la base per un'obiezione nei suoi confronti. In che modo? Semplice:

⁶⁶ Se esso implichi effettivamente questa conclusione, è questione che non tratterò qui (argomenta negativamente Kramer [1998a, 26-27]).

⁶⁷ Che nella teoria di Hohfeld i diritti (almeno, i diritti-pretesa) non siano nulla di più che epifenomeni di doveri (che il vocabolario dei diritti risulti essere ridondante rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base) è stato più volte sostenuto, o comunque suggerito, da critici di Hohfeld (cfr. ad es. MacCormick [1977, 199, 200]; Waldron [1988, 68]). Si tratta di una riformulazione dell'obiezione di ridondanza, mossa da Hart (*supra*, par. 5.3) contro la *benefit theory* benthamiana.

secondo l'analisi hohfeldiana – argomentano i critici – i diritti non sono che il riflesso di obblighi: il vocabolario dei diritti è, rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base, ridondante. Dunque, *se* i diritti hanno una loro peculiarità irriducibile (se la nozione di *right* esprime qualcosa di più del mero riflesso di obblighi altrui, se il vocabolario dei diritti ha potenza espressiva superiore rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base), allora l'analisi di Hohfeld sarà da respingere. In breve: la teoria hohfeldiana banalizza i diritti, facendone un mero epifenomeno di doveri; se i diritti non sono un mero epifenomeno di doveri, la teoria di Hohfeld dovrà considerarsi erronea.

Ma i diritti sono, effettivamente, qualcosa di diverso, e di più, che il riflesso di doveri? Ossia, è possibile salvare il vocabolario dei diritti dall'accusa di ridondanza rispetto al vocabolario delle modalità deontiche di base? (Solo a questa condizione, si badi bene, si potrà considerare come una manchevolezza della teoria hohfeldiana la circostanza che, in essa, i diritti siano il riflesso di doveri – tanto quanto, del resto, i doveri sono il riflesso di diritti.) È a questo punto che soccorre la (asserita) superiorità della *interest theory* sulla *choice theory* (ed è questo un secondo passo cruciale). La *choice theory* – argomentano i critici di Hart (*supra*, par. 7) – deve essere abbandonata in favore della *interest theory*. La superiorità di quest'ultima risiede, essenzialmente, nella sua capacità di rendere conto, in modo affatto generale, della *ratio* del riconoscimento, o dell'attribuzione, di diritti (di rendere cioè conto, in generale, delle ragioni che stanno alla base del riconoscimento, o dell'attribuzione, di diritti): quando riconosciamo, o attribuiamo, un diritto, lo facciamo perché riconosciamo, o attribuiamo, a un certo interesse (qualcosa che si assume essere un bene per certi individui) una particolare importanza, un particolare peso. (L'interesse in questione può, beninteso, essere l'interesse all'esercizio di una scelta relativamente a un certo ambito di attività; la configurazione di un diritto come una scelta protetta non è, secondo la *interest theory*, che un caso particolare; *supra*, par. 7). Ebbene: qual è la peculiarità di questo riconoscimento, o attribuzione, di importanza? In altri termini: in che senso, precisamente, quando riconosciamo, o attribuiamo, un diritto, riconosciamo, o attribuiamo, a un certo interesse (un certo bene), una *particolare* importanza, un *particolare* peso? La risposta a questa domanda, cruciale ai fini della costruzione della concezione dina-

mica, è la seguente: quando riconosciamo, o attribuiamo, un diritto, riconosciamo, o attribuiamo, una particolare importanza, un particolare peso, a un certo interesse, *nel senso che* consideriamo l'interesse in questione come una *ragione* sufficiente, a parità di condizioni, ai fini dell'imposizione o del riconoscimento di doveri. In breve: asserire che Tizio ha un diritto equivale ad asserire che un interesse di Tizio ha un'importanza tale da giustificare, a parità di condizioni, l'imposizione, ad altri individui, di obblighi. Un diritto è, dunque, una ragione atta a giustificare obblighi. Il diritto di Tizio, o degli X, è la ragione che giustifica obblighi altrui.

La tesi appena formulata è il nocciolo della concezione dinamica⁶⁸. La tesi può, ovviamente, essere generalizzata, così da includere, nel novero di ciò che un diritto è atto a giustificare, ogni altro insieme di posizioni hohfeldiane: quando riconosciamo, o attribuiamo, un diritto, riconosciamo, o attribuiamo, a un certo interesse un'importanza tale da giustificare l'attribuzione (ad altri, o all'individuo cui il diritto viene riconosciuto o attribuito) di obblighi, ma anche di non-diritti, soggezioni, *disabilities*, pretese, libertà, poteri (l'intero ventaglio delle posizioni hohfeldiane).

Esaminiamo le principali implicazioni di quanto appena detto.

1) Non v'è, contrariamente all'assunto hohfeldiano, correlatività (equivalenza, implicazione reciproca) fra diritti (pretese) e doveri. Un diritto non è, dunque, il mero riflesso di un dovere. La relazione fra diritti e doveri è sbilanciata, asimmetrica: un diritto è la ragione che giustifica un dovere (più doveri, soggezioni, *disabilities*, ecc.). Asserire che Tizio ha un diritto nei confronti di Caio è, dunque, qualcosa di diverso, e di più, dell'asserire che Caio ha un dovere nei confronti di Tizio: è indicare la ragione per la quale

⁶⁸ Formulazione canonica e sviluppo sistematico della tesi si devono soprattutto a Raz [1984; 1986, cap. 7]. La tesi è avanzata anche nei lavori di MacCormick [1976, 308, 309, 312, 313; 1977, 188, 201; 1977-78, 223; 1978, 144; 1982a, 344]. Cfr. inoltre Feinberg [1970, 26]; Dworkin [1978a, 171]; Sumner [1987, 51-52]; Waldron [1988, 79-87]; Marmor [1997, 3]. La tesi centrale della concezione dinamica (un diritto è ciò che giustifica insieme di posizioni hohfeldiane, conferendo ad essi un senso unitario, un *point*) presenta una certa affinità con la distinzione tracciata da Wellman [1978] fra il «nocciolo (*core*)» e la «periferia (*periphery*)» di un diritto; rispettivamente, una certa posizione hohfeldiana, e l'insieme delle ulteriori posizioni hohfeldiane finalizzate alla sua protezione, o promozione. Il nocciolo, così inteso, è ciò che conferisce unità e coerenza – un senso unitario, un *point* – al complesso di posizioni hohfeldiane nel quale il diritto consiste.

Caio è soggetto a tale obbligo. Il riconoscimento, o l'attribuzione, del diritto spiega, giustifica, il riconoscimento, o l'attribuzione, dell'obbligo⁶⁹.

In questo senso sussiste, fra diritto e obblighi (e altre posizioni hohfeldiane), una relazione di priorità concettuale (logica), e assiologica. Ridotto all'osso, l'argomento è questo: i diritti sono le ragioni atte a giustificare doveri (è *perché* abbiamo diritti, che altri hanno doveri); dunque, diritti e doveri non sono – almeno, non in generale, e non necessariamente – correlativi (non vale la tesi della correlatività; *a fortiori*, i diritti non sono il mero riflesso, l'epifenomeno, di doveri): i diritti sono concettualmente anteriori rispetto ai doveri. (L'abbandono della tesi della correlatività è, stando a questo modo di argomentare, condizione necessaria della possibilità di considerare i diritti come ragioni atte a giustificare obblighi⁷⁰.)

2) Un diritto non è una relazione hohfeldiana, né è un aggregato di relazioni hohfeldiane. È, piuttosto, ciò che giustifica il riconoscimento, o l'attribuzione, di insiemi di posizioni hohfeldiane. È per questa ragione che (si ricordi l'argomento di MacCormick, *supra*, par. 6), sebbene insiemi di relazioni hohfeldiane siano derivabili dal riconoscimento, o dall'attribuzione, di un diritto, non vale l'inverso. Il diritto è, piuttosto, ciò che sta alle spalle – ciò che sta *alla base*, a fondamento – di (insiemi di) posizioni hohfeldiane. Non è, dunque, riducibile a nessuno di tali insiemi, né alla loro somma.

3) C'è, contrariamente a quanto suggerito dalla dissezione hohfeldiana (*supra*, par. 5.6), un elemento comune ai molteplici «diritti» che, di volta in

⁶⁹ La tesi della correlatività (mutua implicitazione, o equivalenza) di diritti e doveri è sempre stata uno degli aspetti più discussi della teoria di Hohfeld (cfr. ad es. Lyons [1970]; per un ampio elenco di riferimenti cfr. Kramer [1998a, 25 n.]).

⁷⁰ Cfr. ad es. Dworkin [1978a, 171]; MacCormick [1976, 312]; Raz [1984, 269; 1986, 171]; Waldron [1984a, 12; 1988, 69-70, 83-84]; Marmor [1997, 3]; e, dubitativamente, Mackie [1978, 169-170, 180]. (A questo modo di argomentare si lega l'idea che l'abbandono della tesi della correlatività sia condizione necessaria della possibilità di distinguere fra teorie etico-politiche *right-based* e teorie etico-politiche *duty-based*.) Per una replica, assai efficace, a questa linea di argomentazione cfr. Kramer [1998a, 38-40]. Occorre distinguere, argomenta Kramer, fra equivalenza logica (correlatività) e «fuoco della giustificazione»: la priorità nella giustificazione («priorità giustificativa») non si identifica con, né implica, alcuna priorità logica, ed è pienamente compatibile con l'equivalenza logica (implicitazione reciproca) («a justificational focus does not imply an analytical or existential priority» [Kramer 1998a, 60]). Cfr. anche Bobbio [1963, 443-444; 1988, 432-433; 1999, 55-56].

volta, riconosciamo, o attribuiamo⁷¹. È vero: facendo uso del vocabolario dei diritti facciamo riferimento, di volta in volta, a costellazioni diverse di posizioni soggettive di tipo diverso: pretese, poteri, ecc. Ma, in tutti questi casi, facciamo riferimento, in ultima istanza, a un unico tipo di elemento: un interesse, giudicato di importanza tale da giustificare il riconoscimento, o l'attribuzione, di tali posizioni. Ciò che i diversi usi di «diritto» hanno in comune è l'indicazione di una ragione per il riconoscimento, o l'attribuzione, di (insiemi di) posizioni soggettive (obblighi, pretese, ecc.).

4) Che cosa vuol dire, precisamente, che i diritti sono ragioni – la ragione del riconoscimento, o dell'attribuzione, di obblighi, soggezioni, ecc.? Vuol dire, banalmente, che un diritto è ciò che giustifica (un principio di giustificazione di) obblighi, ecc. Ma: *quali* obblighi, soggezioni, ecc.? Semplice: è proprio il riconoscimento, o l'attribuzione, del diritto che, in congiunzione con ulteriori premesse, fornisce una risposta a questa domanda: *quali* obblighi, soggezioni, ecc. derivino, in particolari circostanze, da un certo diritto, è cosa che dipende dal diritto stesso. Un diritto, in quanto principio di giustificazione di posizioni soggettive (obblighi, soggezioni, ecc.), è anche il criterio di identificazione di queste posizioni.

Non solo: poiché la risposta alla domanda su quali posizioni soggettive siano giustificate da un certo diritto dipende, oltre che da quale sia il diritto in questione, da ulteriori circostanze, è possibile che dallo stesso diritto siano derivabili, in circostanze diverse, insiemi diversi di posizioni soggettive; che, cioè, un unico e medesimo diritto costituisca, in dipendenza dal variare delle circostanze, il criterio di identificazione, e il principio di giustificazione, di insiemi mutevoli di obblighi, soggezioni, ecc. In questo senso, i diritti hanno un «aspetto dinamico» [Raz 1984, 269; 1986, 171, 185] (cfr. anche Waldron [1988, 85]; Sumner [1987, 52]; Marmor [1997, 3]): può accadere, e abitualmente accade, che lo stesso diritto (il riconoscimento, o l'attribuzione, di un unico e medesimo diritto) giustifichi, in momenti diversi, costellazioni diverse di posizioni hohfeldiane. Il diritto, di per sé, non si identifica né con una di tali costellazioni, né con il loro insieme. È, piuttosto, l'elemento che, di volta in volta, rende ragione della loro configurazione, e del loro avvicinarsi.

⁷¹ Cfr. ad es. MacCormick [1982a, 337, 346, 348, 349] («the concept of “right” does have a basic unity»); Raz [1986, 167]; si veda in proposito Simmonds [1998, 149-150].

Queste considerazioni corroborano la conclusione secondo cui, fra diritto e obblighi (e altre posizioni hohfeldiane), sussiste una relazione di priorità concettuale (logica), e assiologica⁷². Non solo: come abbiamo appena visto, può accadere che la priorità in questione abbia anche carattere cronologico⁷³.

5) Da quanto detto sinora segue che «possiamo attribuire a qualcuno un diritto anche se non siamo ancora in grado di specificare in cosa il diritto debba sostanziarsi, e di conseguenza anche se non siamo ancora in grado di specificare nei confronti di chi si ha il diritto» [Kramer 1998a, 45]. Possiamo sensatamente affermare che certi individui hanno diritto a una certa cosa, senza che sia determinato qual è, in concreto, «il modo giusto, o il modo migliore di darvi [*scil.* al diritto in questione] effetto». Si può, ad esempio, sensatamente ritenere che ogni bambino ha un diritto all'educazione, senza avere alcuna idea chiara riguardo a chi abbia, o debba avere, l'obbligo, e chi il potere, di fornire tale educazione, o che cosa possa costituire un'educazione soddisfacente. Può ben accadere che più individui, che condividono l'assunto che i bambini hanno un diritto all'educazione, si-

⁷² Illustra in modo esemplare la concatenazione fra i diversi tratti della concezione dinamica (negazione della tesi della correlatività, tesi della priorità concettuale dei diritti sui doveri, e così via) l'argomento che segue, addotto da MacCormick [1977-78]. Il diritto a non subire danno da altri è, scrive MacCormick, «a right to which there is, morally speaking, no perfectly correlative duty» (un dovere morale di avere, nei propri atti, «reasonable care» sarebbe infatti assurdo, inintelligibile: la nozione di *reasonable care* non è tarata su condizioni soggettive particolari). Ma ciò non ha nulla di scandaloso, o paradossale: assumere che debba di necessità esservi correlatività fra diritti e doveri è «unfounded dogmatism» (è, piuttosto, il *remedial right* al risarcimento che, dal canto suo, è «exactly correlative» alla *obligation of reparation*) [*ibidem*, 219, 222]. È vero: in contesti giuridici si parla abitualmente di un «duty of care». Si tratta però di un «dovere oggettivo» (il che, dal punto di vista morale, è «un'evidente assurdità»), che «is nothing other than an exact correlative of the right» (il diritto a non subire danno da altri) [*ibidem*, 222 e 230]. Sia sotto il profilo della giustificazione, sia sotto quello della funzione, il diritto a non subire danno è anteriore rispetto al dovere: nei casi in questione (responsabilità per colpa) «the justifying aim of the law is not the repression of misconduct but the protection of a right». Insomma: «in any justification of this branch of the law [il *Law of Torts*], it is evident that we must start from the right, not from the duty [...] which is by itself unintelligible» [*ibidem*, 223]; è il diritto che ci «consente di identificare» il dovere [*ibidem*, 230].

⁷³ Uno dei più noti argomenti a sostegno della tesi della (possibile) priorità, sia logica sia cronologica, dei diritti rispetto ai doveri ad essi «correlativi» (da essi, cioè, derivabili), addotto da MacCormick, è imperniato su un esempio tratto dal diritto successorio scozzese [1976, 312-313; 1977, 200-201]. L'argomento è criticato in Simmonds [1986, 134-135] e Kramer [1998a, 27-29].

ano in disaccordo sulla risposta da dare a questi interrogativi [MacCormick 1976, 313] (cfr. anche Feinberg [1966, 139-40]; Waldron [1984, 10; 1988, 69]; Raz 1986, 284]).

I diritti, dunque, non sono, contrariamente a quanto implicato dall'analisi hohfeldiana, relazioni atomiche (o aggregati di tali relazioni) fra coppie di individui determinati. Può accadere che Tizio abbia un diritto, e che non sia determinato chi è soggetto a un obbligo ad esso corrispondente⁷⁴.

Giunti alla conclusione del nostro itinerario, dunque, abbiamo finito per operare una conversione a 180 gradi. Per Hohfeld, come abbiamo visto (*supra*, par. 4.2), che diritto e dovere siano correlativi, è un assioma (è precisamente sulla base di tale correlatività, presupposta come ovvia, che Hohfeld delimita, rispetto all'uso di «diritto» in senso ampio, la nozione di diritto in senso stretto). La concezione dinamica, di contro, tiene sì fermo l'assunto che vi sia un nesso concettuale fra diritto e dovere, ma, al contempo, lascia aperta la possibilità che sussista un diritto in assenza di un dovere corrispondente: un diritto è la ragione atta a giustificare (sotto ulteriori condizioni) il riconoscimento o l'imposizione di un obbligo; non necessariamente, dato un diritto, è con ciò stesso determinato se vi sia un obbligo ad esso corrispondente (da esso giustificato), o quale esso sia (né, dunque, chi vi sia soggetto). La risposta a questo ulteriore interrogativo dipende da elementi ulteriori, e può accadere che, pur essendo dato il diritto, non sia con ciò stesso determinato alcun obbligo corrispondente. Un diritto, per così dire, genera, nel corso del tempo (logico, o reale), obblighi, e altre posizioni hohfeldiane, restando però qualcosa di diverso, e originario, rispetto ai suoi frutti.

Abbiamo visto (*supra*, par. 4.2) in che senso la concezione dei diritti hohfeldiana possa dirsi «statica»: sono regole giuridiche, in ipotesi preesistenti e predeterminate, a determinare, in modo universale e astratto, che tipo di fatto abbia come conseguenza il venire ad esistenza, l'estinzione, o il

⁷⁴ La concezione dinamica, dunque, lascia aperta la possibilità di diritti nei confronti di «tutti» (tutti gli appartenenti a una certa classe), cui non corrispondono doveri determinati (doveri perfetti) in capo a individui determinati (ciascuno degli appartenenti alla classe) [Waldron 1993a, 14-17]. Già Becker [1977, 9, 11] aveva sostenuto che la tassonomia di Hohfeld è incompleta, e che deve essere integrata da un'ulteriore classe di diritti, i *recipient rights*: diritti che «ha[ve] some of the stringency of a claim right (the right holder is "owed" or "entitled" to something) but for which no corresponding duty-bearers can be specified» [*ibidem*, 14].

mutamento, di relazioni giuridiche di un certo tipo. Nella concezione dinamica, il fatto che individui di un certo tipo abbiano un certo diritto costituisce una ragione per l'attribuzione o il riconoscimento di certi doveri (o altre posizioni normative soggettive) a individui di un certo tipo. Che individui che soddisfano certe condizioni abbiano un certo diritto vuol dire che certi loro interessi costituiscono una ragione che giustifica l'imposizione, ad altri individui, di certi obblighi (o in generale l'attribuzione di certe posizioni normative soggettive a individui di un certo tipo). Quali insiemi di posizioni soggettive il diritto giustifichi dipende da circostanze ulteriori. Non solo: può darsi il caso che tali insiemi non siano, dato il diritto, determinati (può accadere che sussista il diritto, e non sussistano posizioni ad esso «correlative»). Si potrebbe forse dire⁷⁵: quali siano gli obblighi (o le posizioni normative soggettive) giustificati dal diritto, e a quale tipo di individui essi siano da attribuire, non è predeterminato da regole date, assunte come persistenti. Al contrario, l'attribuzione o il riconoscimento del diritto giustifica, in concomitanza con altre considerazioni, le regole che riconnettono, al soddisfacimento delle condizioni in questione, la conseguenza consistente nel venire ad esistenza delle posizioni soggettive rilevanti. (Laddove, di contro, nella teoria di Hohfeld il prodursi di fatti operativi non costituisce affatto una giustificazione della regola che ad essi riconnette il venire ad esistenza, l'estinguersi, o il mutare di una relazione giuridica.) In ciò, la concezione in esame si rivela essere, in contrapposizione a quella hohfeldiana, «dinamica».

Si è mostrato quali siano i diversi aspetti della concezione dinamica dei diritti, e in che modo essi siano reciprocamente connessi. Si è visto, inoltre, per quali vie la concezione dinamica sia emersa dalla rivolta contro l'ortodossia hartiano-hohfeldiana – concezioni, queste, che possono, per contrapposizione, essere denominate «statiche». La concezione dinamica ha assunto, negli ultimi quindici anni del Novecento, lo status di una nuova ortodossia. Vi sono stati, però, sia pur sporadici segnali di rivolta⁷⁶.

⁷⁵ Non si esprimono in questi termini, però, né Raz, né MacCormick, né Waldron. Al contrario, sia Raz [1970, 179-80] sia MacCormick [1977] sottolineano la dipendenza dei diritti da regole che li conferiscono.

⁷⁶ L'attacco più violento che sia stato sferrato contro la nuova ortodossia è rappresentato, probabilmente, dai saggi raccolti in Kramer, Simmonds e Steiner [1998]. Per quanto diverse le une dalle altre, le posizioni di Kramer, Simmonds e Steiner hanno un

Questione ulteriore è se la concezione dinamica sia da accettare. Non tratterò direttamente questo problema⁷⁷, ma, come vedremo nel prosieguo di questo capitolo e nei capitoli seguenti, la concezione dinamica appare particolarmente idonea, in virtù dei suoi tratti peculiari, a dare conto dell'assetto dei diritti fondamentali nello stato costituzionale.

Concludo con due osservazioni.

1) Secondo la concezione dinamica, se sussista un certo diritto, dotato di un certo contenuto, o quali implicazioni abbia un certo diritto (quali costellazioni di posizioni soggettive esso ricomprenda), dipende, tipicamente, da nessi di giustificazione, nei quali svolgono un ruolo premesse ulteriori, di ogni genere⁷⁸. Per stabilire se sussiste un diritto, o in che cosa consista un diritto, dunque, occorrerà, tipicamente, costruire o vagliare nessi giustificativi (argomenti sostanziali). Chi adotti la concezione dinamica tenderà

tratto in comune: l'adesione alla teoria di Hohfeld, e il suo uso come un'arma contro la nuova ortodossia (cfr. Kramer [1998b, 2, 5]). Come abbiamo visto, il rigetto degli assunti hohfeldiani di base è il perno della concezione dinamica.

⁷⁷ Un'ovvia obiezione contro la concezione dinamica (obiezione formulata e sviluppata in Kramer [1998a, 44-48]) consiste nel sostenere che essa confonde, o tende a confondere, diritti e interessi (tende a fare confusione «fra interessi e la protezione di interessi», «fra interessi e *entitlements*»). Occorre distinguere, argomenta Kramer, fra veri e propri diritti («*definite entitlements*»), da un lato, e «*inchoate entitlements*» (interessi che si ritiene siano meritevoli di protezione, o si auspica siano protetti), d'altro lato. La concezione dinamica intende i diritti come «*grounds of duties*», ai quali non corrispondono (non necessariamente) doveri determinati in capo a soggetti determinati. Ma simili «*grounds of duties*» non sono, obietta Kramer, veri e propri diritti, diritti definiti (relazioni che proteggono un interesse); sono, piuttosto, «*inchoate entitlements*» (interessi dei quali si assume che siano meritevoli di protezione, o si auspica che siano protetti). Per dirla con Bentham, i «diritti» della concezione dinamica stanno ai diritti veri e propri (hohfeldiani) nella stessa relazione nella quale la fame sta con il pane. La questione se la concezione dinamica dei diritti sia effettivamente esposta a questa obiezione è, a sua volta, strettamente connessa alla questione se si possa propriamente parlare di diritti morali. Come si è accennato (*supra*, par. 3) la concezione dinamica è solidale con l'ammissione di questa possibilità, e anzi con l'attribuzione di un primato concettuale e teorico ai diritti morali rispetto ai diritti giuridico-positivi. In effetti, è ai diritti morali che la concezione dinamica sembra potersi applicare in modo paradigmatico, così come è contro l'idea di diritti morali, o naturali, che l'obiezione benthamiana – «La fame non è pane» – è, anzitutto, rivolta. Per una versione contemporanea della tesi che i diritti morali siano solo esigenze («*exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral») cfr. Bulygin [1987, 624].

⁷⁸ Ciò vale, beninteso, anche relativamente a diritti giuridico-positivi; cfr. Raz [1984, 258-269].

a proporre o valutare, quanto alla loro cogenza o ragionevolezza, ipotesi di giustificazione di certi diritti (o insiemi di diritti), o delle loro implicazioni. La concezione dinamica è, sotto questo aspetto, solidale con un profondo mutamento quanto al fuoco privilegiato dell'indagine in tema di diritti, e all'approccio teorico praticato (mutamento cui si è già accennato *supra*, parr. 3, 7): dal perseguimento di indagini di carattere analitico-concettuale al perseguimento di indagini su questioni sostanziali, affrontate da un punto di vista normativo. Questo mutamento di prospettiva esorbita dall'ambito della *jurisprudence* strettamente intesa, al quale si è limitata la nostra ricognizione, e investe tutta la letteratura anglosassone recente in tema di diritti. Ma l'affermazione della concezione dinamica dei diritti nella *jurisprudence* contemporanea è, per l'appunto, con esso solidale: è da esso favorita, e, al contempo, lo favorisce.

2) Come abbiamo visto, nella *jurisprudence* anglosassone del Novecento l'elaborazione della concezione dinamica dei diritti è di fatto congiunta all'abbandono della (versione hartiana della) *choice theory*, e all'adesione alla *interest theory*. Si può però sostenere, con una certa plausibilità, che questa connessione sia contingente; che, cioè, non necessariamente una concezione dinamica dei diritti debba coniugarsi con la (e tanto meno derivare dalla) adesione alla *interest theory* [Sumner 1987, 52]⁷⁹. In particolare, si può plausibilmente sostenere che l'analisi hohfeldiana sia, rispetto alla contrapposizione fra *interest theory* e *will theory*, neutrale⁸⁰, e che siano ipotizzabili sia versioni hohfeldiane, sia versioni non-hohfeldiane, di entrambi i tipi di teoria.

Sarebbe dunque possibile costruire una quadripartizione del campo delle teorie dei diritti, utilizzando come parametri queste due distinzioni: adesione *vs.* rifiuto dell'analisi di Hohfeld; *will theory vs. interest theory*. Otterremmo così le seguenti famiglie di teorie: 1) *interest theories* non hohfeldiane; 2) *will theories* non hohfeldiane; 3) *interest theories* hohfeldiane; 4) *will theories* hohfeldiane. Il primo campo può considerarsi occupato dalle

⁷⁹ Sumner elabora una versione della *choice theory* che condivide gli assunti di fondo della concezione dinamica, e argomenta espressamente che entrambe le teorie – sia la *choice theory*, sia la *benefit theory* – possono essere costruite in maniera tale da rendere conto dell'«aspetto dinamico» dei diritti [1987, 39 ss., 51-53, 96 ss.].

⁸⁰ Così ad es. sostiene Kramer [1998a, 61, 64-66; 1998b, 3, 5].

versioni ottocentesche della *interest theory*, e dalla nuova ortodossia (MacCormick, Raz, Waldron, Marmor). Il secondo campo può forse considerarsi occupato dalle versioni tradizionali (kantiane) della *will theory*; e, in una certa misura, da quella di Hart (cfr. in proposito Simmonds [1998]), nonché dalla teoria di Sumner. I neo-hohfeldiani (critici della nuova ortodossia), infine, ambiscono a occupare il terzo [Kramer 1998a] o il quarto campo [Simmonds 1998; Steiner 1998].

9. DIRITTI SOCIALI

La concezione dinamica dei diritti (in particolare, la versione contemporanea della *interest theory*), ho suggerito (*supra*, par 3), è solidale con l'intento di garantire un solido fondamento teorico al riconoscimento dei diritti sociali, su un piano di parità rispetto ai diritti di libertà. Da questo punto di vista, la concezione dinamica si contrappone recisamente a un complesso di idee abbastanza diffuso – chiamerò questo complesso di idee la visione «puristica» dei diritti – secondo il quale sono diritti, in senso stretto o proprio, solo i tradizionali diritti di libertà (diritti cosiddetti «di prima generazione») ⁸¹. Solo impropriamente, o metaforicamente, o in modo (intollerabilmente) vago, o equivoco, o generico, o addirittura vuoto, si potrebbero qualificare come «diritti» i cosiddetti diritti sociali (diritti «di seconda generazione»). (Il punto può, ovviamente, essere riformulato nei termini dell'opportunità o meno di particolari scelte ridefinitorie, o stipulative; la sostanza non cambia.) Il discorso in termini di «diritti» sociali avrebbe, in realtà, carattere ideologico. La qualificazione delle pretese rilevanti come «diritti» sarebbe, in ultima istanza, mistificatoria, e si fonderebbe, consapevolmente o meno, su una confusione concettuale, e sul perseguimento di obiettivi politici.

Non solo: questo (infelice) modo di esprimersi ha come conseguenza – così argomentano i fautori della visione puristica – una sorta di annacquamento, o depotenziamento, del senso, e della *vis* argomentativa, dell'appello

⁸¹ La visione puristica attiene, beninteso, alla sfera dei diritti «fondamentali»: diritti che sono, o che dovrebbero essere, sanciti a livello costituzionale, o da dichiarazioni dei diritti. Non implica, ad es., che i diritti di credito non siano «veri» diritti.

a diritti; ovvero, la trasformazione del linguaggio dei diritti in una sorta di lingua franca nella quale può trovare espressione, indifferentemente, qualsiasi pretesa o rivendicazione⁸². Tutte le pretese e tutti gli interessi, indiscriminatamente, diventano diritti, o tendono a diventarlo; la valuta dei diritti è inflazionata, perde il proprio potere di acquisto (cfr. ad es. Sumner [1987, 8-9, 15, 163]; Waldron [1988, 63]; Lyons [1994a, 6]), e «diritto» diviene, in ultima istanza, una parola vuota. L'uso del termine «diritto» non è ormai nulla di più che l'espressione di una certa (spesso petulante) insistenza, cui non si accompagna alcuna seria argomentazione; rivendicazioni in termini di diritti («è un mio diritto!») nascondono un vuoto di ragioni. Insomma: ci si appella ai diritti quando si vuole qualcosa, ma non si è in grado di addurre alcuna ragione per la quale la si dovrebbe ottenere⁸³.

Agli occhi dei puristi, dunque, i cosiddetti «diritti» sociali suscitano una profonda diffidenza. Meglio sarebbe non parlare affatto, a proposito delle prestazioni cui con tale espressione si allude, di «diritti». I diritti di libertà sono eterogenei, e prioritari, rispetto ai «diritti» sociali; questi ultimi sono tali, in ultima istanza, solo per omonimia.

Ebbene: la concezione dinamica – in particolare, la versione dinamica della *interest theory* – implica, o comunque è solidale con, il rigetto della visione puristica. Vediamo perché.

⁸² Cfr. Waldron [1987b, 2] («even from a liberal standpoint, the worst that can happen is that we start taking rights for granted in moral and political discussion. Few of us want the language of rights to degenerate into a sort of *lingua franca* in which moral and political values of all or any kinds may be expressed. To take rights seriously means to be aware of what is distinctive and controversial about a claim of right» [Waldron 1988, 91]).

⁸³ Questo tipo di obiezione nei confronti del vocabolario dei diritti, o delle rivendicazioni in termini di diritti, ha alle spalle una lunga tradizione, ed è illustrato in modo paradigmatico dai feroci commenti benthamiani alla *Déclaration* del 1789-1791 [Bentham 1796]. Va però ricordato, e sottolineato, che l'atteggiamento critico di Bentham nei confronti dei diritti è, per così dire, ecumenico: *tutti* i diritti, primi fra tutti i diritti di libertà (se concepiti come diritti naturali, indipendenti e prioritari rispetto al diritto positivo, o in generale come diritti «moral») sono bersaglio degli strali benthamiani. La concezione puristica è, invece, imperniata sul presunto contrasto fra diritti di libertà (diritti «veri e propri») e «diritti» sociali (tali solo per omonimia, ecc.), e si accompagna spesso, anche se non sempre, e non necessariamente, ad appassionate difese dei diritti (di libertà) degli individui, inviolabili e imprescrittibili, contro il Moloch statale. Diritti come, per fare un esempio a caso, il diritto di proprietà, rappresentato come un che di definito e determinato indipendentemente dalla, e anteriormente alla, tassazione.

1) *Interest theory e diritti sociali*. Come abbiamo visto, la concezione dinamica si afferma congiuntamente all'abbandono della *choice theory*, e all'adozione della *interest theory*. Che la *interest theory* dei diritti si presti in modo affatto naturale alla sua utilizzazione in vista del riconoscimento paritetico, accanto ai tradizionali diritti di libertà, di diritti sociali, è cosa abbastanza ovvia. Per chi adotti la *choice theory*, è difficile trovare ragioni a sostegno della conclusione che bisogni e interessi umani basilari costituiscano, come tali, la base di diritti⁸⁴. Se, invece, si adotta la *interest theory* – se, cioè, si assume che vi sia un diritto ovunque vi sia un interesse (un bene) che deve essere protetto, o soddisfatto (un interesse sufficientemente importante da giustificare obblighi altrui) – la possibilità di qualificare ciò che costituisce l'oggetto di bisogni o interessi umani fondamentali come, per ciò stesso, oggetto di altrettanti diritti non presenta alcuna difficoltà concettuale. In questa prospettiva, i diritti di libertà si configurano come una classe particolare di diritti, paritetici e coordinati rispetto ad altri. Allo stesso modo in cui lo sono la vita e le condizioni materiali necessarie per un'esistenza dignitosa, anche la libertà, o alcune libertà, sono beni che devono essere assicurati agli individui (sono interessi che devono essere protetti)⁸⁵.

Già Hart, come si ricorderà (*supra*, par. 5.5), ammette come pienamente legittimo un uso di «diritto» in riferimento all'ipotesi che «essential human needs» siano reputati, dalla prospettiva di una critica morale del diritto, meritevoli di soddisfacimento [1973a, 187, n. 90, 192-193]. Sotto questo aspetto, il passo, oltre Hart, compiuto da MacCormick, Raz e Waldron

⁸⁴ Sull'incompatibilità fra la *choice theory* e il riconoscimento (della possibilità) di (alcuni) diritti sociali cfr. Waldron [1981, 79-80]; sulla compatibilità di principio fra *interest theory* e diritti sociali cfr. Waldron [1984, 11-12].

⁸⁵ Questa linea di argomentazione è ben illustrata, ad es., da un argomento addotto da MacCormick [1978]. Afferma MacCormick: la libertà è un diritto, poiché è un bene che deve essere assicurato agli individui [1978, 147] (MacCormick fa qui leva, ovviamente, sulla propria versione della *interest theory*; *supra*, par. 7). Ma, prosegue, «there are rights which compete with the right to liberty, especially those concerning fair shares in economic goods» (anche la vita e i mezzi necessari a un'esistenza dignitosa sono, infatti, beni che devono essere assicurati agli individui) [MacCormick 1978, 148]. Insomma: «in constructing a fair legal and social order we inevitably find that there are goods other than the liberties of individuals which compete for recognition» [*ibidem*, 149]; questi beni possono costituire la base di altrettanti diritti. Cfr., per ulteriori esempi di questa linea di argomentazione, MacCormick [1976, 314-315; 1977, 207-208]; Waldron [1993a, 11-12].

consiste nella generalizzazione di questa nozione di diritto, secondo Hart appartenente a un punto di vista specifico e parziale (il punto di vista del critico morale del diritto) distinto da quello tecnico-giuridico⁸⁶, così da farne la nozione basilare (la nozione generica di diritto), e ricomprendere sotto di essa, come un caso particolare, anche i diritti dei quali la *choice theory* sembra rendere compiutamente conto (pretese congiunte a poteri di rinuncia o *enforcement*; *supra*, par. 5.3).

2) La tesi secondo cui i diritti di libertà sono eterogenei, e prioritari, rispetto ai cosiddetti «diritti» sociali (la visione puristica) si presenta, tradizionalmente, in varie forme. Una di esse è la contrapposizione fra diritti di libertà e diritti sociali in ragione del loro carattere di diritti meramente «negativi» o, viceversa, «positivi». Stando a questo modo di vedere, in breve, i diritti di libertà sarebbero diritti «negativi», ossia: diritti a omissioni (non-interferenza); i diritti economico-sociali sarebbero invece diritti «positivi», ossia: diritti a prestazioni positive (da parte dei poteri pubblici). Ebbene: la concezione dinamica dei diritti mette in questione questa contrapposizione.

Secondo Waldron [1987a, 343] «l'affermazione secondo cui i diritti di prima generazione richiederebbero mera inazione, piuttosto che interventi collettivi, da parte dello stato»⁸⁷ è, banalmente, infondata. In primo luogo, dell'insieme dei diritti di prima generazione (i tradizionali diritti liberali) fanno parte anche i diritti politici; e «i diritti alla partecipazione democratica richiedono molto più che mere omissioni da parte dello stato» («molti diritti alla partecipazione hanno il carattere di *poteri* hohfeldiani, piuttosto che di diritti-pretesa alla libertà negativa»). Non solo: «anche per quei diritti di prima generazione che non sono diritti alla partecipazione, raramente ciò che è richiesto è una mera *inazione*». Infatti:

secondo la tradizione liberale, istituiamo i governi non solo perché *rispettino* i nostri diritti (che senso avrebbe?), ma per proteggerli, difenderli e tutelarli. Il che comporta azioni collettive positive, azioni che richie-

⁸⁶ Ma, si ricordi, «law is [...] too important a thing to leave to lawyers» [Hart 1973a, 192].

⁸⁷ «They are rights which do not call for positive and collective action by the state»; «all they call for on the part of the state is *inaction* (the government must *not* torture its subjects, must *not* pass laws abrogating free speech, etc.)» [MacCormick 1987a, 342].

dono l'impiego di forza lavoro e altre risorse scarse. Comporta l'attività di forze di pubblica sicurezza, magistratura e così via, che certamente costituiscono una spesa non irrilevante a carico dello stato e della società collettivamente considerata.

È vero: i diritti di seconda generazione (diritti sociali) sono «pretese di essere beneficiati *attraverso* le risorse, la forza lavoro e l'azione collettiva della comunità». Ma «ciò non è meno vero per i diritti di prima generazione» [Waldron 1987a, 344; cfr. anche 1989, 213; 1993a, 24-25].

3) I difensori della concezione puristica fanno spesso appello all'Assioma di Correlatività di diritti e doveri: solo se sussiste un dovere, sussiste un diritto; a un diritto da parte di qualcuno corrisponde necessariamente, per definizione, un dovere da parte di un individuo determinato (*supra*, par. 4.2). E, si argomenta, mentre il contenuto dei diritti di libertà può bene essere «incassato» in termini di doveri determinati in capo a soggetti determinati, lo stesso non può dirsi nel caso di molti «diritti» sociali; questi ultimi, dunque, non sono veri diritti.

Come abbiamo visto (*supra*, par. 8), la concezione dinamica mette in questione l'assunto di correlatività: 1) Un diritto è una ragione atta a giustificare doveri; può accadere, dunque, che sussista un diritto, e che non sia determinato – non ancora – quali doveri esso giustifica⁸⁸. 2) Sono possibili diritti nei confronti di «tutti», cui non corrispondono doveri determinati (o doveri perfetti) in capo a individui determinati. Sotto entrambi questi aspetti, la nozione di diritto delineata nell'ambito della concezione dinamica confligge con quella tipica della concezione puristica, e si presta in modo affatto ovvio al riconoscimento di diritti sociali (cfr. Waldron [1993a, 16-17]).

4) La concezione dinamica è, forse, compatibile con il riconoscimento della possibilità di diritti a beni pubblici⁸⁹.

⁸⁸ *A fortiori*, può accadere che sussista un diritto, e che gli obblighi da esso derivabili non siano suscettibili di *enforcement*.

⁸⁹ Così sostiene Waldron [1987a, 346 ss.]. Va però sottolineato che questa possibilità è, invece, esclusa dai due maggiori esponenti della versione contemporanea della *interest theory*, MacCormick [1977, 204-205; 1978, 143] e Raz.

Excursus: diritti di libertà e prestazioni positive. Un argomento che viene talvolta addotto dai fautori della concezione puristica dei diritti, e in particolare, dai paladini della tradizione liberale, è il seguente: i diritti di libertà sono diritti negativi (diritti a non-interferenza); dunque, non hanno alcun costo in termini di risorse pubbliche; i diritti sociali, di contro, in quanto diritti a prestazioni positive, hanno, necessariamente, un costo. Ciò mostrebbe, in primo luogo, che diritti di libertà e diritti sociali sono, sotto il profilo concettuale o logico, eterogenei. E che, in secondo luogo, mentre il soddisfacimento dei cosiddetti «diritti» sociali richiede, necessariamente, un calcolo e una ripartizione delle risorse disponibili, e dunque un bilanciamento fra le pretese e gli interessi rilevanti, nonché fra questi ultimi e altre esigenze anch'esse ritenute meritevoli di tutela (al punto da necessitare *trade-offs* fra tali «diritti» medesimi, a livello sia intersoggettivo sia infrasoggettivo, nonché fra essi e esigenze di efficienza, ecc.), i diritti di libertà possono essere riconosciuti e rispettati, in linea di principio, senza alcun costo, e non sono dunque soggetti, in linea di principio, alla necessità di bilanciamento (fra loro, e con ulteriori esigenze).

Questo argomento è fallace, per più ragioni. Mi soffermo qui su una di esse (sulla questione se anche i diritti di libertà possano entrare in conflitto fra loro, e rendere così necessari bilanciamenti, cfr. *infra*, capp. 2 e 3).¹ Ammettiamo pure che i diritti di libertà, almeno alcuni di essi, siano diritti che possono, in linea di principio, essere riconosciuti e rispettati senza costi: che, cioè, sia logicamente possibile un mondo nel quale il riconoscimento e il rispetto di tali diritti non richiede prestazioni positive da parte dei poteri pubblici. Un mondo siffatto sarebbe un mondo idilliaco, abitato da una comunità di angeli, soggetta a governanti anch'essi angelici. Ciò che vogliamo, ciò che i liberali – anche e soprattutto, direi, i liberali puristi – vogliono, è, però, che i diritti siano *protetti, tutelati* (*supra*, in questo par., *sub* 2), anzitutto (ma non esclusivamente) nei confronti dei poteri pubblici. Che, cioè, siano operanti meccanismi, congegni istituzionali, atti a ridurre significativamente la probabilità che essi siano violati, e che riconnettano conseguenze di tipo diverso (punitive, risarcitorie, invalidanti) a loro eventuali violazioni. È questa la rivendicazione caratteristica della tradizione liberale, costituzionalista, ecc. (la tradizione delle libertà negative). L'approntamento e il mantenimento di un sistema di mezzi e istituzioni di protezione e di

tutela dei diritti di libertà consiste in un insieme di prestazioni positive da parte dei poteri pubblici; è, dunque, necessariamente costoso, in termini di risorse pubbliche. E lo sarebbe, si badi bene, anche presso una comunità di angeli, soggetta a governanti buoni. Certo: in una comunità di angeli un sistema di mezzi e istituzioni di protezione e tutela sarebbe, oltre che costoso, inutile. Ma, sfortunatamente, un mondo popolato da angeli non è il nostro. Non solo: che il nostro mondo non sia popolato da angeli, e che precisamente *questa* sia la ragione che giustifica, ed esige, la rivendicazione e il riconoscimento dei diritti, è un assunto – *l'assunto*, direi – costitutivo della tradizione liberale, la tradizione delle libertà negative. Un mondo possibile nel quale i diritti di libertà non esigessero prestazioni positive da parte dei poteri pubblici, e dunque non fossero costosi (nel quale, cioè, essi non fossero in alcun modo minacciati, così da non abbisognare di un sistema di mezzi di protezione e tutela) sarebbe un mondo nel quale la rivendicazione e il riconoscimento di tali diritti sarebbero, banalmente, futili. Viceversa, un mondo possibile nel quale rivendicazione e riconoscimento dei diritti di libertà hanno senso è un mondo possibile – il nostro – nel quale i diritti di libertà richiedono prestazioni positive, e sono, dunque, costosi. Ai liberali – ai difensori della tradizione delle libertà negative – la scelta, se considerare il mondo nel quale viviamo come un mondo del primo o del secondo tipo. Ma si tratta, in effetti, di una scelta che essi hanno già fatto: della scelta, precisamente, che ne fa dei liberali, diffidenti nei confronti del potere, in ogni sua forma, e amanti della libertà.

Ciò implica che non vi sia alcuna differenza, sul piano concettuale o logico, fra (taluni) diritti di libertà e (taluni) diritti sociali? No. Resta pur sempre vero che, in linea di principio, è possibile che i primi siano riconosciuti e rispettati senza costi, che il loro riconoscimento e rispetto non esiga prestazioni positive da parte dei poteri pubblici. Si tratta, però, di una possibilità del tutto futile. Che i diritti di libertà – le libertà «negative» – esigano prestazioni positive da parte dei poteri pubblici, e siano, dunque, costosi, non è un che di accidentale. Si tratta di un dato di fatto contingente, nello stesso senso e nella stessa misura in cui è un dato di fatto contingente che gli esseri umani siano vulnerabili, o che le risorse siano scarse, o che i governanti non siano buoni. In un mondo possibile nel quale hanno senso la rivendicazione e il riconoscimento di diritti di libertà, che il loro riconoscimento e il loro

rispetto richiedano prestazioni positive da parte dei poteri pubblici *non* è un che di contingente. In questo senso, il nesso fra diritti e prestazioni positive (e, dunque, costi) è, anche nel caso dei diritti di libertà, un nesso concettuale – anche se non lo stesso nesso che sussiste nel caso dei diritti sociali.

Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?

«Law is [...] too important a thing to leave to lawyers – even to constitutional lawyers».

[Hart 1973a, 192]

1. INTRODUZIONE

Una buona disciplina costituzionale dei diritti, sembra si possa sostenere, dovrebbe essere molto diversa da quella contenuta in gran parte delle costituzioni contemporanee. Dovrebbe limitarsi a sancire pochi diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da risultare rilevante, e dunque applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui tali diritti sono violati. Solo così sarebbe possibile fare in modo che la disciplina costituzionale dei diritti non risulti intollerabilmente vaga, antinomica, indeterminata, ed evitare una serie di conseguenze teoriche e pratiche indesiderate (dalle quali, si afferma, sono invece affetti gli ordinamenti giuridici contemporanei), quali ad esempio l'esercizio di un potere discrezionale eccessivamente ampio da parte del giudice costituzionale (o addirittura del giudice ordinario), un grave deficit di certezza di ampi settori dell'ordinamento giuridico (determinato dall'effetto di «impregnazione», o «irradiazione», dei diritti costituzionalmente sanciti sul resto dell'ordinamento giuridico), il ricorso a modalità quasi-sapientziali di decisione (può il bilanciamento, o il giudizio di ragionevolezza, considerarsi un procedimento razionalmente controllabile, il cui esito possa dirsi corretto o meno, non

arbitrario?), una notevole restrizione della latitudine della scelta legislativa (restrizione, si argomenta, difficilmente compatibile con il principio democratico), e così via¹. Questa valutazione si combina a volte con un vago senso di rimpianto: se solo le cose fossero andate diversamente, se solo i costituenti del secondo dopoguerra avessero optato per un diverso modello di disciplina dei diritti fondamentali...

Ma le cose sarebbero potute andare diversamente? Una diversa disciplina costituzionale dei diritti, conforme all'ideale appena delineato (tale, dunque, da bloccare le conseguenze indesiderate cui si è accennato) sarebbe stata possibile? Insomma: è possibile una disciplina costituzionale dei diritti che si limiti a sancire pochi diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da essere rilevante, e applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui tali diritti sono violati (e in tal modo ridurre a margini trascurabili – o, idealmente, eliminare – vaghezza, antinomicità, e indeterminatezza)? Sosterrò che la risposta a questa domanda è, sfortunatamente, negativa. L'ideale di una disciplina costituzionale dei diritti che

¹ La lista delle condizioni, solidali con la configurazione che la disciplina dei diritti assume nelle costituzioni contemporanee, che concorrono a determinare queste conseguenze comprende la «sovra-interpretazione» della costituzione (l'interpretazione del testo costituzionale «in modo tale da ricavarne innumerevoli norme implicite, inespresse, idonee a disciplinare qualsivoglia aspetto della vita sociale e politica»), di modo che «non residuano spazi vuoti di – ossia “liberi” dal – diritto costituzionale», l'applicazione diretta delle norme costituzionali (*Drittwirkung*, o applicazione, da parte dei giudici, nelle relazioni interprivate), il ricorso frequente all'interpretazione adeguatrice, o conforme a costituzione, della legge [Guastini 1998a, 188-191]. Per un'analisi degli effetti sulle attività interpretative prodotti dai tratti strutturali delle costituzioni contemporanee, e dai diversi modi di configurare la superiorità di testi costituzionali siffatti rispetto alla normazione infracostituzionale (con particolare riguardo alla disciplina delle posizioni soggettive) cfr. Tarello [1977, 515-524]. Scarpelli [1987, 10] rileva che le dichiarazioni dei diritti, e gran parte delle carte costituzionali contemporanee, sono state «caricate» di principi (principi «aperti e proiettati nel futuro a far da guida, attraverso varie interpretazioni e adattamenti, di fronte a problemi, difficoltà e contrasti sempre nuovi»). Ciò produce «un avvicinamento del sistema a un sistema di *common law*, capace di svilupparsi in una tradizione giurisprudenziale basata su una fedeltà non rigida ai precedenti, con una razionalità che non è quella della “ragione artificiale” di un legislatore democratico, bensì quella di una ragione storica cui concorrono (secondo le parole di Coke) “molti uomini dotti e gravi”, appunto i giudici» [*ibidem*, 12-13]. In breve, «un diritto dei giudici, fondato sui principi» [*ibidem*, 14]. Per una vivace polemica contro la cultura neocostituzionalista, cui sarebbe imputabile «la tendenza a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire», si veda Pintore [2001].

soddisfi la condizione indicata (che chiamerò, d'ora in avanti, «condizione di determinatezza») è mal formato. Faremmo bene ad abbandonarlo; e, con esso, ad abbandonare ogni rimpianto per la sua mancata realizzazione².

² L'ideale di una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza, e la diagnosi delle conseguenze (ritenute patologiche) prodotte dal mancato soddisfacimento di questa condizione, presentano una certa affinità con le vedute di H. Kelsen riguardo all'inclusione, in costituzione, di disposizioni attributive di diritti, e all'uso, da parte del testo costituzionale, di termini che esprimono valori reputati fondamentali. Kelsen, com'è noto, auspica (pena uno «spostamento di potere – certamente non voluto e politicamente del tutto controindicato – dal parlamento a un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento») che le disposizioni attributive di diritti fondamentali non siano formulate «in termini troppo generici» (che esse siano formulate «nel modo più preciso possibile»), e che il testo costituzionale non faccia uso di «parole d'ordine vaghe come “libertà”, “egualianza”, “giustizia” ecc.» – che, insomma, la costituzione non faccia uso, per quanto attiene alla predeterminazione del contenuto di leggi future, di termini «imprecisi» ed «equivoci» [1981, 188-190, 253-254]. Uno dei tratti caratteristici del neocostituzionalismo è, secondo L. Prieto, la «onnipotenza giudiziaria», determinata, per l'appunto, dalla configurazione che la disciplina dei diritti assume nelle costituzioni contemporanee. Scrive Prieto [2002, 177]: «dato che la costituzione è latente in ogni tipo di conflitto, il costituzionalismo si trasforma in onnipotenza giudiziale. Questo non accadrebbe se la costituzione avesse come unico oggetto la regolamentazione delle fonti del diritto o stabilisse pochi precisi criteri fondamentali. In tal caso la normativa costituzionale e, conseguentemente, la sua garanzia giudiziale rilevarebbero solo ove si violasse un limite alla produzione normativa o si restringesse qualcuna delle aree di immunità garantite. Ma, nella misura in cui la costituzione offre un orientamento nei campi più eterogenei e nella misura in cui questi campi sono affidati alla garanzia giudiziale, il legislatore perde, logicamente, autonomia. Non si afferma con certezza, neanche nella prospettiva del neocostituzionalismo, che la legge sia una mera esecuzione del testo costituzionale, ma è certo che detto testo “permea” qualsiasi testo legislativo e dunque, la disciplina legislativa non sarà mai del tutto immune da una valutazione giudiziale condotta alla luce della costituzione». Il tema delle mie considerazioni è individuato da alcuni segmenti del condizionale sul quale è imperniato questo argomento di Prieto: «questo [l'onnipotenza giudiziale] non accadrebbe se la costituzione avesse come unico oggetto la regolamentazione delle fonti del diritto o *stabilisse pochi precisi criteri fondamentali*. In tal caso *la normativa costituzionale e, conseguentemente, la sua garanzia giudiziale rilevarebbero solo ove si violasse un limite alla produzione normativa o si restringesse qualcuna delle aree di immunità garantite*» (corsivo mio). Lascero da parte ogni considerazione attinente alla possibilità, e le caratteristiche, di una costituzione che abbia come unico oggetto la regolamentazione delle fonti del diritto (che contenga, cioè, soltanto norme di competenza e di procedura). L'ipotesi che intendo esaminare è l'ipotesi di una costituzione che, oltre a regolamentare le fonti del diritto, stabilisca, al massimo, «pochi precisi criteri fondamentali»; e che sia, per questa ragione, tale che «la normativa costituzionale e, conseguentemente, la sua garanzia giudiziale rilevarebbero solo ove [...] si restringesse qualcuna delle aree di immunità garantite». La domanda che intendo porre è la seguente: è possibile che una simile situazione si verifichi? Cioè: è possibile che una costituzione si limiti a stabilire pochi diritti fondamentali, determinati

2. L'ARGOMENTO

Il mio argomento è semplice. Ipotizziamo – per utilizzare un esempio caro ad alcuni autori contemporanei³ – una costituzione che sancisca uno dei tradizionali diritti di libertà (i diritti, sembra si possa assumere, maggiormente suscettibili, se mai alcuni lo sono, di una definizione precisa e univoca), ad esempio la libertà di espressione (libertà di manifestazione del pensiero); ipotizziamo altresì che la costituzione non sancisca anche, accanto alla libertà di espressione, il diritto all'onore. Ebbene, una disciplina costituzionale dei diritti che implicasse che qualsiasi limitazione normativa, o qualsiasi impedimento di fatto, alla manifestazione del proprio pensiero, sotto qualsiasi condizione e in qualsiasi circostanza, costituisce una lesione del diritto, costituzionalmente sancito, alla libera manifestazione del proprio pensiero, sarebbe, banalmente, assurda: un nonsenso. Non sarebbe affatto una disciplina della libertà di espressione, come diritto costituzionalmente riconosciuto e garantito. Così, ad esempio, una disciplina costituzionale che implicasse che considerazioni attinenti all'onore di una persona non costituiscono mai, sotto nessuna condizione e in nessuna circostanza, una ragione che giustifica limitazioni alla libera espressione del proprio pensiero (talché siffatte limitazioni non costituirebbero violazioni del diritto costituzionalmente sancito), sarebbe un assurdo: non può essere *questo* ciò che i fautori di una costituzione che sancisca, al massimo, pochi diritti, precisamente e univocamente definiti, hanno in mente.

Passeremo ora in rassegna alcuni fenomeni che costituiscono variazioni, o sviluppi, di questo tema.

1) Consideriamo il nucleo tradizionale dei diritti di libertà. Proviamo a immaginare una costituzione che sancisca che «la libertà personale è inviolabile» (art. 13, I c., Cost. it.), e che tuttavia non sancisca l'invulnerabilità del

in modo preciso e univoco, così che la disciplina costituzionale di tali diritti (e, dunque, la loro tutela giurisdizionale) «entri in gioco» solo nei casi, relativamente poco numerosi, nonché precisamente e univocamente predeterminati, nei quali sia violato uno di tali diritti? Sosterrò che la risposta a questa domanda è negativa. (Non intendo sostenere, o suggerire, che Prieto sia da annoverare tra i fautori di questo ideale. Mi limito a prendere spunto da un passaggio di una sua argomentazione.)

³ Moreso [2002a, 215 ss.]; Prieto [2002, 178] («si proclama la libertà di espressione, ma anche il diritto all'onore, ed è ovvio che possano entrare in conflitto»).

domicilio (art. 14, Cost. it.), l'inviolabilità della libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15, Cost. it.), la libertà di circolazione (art. 16, Cost. it.), la libertà di riunione (art. 17, Cost. it.), il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (art. 19, Cost. it.), il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21, Cost. it.), e così via. Potremmo, in questa ipotesi, affermare che, secondo la costituzione, la libertà personale è inviolabile? (Un interrogativo analogo potrebbe porsi relativamente all'ipotesi di una costituzione che sancisca uno qualsiasi di questi diritti, e non gli altri.) I diritti – e, in particolare, i diritti di libertà – si presentano come un insieme, in grappoli, pena conclusioni assurde. Ma, per ciò stesso, sorge la possibilità di conflitti fra di essi, e la necessità di limitazioni.

2) Può accadere che un unico e medesimo diritto, egualmente attribuito a più individui, generi conflitti, la cui soluzione richiede limitazioni della sfera di attività protetta dal diritto stesso. Può accadere, ad esempio, che la manifestazione del pensiero di Tizio sia impedita, o ostacolata, dalla manifestazione del pensiero di Caio. Si potrebbe replicare: si tratta, in termini hohfeldiani, di libertà (correlativo di una libertà hohfeldiana è solo la non-pretesa, da parte altrui, a che il titolare della libertà non si comporti nel modo indicato, *supra*, cap. 1, par. 4; per il resto, chiunque possa, di fatto, impedire l'esercizio della libertà in questione, può – è libero di – farlo, senza con ciò violare quest'ultima). Ma supponiamo che Caio disponga di un potere (di fatto) esclusivo di controllo di un mezzo di diffusione del pensiero che riveste una grande importanza nel contesto sociale e culturale al quale facciamo riferimento. Si potrà ragionevolmente affermare che, in questa ipotesi, il diritto di Tizio alla libera manifestazione del proprio pensiero sia riconosciuto? Forse, non è il caso di intendere la libertà di espressione *soltanto* come una libertà hohfeldiana. Ma, si dirà, può benissimo darsi il caso che Caio detenga legittimamente la proprietà del mezzo di diffusione in questione. In questa ipotesi, il problema non scompare, ma si trasforma. Ciò che appare problematico è ora il rapporto fra più diritti, e il loro possibile conflitto: libertà di espressione, da un lato, e diritto di proprietà (dei mezzi di diffusione del pensiero), d'altro lato. Possiamo seriamente pensare che una disciplina sensata, ragionevole, del diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, «con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»

(art. 21, I c., Cost. it.), possa prescindere da considerazioni di questo genere?

3) Può accadere che un unico e medesimo diritto generi, come sue specificazioni, diritti confliggenti. O che un principio che si può ragionevolmente pensare sia sotteso a un diritto possa ragionevolmente specificarsi, concretizzarsi, in diritti ulteriori, confliggenti con il primo. (Ad es., la libertà di espressione può ragionevolmente ricondursi al principio dell'autonomia individuale; ma questo principio genera, si può sensatamente argomentare, non soltanto la libertà di espressione, ma anche il diritto ad essere proprietario – in particolare, a detenere la proprietà di mezzi di comunicazione.)

Dunque, occorre riconoscere che, pena conseguenze assurde, insensate, i diritti si presentano in grappoli, e che sono possibili sia conflitti fra più diritti, sia conflitti interni a un diritto, o alle sue diverse possibili specificazioni.

4) Diritti senza limitazioni sono spesso inimmaginabili. (Immaginiamo che la costituzione reciti: «La libertà personale è inviolabile», punto e basta.) La necessità di limitazioni – pena un assurdo – è spesso soddisfatta, nelle costituzioni contemporanee, mediante l'espedito della riserva di legge. In questo modo, si assicura che le limitazioni dei diritti siano opera di un organo rappresentativo, e abbiano, dunque, una legittimazione democratica. Ma il ricorso all'espedito della riserva di legge genera anch'esso conflitti e indeterminazione. D'accordo: funzione della riserva di legge è la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo, mediante la sottrazione della materia rilevante alla competenza normativa dell'esecutivo⁴. La riserva di legge adempie, insieme a questa funzione liberale, o garantista, anche una funzione democratica: riconduce la disciplina di certi oggetti «sotto il dominio degli organi rappresentativi, che sono espressione della sovranità popolare» [Guastini 1998b]. Occorre però aggiungere che la riserva di legge è una particolare risposta all'esigenza – ragionevole, sensata – di una limitazione dei diritti. E che, ogni volta che la tutela dei diritti contro l'esecutivo sia assicurata mediante riserva di legge, sorge il problema della loro tutela nei confronti del legislatore democratico, autorizzato, dalla norma

⁴ Guastini [1998b, 430-431]. Ma, a parziale indebolimento di questo aspetto, cfr. sempre Guastini [*ibidem*, 441-444].

costituzionale, a stabilire modalità e condizioni di limitazione del diritto in questione. (Altrimenti, a che pro l'attribuzione di quest'ultimo da parte di una costituzione rigida, e garantita?) Supponiamo che la costituzione riservi alla competenza della legge ordinaria la fissazione di condizioni e modalità di limitazione (o, se è per questo, di soddisfacimento o di esercizio) di un diritto, che essa espressamente conferisce ai cittadini, proclamandone, magari, l'inviolabilità. *Qualsiasi* legge, quali che siano le condizioni e le modalità di limitazione del diritto in questione che essa stabilisce, andrà bene? Se così fosse, l'attribuzione del diritto ad opera del testo costituzionale si rivelerebbe vacua, risolvendosi nell'attribuzione, al legislatore, del potere di incidere in qualsiasi modo egli voglia sul diritto stesso (cfr. Kelsen [1945, 265-266; 1981, 155]). Sembra ragionevole ritenere che, se l'attribuzione di un certo diritto da parte della costituzione deve avere un senso, debba essere possibile mettere in discussione la legittimità costituzionale della legge mediante la quale il legislatore fissa condizioni e modalità di limitazione del diritto in questione. Chiedersi, cioè, se essa colpisce in misura eccessiva il diritto, se ne lede il nucleo essenziale, e così via; o, in altri termini, se essa costituisce (o autorizza, o impone) solo una limitazione del diritto, o una sua violazione. Sembra, cioè, ragionevole che il bilanciamento operato dal legislatore, nello stabilire, in ottemperanza alla norma di riserva, condizioni e modalità di limitazione del diritto, possa e debba essere sottoposto a scrutinio.

5) Diritti senza clausole aperte (clausole come «motivi di sanità o di sicurezza», art. 16, I c., Cost. it.; «motivi di sicurezza o incolumità pubblica», art. 17, III c., Cost. it.; «buon costume», artt. 19 e 21, VI c., Cost. it.; «esistenza libera e dignitosa», art. 36, I c., Cost. it.; «utilità sociale», «sicurezza, dignità, libertà umana», art. 42, II c., Cost. it.) sono spesso inimmaginabili – pena, ancora una volta, conseguenze assurde. Le clausole in questione sono formulate in termini assai vaghi, generici, per lo più di carattere valutativo. Una fraseologia che presenta queste caratteristiche ricorre anche in molte disposizioni costituzionali che, pur non essendo direttamente fraseggiate nei termini del conferimento di diritti, o libertà, ricadono entro la stessa sfera. Così, ad esempio, la Costituzione italiana prescrive che sia punita ogni «violenza fisica o morale» su coloro che sono sottoposti a restrizioni della libertà (art. 13, IV c., Cost. it.), che le pene non possano consistere in trattamenti «contrari al senso di umanità» (art. 27, III c., Cost. it.), che leggi che im-

pongono l'obbligo di sottoporsi a trattamento sanitario non violino «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, II c., Cost. it.). L'assoggettamento di diritti costituzionalmente sanciti a clausole di questo tipo – e, in generale, l'uso, da parte del testo costituzionale, di una simile fraseologia – genera, ovviamente, vaghezza, conflitti, indeterminatezza.

Clausole aperte come quelle elencate ricorrono spesso in disposizioni costituzionali che istituiscono una riserva di legge rinforzata. In questi casi, la costituzione non solo riserva alla legge la determinazione di condizioni e modalità di limitazione (o di esercizio, o di soddisfacimento) del diritto, ma predetermina – facendo uso, per l'appunto, di formule del tipo indicato – il contenuto, i fini, o le ragioni della disciplina legislativa (cfr. Guastini [1998b, 434]). In questi e simili casi, dunque, la costituzionalità della legge che fissa condizioni e modalità di limitazione (o di esercizio, o di soddisfacimento) di un diritto dipende, non soltanto dalla misura della limitazione che essa opera (o dalla misura del soddisfacimento del diritto che essa rende possibile), ma anche dalla sua conformità a clausole aperte. La legge è sottoponibile a scrutinio sotto entrambi gli aspetti. E ciò, ovviamente, genera ulteriori possibilità di conflitto fra diritti, e ulteriori spazi di indeterminatezza. Sono possibili, inoltre, incroci, interferenze e sovrapposizioni. Ad esempio, se l'esercizio di un diritto consiste, in certe circostanze, in comportamenti che costituiscono esercizio di un ulteriore diritto, e se quest'ultimo è soggetto a limitazioni a loro volta giustificate dalla conformità a una clausola aperta del tipo in questione, l'incidenza di tale clausola investirà anche il primo diritto⁵.

6) I diritti sono logicamente equivalenti a, o comunque giustificano l'imposizione o il riconoscimento di, obblighi altrui⁶. Dunque, il conferi-

⁵ Cfr. ad es. Corso [1998, 99]: il legislatore italiano, stando all'art. 19, Cost. it., non può limitare la libertà di culto per ragioni di ordine pubblico (unica ragione di limitazione prevista dall'art. 19, Cost. it., è infatti la non contrarietà del rito al buon costume), «salvo che il culto non sia realizzato a mezzo di una riunione che possa mettere a repentaglio la sicurezza pubblica» (l'art. 17, III c., Cost. it., prevede infatti che le autorità possano vietare riunioni in luogo pubblico per motivi di sicurezza).

⁶ La formulazione nel testo è neutrale rispetto all'alternativa fra un'analisi della nozione di diritto soggettivo di tipo hohfeldiano (impennata sull'assunto che un diritto in senso stretto – una pretesa – sia il correlativo di un dovere) e una teoria secondo la quale i diritti giustificano insieme mutevoli di doveri (e altre posizioni hohfeldiane) altrui, non identificandosi con questi ultimi (sull'alternativa fra questi due tipi di teoria dei diritti cfr. *supra*, cap. 1, parr. 7, 8).

mento di un diritto, l'estensione dell'ambito di applicazione di un diritto costituzionalmente sancito, la sua limitazione, la risoluzione di conflitti fra diritti, ecc., generano – soprattutto nell'ipotesi che si riconosca la *Drittwirkung* dei diritti costituzionali – conseguenze attinenti all'insieme degli obblighi cui sono soggetti altri individui; e, in tal modo, incidono sui diritti di questi ultimi (cfr. Pace [1993, 8; 2001, 36, 44]). I diritti hanno, spesso, costi, nei termini di diritti altrui. Da qui ulteriori conflitti, e spazi di indeterminatezza.

Questo è solo un elenco sommario, sicuramente incompleto, di elementi che testimoniano come una disciplina ragionevole, sensata, dei diritti non possa andare esente da conflitti, e ampi margini di indeterminatezza⁷. Anche un *Bill of rights* che si limiti a sancire i diritti di libertà (diritti della prima, o della primissima, generazione), riducendo all'essenziale il catalogo dei diritti costituzionalmente sanciti, purché ragionevole e sensato, genera la possibilità di conflitti, tensioni, fra i diritti, e fra questi ultimi e ulteriori fini, scopi, obiettivi, valori sociali e politici; e genera, in tal modo, l'indeterminatezza e l'incertezza tipiche delle costituzioni contemporanee. I diritti (persino i diritti, minimali, della tradizione liberale) vengono in grappoli, e i conflitti sono inevitabili⁸. Da ciò, la necessità – purché si vogliano evitare

⁷ La mancata considerazione di questi fenomeni è ciò che rende teorie dei diritti costruite in maniera tale da escludere preventivamente, per via assiomatica, conflitti e indeterminatezza (come ad es. le teorie di Nozick [1974] e Steiner [1994]), simili a romanzi di fantascienza (cfr. per alcune osservazioni in questo senso Pintore [2001, 189-190]). È interessante rilevare come un deciso oppositore delle tendenze metodologiche caratteristiche dell'ideologia neocostituzionalistica (la tesi casistica, la tesi personalistica, la teoria dei valori; cfr. Pace [2001]), e convinto fautore di un metodo giuspositivista, o «metodo scientifico *tout court*», in sede di identificazione della disciplina costituzionale dei diritti, A. Pace, si dichiari nient'affatto favorevole a una «“pietrificazione” del contenuto normativo delle disposizioni costituzionali», caldeggiando piuttosto «un'interpretazione estensiva» delle facoltà che costituiscono (in ipotesi) il contenuto dei diritti costituzionali, «fino a ricomprendervi quelli che, comunemente, vengono oggiogiorno qualificati come “nuovi diritti”». Bilanciamento, «relativizzazione reciproca», e «composizione» dei diritti non sono, puntualizza Pace, patrimonio esclusivo delle tendenze metodologiche da lui avvertite, poiché «alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione si può benissimo pervenire [...] utilizzando la c.d. interpretazione sistematica delle norme» (ed escludendo la legittimità di ogni «pretesa gerarchizzazione dei diritti»). Di modo che «le risposte ai problemi emergenti nella società contemporanea vanno pazientemente rinvenute nelle pieghe dell'articolato costituzionale, saggiando tutte le possibili virtualità interpretative insite nelle disposizioni costituzionali» [Pace 1993, 5-7; cfr. anche 2001, *passim*]).

⁸ Una difesa di questa tesi richiederebbe però un esame dettagliato degli argomenti

implicazioni assurde, conclusioni irragionevoli – di specificazioni, *trade-offs*, bilanciamenti (in un senso generico, non necessariamente nel senso tecnico-giuridico di questa espressione). La necessità di operare specificazioni, *trade-offs*, bilanciamenti non viene mai meno⁹.

La radice di questi fenomeni – del loro carattere endemico, e dell'impossibilità di evitarne l'insorgenza – è ovvia. I *Bills of rights* riconoscono, e tutelano, un gruppo determinato di diritti: vita, libertà, proprietà, e il perseguimento della felicità. Questi diritti sono caratterizzati da un'estrema genericità, da una profonda interdipendenza, e dall'essere suscettibili di infinite, variamente confliggenti, specificazioni. Insieme, essi costituiscono un insieme determinato, caratterizzato, paradossalmente, dalla sua apertura pressoché illimitata.

Che i *Bills of rights* mirino al riconoscimento e alla tutela di vita, libertà, proprietà, e perseguimento della felicità – cioè, della vita umana – non è soltanto una circostanza attinente alle origini storiche di questo genere letterario. È bensì vero che questa formula è ricavata dai primi esempi storici di dichiarazioni dei diritti¹⁰. Ma i fenomeni passati in rassegna mostrano che

in contrario – tendenti, più precisamente, a un drastico ridimensionamento dei fenomeni di conflitto – adottati da Ferrajoli [2001, 288-297, 313, 328-332]. Questo esame è stato condotto in Moreso [2005].

⁹ È questa una diagnosi condivisa da autori provenienti da ambiti disciplinari diversi, che adottano approcci eterogenei. Fra le teorie normative dei diritti (primariamente, diritti morali) contemporanee, casi esemplari sono la teoria «a doppio livello» (parzialmente consequenzialista) di T. Scanlon, e la versione raziana della *interest theory* (cfr. rispettivamente Scanlon [1972, 156, 169; 1977, 138, 146]; Waldron [1989, 203-220]). Al confine fra teoria generale del diritto e diritto costituzionale, un autorevole esempio è la teoria delle collisioni fra principi elaborata da Alexy [1994, cap. 3]. Lo *slippery slope* che dalla lettura delle disposizioni costituzionali attributive di diritti conduce alle più spericolate costruzioni giurisprudenziali e dottrinali è efficacemente descritto (come un che di inevitabile), e talvolta percorso, in Bin («il fatto è che 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» [2000, 17]). Se la conclusione tratta nel testo abbia necessariamente implicazioni particolaristiche è questione che non tratterò qui (cfr. Moreso [2002a]; Celano [2002b]; Bayón [2001]; e *infra*, cap. 3).

¹⁰ Dichiarazione d'indipendenza americana (4 luglio 1776); Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (26 agosto 1789), art. 2.

l'apertura, il carattere indefinito, di questa formula – e, dunque, le possibilità di conflitto e gli spazi di indeterminatezza che essa apre – sono inevitabili, in un qualsiasi insieme (purché ragionevole e sensato) di diritti costituzionalmente sanciti.

In altri termini: la genericità dell'insieme dei diritti che una dichiarazione mira a riconoscere e tutelare non è soltanto un vizio di origine, che possa essere cancellato sostituendo una volta per tutte, alla formula originaria, determinazioni più precise. Che, alla base (o sullo sfondo), vi sia il riconoscimento e la tutela di vita, libertà, proprietà, e perseguimento della felicità è, piuttosto, una condizione dalla quale dipende il senso complessivo delle dichiarazioni costituzionali dei diritti; se si vuole, un tratto costitutivo del genere letterario «dichiarazione dei diritti». *Habeas corpus*, inviolabilità del domicilio, segretezza della corrispondenza, ecc., sono il risultato della specificazione, o della concretizzazione, di vita, libertà, proprietà, perseguimento della felicità. E questa non è solo una connessione genetica: non è solo una questione di derivazione storica. La relazione di «specificazione» è, qui, una relazione concettuale: una connessione attinente al significato delle espressioni implicate (le espressioni utilizzate da disposizioni costituzionali attributive dei diritti in questione). I diritti particolari *sono* – ossia: vanno, pena conclusioni assurde, intesi come – specificazioni di vita, libertà, proprietà, e perseguimento della felicità. Da qui, il prodursi dei conflitti, e degli spazi di indeterminatezza, cui ho accennato.

Certamente, dire che i diritti riconosciuti e tutelati da un *Bill of rights* sono vita, libertà, proprietà, e perseguimento della felicità è dire ben poco. Ripeto: un tratto distintivo di questo insieme è, precisamente, la sua genericità. La formula non vuol dire quasi nulla, e al contempo vuol dire molte cose, diverse e confliggenti. Ciò rende inevitabili – pena implicazioni assurde, conclusioni irragionevoli – specificazioni, *trade-offs*, bilanciamenti. Una volta avviato, il processo di specificazione, *trade-off*, bilanciamento, diviene inarrestabile¹¹.

¹¹ Puntualizzo sin d'ora (tornerò su questo punto *infra*, par. 6) che non intendo sostenere che specificazione, *trade-offs*, bilanciamento siano, o debbano essere, compito precipuo, o esclusivo, del giudice, o del giudice costituzionale. Si può plausibilmente ritenere che siano, o debbano essere, compito precipuo del legislatore. Ciò che è in questione,

Questo è, in poche parole, il mio argomento. Non dubito che apparirà, a molti, fallace: un campionario di paralogismi. Cercherò ora di dissipare questa apparenza.

3. CRITERI DI RAZIONALITÀ SOSTANZIALE (I): DOTTRINE ETICO-POLITICHE

Chiariamo, anzitutto, il senso del nostro interrogativo («Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?»). Il problema che intendo discutere non è, in primo luogo, se una costituzione che soddisfi la condizione di determinatezza sia logicamente possibile. Che lo sia non è, mi pare, dubbio. E non è neppure, in secondo luogo, se sia di fatto possibile, o quanto probabile, che, nelle circostanze storiche odierne (o della metà del secolo scorso), venga (o venisse) adottata una costituzione siffatta. Non è di un problema storico-sociologico che intendo occuparmi. Il problema che intendo affrontare è, piuttosto, se sia ragionevolmente, sensatamente possibile una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza. Se, cioè, una simile disciplina, in ipotesi logicamente possibile, sarebbe ragionevole, sensata.

Ma che cosa vuol dire, qui, «ragionevole», o «sensata»? L'interrogativo qui posto è come *debba essere* la disciplina costituzionale dei diritti – quale configurazione abbia una *buona* disciplina costituzionale dei diritti. Ma la questione che intendo discutere non è, in terzo luogo, una questione di pura e semplice etica politica, di valutazione morale del diritto (alla stessa stregua, ad es., della questione se le leggi razziali fasciste fossero moralmente giuste o no). Non è, cioè, la questione se una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfacesse la condizione di determinatezza sarebbe desiderabile da un punto di vista etico-politico. Non intendo sostenere che una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfacesse la condizione di determinatezza sarebbe moralmente riprovevole, sarebbe diritto (costituzionale) moral-

qui, non è chi abbia il potere di compiere tali operazioni (cfr. *infra*, cap. 4, parr. 4, 5). È, piuttosto, la necessità, ineludibile, di operarle; ossia, come debba configurarsi, e quali caratteristiche presenti, una disciplina costituzionale dei diritti che sia ragionevole, sensata.

mente cattivo¹². Piuttosto, l'interrogativo è come *debba essere* la disciplina costituzionale dei diritti, per poter risultare ragionevole e sensata (come si configuri una *buona* – ossia: sensata, ragionevole – disciplina costituzionale dei diritti). Dove, in ipotesi, l'espressione «ragionevole e sensata» significa qualcosa di diverso, e di più esigente, che «logicamente possibile», ma non per questo significa – almeno, non immediatamente – «moralmente buona», «moralmente auspicabile».

L'intera argomentazione svolta nel paragrafo precedente fa leva su questa nozione di ragionevolezza, o sensatezza: sull'individuazione di condizioni che devono essere soddisfatte, onde evitare implicazioni assurde, esiti irragionevoli, conclusioni insensate. Su questa base, ho mostrato che una disciplina costituzionale dei diritti non può essere esente da conflitti, indeterminatezza, ecc. Mi pare che, una volta concessa la rispettabilità, concettuale e teorica, di questo ordine di considerazioni – banalmente, una volta concesso che questo modo di fare uso di «ragionevole» e «sensato» sia, per l'appunto, sensato – la conclusione (non è possibile una disciplina costituzionale dei diritti, ragionevole e sensata, che soddisfi la condizione di determinatezza) segua effettivamente. Ma il passo più problematico concerne, precisamente, questo uso di «ragionevole»: la pretesa di fare riferimento, mediante questo termine, a un ordine di considerazioni che non attiene, da un lato, a sole relazioni logiche, ma che, d'altro lato, non si risolve, più o meno surrettiziamente, nella valutazione etica. Il punto maggiormente problematico è, insomma, la rispettabilità concettuale e teorica di una simile nozione di ragionevolezza (sensatezza, ecc.).

Tutto dipende, dunque, dalla possibilità di determinare un senso nel quale un insieme di giudizi e di principi (un insieme di proposizioni, o un contenuto di senso) possa dirsi «ragionevole» o meno, che non si riduca, da un lato, a una valutazione in termini di coerenza logica (non contraddittorietà), o di derivabilità logica (validità di inferenze deduttive), ma che, d'altro

¹² È possibile, ovviamente, argomentare in favore dell'opportunità di una disciplina costituzionale dei diritti che non soddisfi la condizione di determinatezza facendo direttamente appello a principi etico-politici. Sostenendo, ad es., che genericità e indeterminatezza nella formulazione dei diritti contenuta nel testo costituzionale rende possibile la conciliazione fra rigidità costituzionale e principio democratico; cfr. Ferreres [2001, par. 3]. Ma non è questa la linea di argomentazione che seguirò qui.

lato, non si identifichi con la valutazione morale (di modo che «ragionevoli» sarebbero solo giudizi e principi moralmente corretti, o giustificati). Un senso, cioè, nel quale una conclusione possa dirsi, entro un certo contesto di discorso, assurda, sebbene non costituisca la conclusione di un (preteso) argomento deduttivo in verità invalido, e non sia autocontraddittoria, o comunque affetta da vizi logici. Tutto dipende, insomma, dalla possibilità di individuare principi, o criteri, di razionalità sostanziale (o, se si preferisce questo termine, ragionevolezza), alla stregua dei quali sia possibile qualificare come irragionevoli, entro un certo contesto di discorso, principi, o giudizi (un insieme di proposizioni, un contenuto di senso) non affetti da vizi logici. Ha senso una nozione di razionalità sostanziale, ed è essa applicabile al nostro campo di indagine?

Sfortunatamente (per me, s'intende) non sono in grado di fornire una caratterizzazione esauriente della nozione di razionalità sostanziale, né tanto meno una definizione precisa della classe dei (presunti) principi o criteri sostanziali di razionalità. Cercherò di rispondere alla domanda appena posta, e di mostrare la rispettabilità concettuale e teorica di una nozione di razionalità (o ragionevolezza) che soddisfi i requisiti indicati, seguendo un percorso indiretto. Mostrerò, mediante tre esemplificazioni, in che modo opera la nozione di razionalità sostanziale. O, in altri termini, svilupperò tre argomentazioni, reciprocamente connesse ma dotate di plausibilità indipendente, nelle quali la nozione di razionalità sostanziale svolge un ruolo determinante. E mostrerò in che modo queste tre illustrazioni si applichino al nostro tema.

Il primo passo consiste nel sottolineare un punto che dovrebbe essere ovvio: una dichiarazione dei diritti ha uno sfondo dottrinale, o teorico. I *Bills of rights* dipendono da, e poggiano su, dottrine, o teorie, etico-politiche, e la comprensione del loro senso (cioè: del significato dei termini e delle locuzioni che in essi ricorrono) richiede la ricostruzione di tali dottrine.

Per dirla con R. Guastini, «molte costituzioni contemporanee incorporano – nella forma di disposizioni che proclamano principi e ascrivono diritti – preesistenti dottrine politiche giusnaturalistiche» [Guastini 1996, 515]. Da ciò non segue, ovviamente, che non vi sia alcuna differenza concettuale fra le dichiarazioni e le dottrine che esse incorporano. Nonostante le costituzioni contemporanee incorporino preesistenti dottrine politiche giusnaturalistiche, prosegue Guastini «pare ovvio che i diritti e i principi incorporati

in costituzione, quale che sia la loro origine storica, siano ormai – proprio in virtù della loro costituzionalizzazione – diritto *positivo*» [*ibidem*, 515]. D'accordo. Ma questa argomentazione suscita, mi pare, due interrogativi. Le costituzioni, si afferma, incorporano dottrine, dottrine etico-politiche. Cosa è una dottrina etico-politica (in particolare, quali sono i suoi criteri di identità), e che cosa vuol dire «incorporare» una dottrina?

Una dottrina, una teoria etico-politica, è un contenuto di significato, un contenuto di senso complesso (non, ovviamente, un insieme di enunciati). I criteri di identità di una dottrina sono, dunque, i criteri di identità di un contenuto di senso. L'identificazione di una dottrina è la ricostruzione di un contenuto di senso, mediante la comprensione di un insieme, verosimilmente indefinito, di enunciati. Se una costituzione incorpora una dottrina, per comprendere la costituzione – ossia, per determinarne il senso – occorrerà comprendere che cosa sia incorporato, e per comprendere che cosa sia incorporato occorrerà identificare – ossia, ricostruire – la dottrina. La ricostruzione di una dottrina è una questione di interpretazione, nel senso nel quale si parla abitualmente della «interpretazione» del pensiero di un certo autore, o di interpretazione, ad esempio, della rivoluzione scientifica, dell'Illuminismo, o del positivismo logico. Se i *Bills of rights* incorporano dottrine, l'identificazione di ciò che è incorporato – ossia, dei diritti da essi conferiti, e dei principi in essi contenuti – dipenderà da un'operazione di questo tipo.

Ma, si potrebbe obiettare, ciò riguarda solo l'«origine», la genesi storica, dei diritti e dei principi in questione. «Quale che sia la loro origine», scrive Guastini, essi sono ormai divenuti, «in virtù della loro costituzionalizzazione», diritto positivo. «Le costituzioni», prosegue ancora Guastini, «come ogni altra “legge”, sono appunto diritto positivo: atti di volontà (non certo atti di conoscenza delle “cose”)» [*ibidem*, 515-516]. D'accordo. Ma *che cosa* – quali diritti, quali principi – è ormai divenuto, in virtù della costituzionalizzazione, diritto positivo? *Quali* diritti o principi, cioè, hanno ormai acquisito, in virtù di un atto di volontà, la qualifica di diritto? Qui bisogna fare attenzione a evitare un trabocchetto verbale. Se intendiamo per «identificazione del diritto» – ad esempio, «identificazione della disciplina costituzionale dei diritti» – la specificazione, in termini puramente estensionali, di un insieme di enunciati, allora potremo prescindere, in sede di identificazione della disciplina costituzionale dei diritti, dalle dottrine incorporate, e

dalla loro ricostruzione. («La Costituzione italiana è questo documento qui. La disciplina costituzionale dei diritti è l'insieme degli enunciati contenuti alle pagine 5-18».) L'origine storica è davvero, da questo punto di vista, irrilevante. Ma se, di contro, intendiamo per «identificazione del diritto» la determinazione della disciplina cui sono soggetti tipi di comportamento (cioè, quali siano le qualificazioni deontiche che i comportamenti in questione hanno, secondo il diritto), o delle soluzioni normative da riconnettersi a casi generici, o delle conseguenze giuridiche di fattispecie (astratte), allora, nel rispondere a quella domanda («Che cosa – quali diritti, quali principi – è ormai divenuto, in virtù della costituzionalizzazione, diritto positivo?») non potremo prescindere dalla ricostruzione della dottrina. L'origine non è, da questo punto di vista, un accidente storico. È alla dottrina che occorre guardare, se si vuole comprendere quali siano i diritti costituzionalmente sanciti, quali siano i loro rapporti, e così via.

In breve: se intendiamo per «identificazione della disciplina costituzionale dei diritti» l'identificazione di un contenuto di senso, e non la specificazione, in termini puramente estensionali, di un insieme di enunciati (quale sarebbe, ad es., la loro enumerazione) – ed è questo il senso nel quale intenderò, qui, questa locuzione – e se i *Bills of rights* incorporano dottrine etico-politiche, l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti non potrà prescindere dalla ricostruzione delle dottrine in questione. (Il che non implica, beninteso, che non possano essere ritenuti rilevanti, o necessari, anche ulteriori ordini di considerazioni.)

Ma che cosa vuol dire, precisamente, «ricostruire» una dottrina? La ricostruzione di una dottrina – il tipo di operazione che noi tutti compiamo quando leggiamo un saggio, o quando cerchiamo di capire che cosa sia il realismo giuridico genovese – consiste nella riformulazione, e nel riaggiustamento, di insiemi di enunciati, selezionati entro insiemi di testi (scritti e non) dai contorni indefiniti. Riformulazione e riaggiustamento mirano alla ristrutturazione, alla sistematizzazione, degli insiemi di enunciati rilevanti: vengono individuati, o ricavati, assunti, principi, presupposti, tesi, che si ritiene siano atti a rendere conto di aspetti significativi della dottrina, spiegando formulazioni esplicite, prese di posizione a prima vista sorprendenti, la scelta di particolari strategie argomentative, ecc. Questa operazione di ristrutturazione è guidata da un principio di carità: da presunzioni di raziona-

lità dell'oggetto della ricostruzione, degli autori le cui idee sono in discussione. Muoviamo dall'assunto che la dottrina sia, nel complesso, logicamente consistente (che le contraddizioni, se vi sono, siano comunque localizzate), e che essa sia, in un senso più ampio, coerente¹³; nonché dall'assunto che il discorso sia, in una qualche misura, plausibile, condivisibile. («Non può voler dire *questo!* Ci deve essere qualcosa che mi sfugge».) Cerchiamo, cioè, di minimizzare l'insorgenza di contraddizioni e incoerenza – non, ovviamente, a qualsiasi costo (lasciamo aperta la possibilità che l'autore si contraddica, che la dottrina sia sconnessa, che le tesi sostenute siano del tutto prive di plausibilità), ma ritardando il più possibile il momento in cui ci arrendiamo. («Qui non c'è più nulla da capire: si contraddice, e basta»; «È un'idea davvero bizzarra, ma è proprio questo quello che sostiene!».) Va da sé che non si tratta di una procedura formalizzabile: non v'è alcun algoritmo che identifichi un insieme di operazioni di questo tipo come «ricostruzione di una dottrina». L'intera opera di ricostruzione è orientata, ovviamente, dalle domande che poniamo alla dottrina oggetto di interpretazione, dai problemi la cui soluzione ci preme, e dagli assunti dai quali, consapevolmente o meno, prendiamo le mosse.

La ricostruzione di una dottrina è, dunque, un'operazione concettuale di carattere olistico, e coerentista. Un'operazione assimilabile, nella sua struttura, al modo in cui, secondo W.V. Quine, si costruisce, e viene sottoposta a revisione, una teoria scientifica, o alla ricerca di un equilibrio riflessivo, come insieme coerente e relativamente stabile di giudizi e principi etici¹⁴. Se l'attribuzione, all'autore, di una certa tesi ci conduce, sotto l'assunto che egli sia ragionevole (consistente, coerente, e dati ulteriori assunti circa ciò che egli sostiene), a imputargli conclusioni che a noi appaiono assurde, palesemente false, o comunque in contrasto con altre tesi da lui sostenute, saremo indotti a rivedere le nostre precedenti attribuzioni, o a sospendere, in parte, il nostro atteggiamento caritatevole. Ma questo tipo di «esperienza recalcitrante» non detta un unico modo di farle fronte, e ciascuna delle

¹³ Distinguo qui, seguendo un indirizzo diffuso in più settori disciplinari, fra consistenza logica (assenza di contraddizioni), e coerenza (connessione, coesione, congruenza, o come si voglia dire) discorsiva.

¹⁴ Quine [1951]; Rawls [1971, parr. 9, 87]; cfr. per un'esposizione, con ulteriori riferimenti bibliografici, e una discussione critica, Celano [1992, 41-53, 62-81].

strategie possibili sarà a sua volta soggetta a ulteriori vincoli di coerenza con il resto dell'insieme, e richiederà ulteriori riformulazioni, riaggiustamenti, ristrutturazioni. Accade qui come nell'esperienza mentale della traduzione radicale (su cui v. *infra*, par. 4): poiché una delle condizioni alle quali diviene possibile attribuire un senso al discorso oggetto di interpretazione è la presunzione che esso sia, nel complesso, logicamente consistente, coerente, e condivisibile (che i margini di disaccordo siano, rispetto a uno sfondo di accordo, circoscritti), la ricostruzione di una dottrina è, al tempo stesso, l'individuazione di punti di accordo, o di disaccordo, con quanto essa sostiene. La ricostruzione di una dottrina, insomma, muove dalla presunzione della sua ragionevolezza – una ragionevolezza sostanziale (non solo consistenza, ma anche coerenza, plausibilità, condivisibilità), il cui metro sono le nostre convinzioni, i nostri atteggiamenti di base. Ciò non esclude, ovviamente, la possibilità che la dottrina sia, sotto particolari aspetti, logicamente incoerente, o irrimediabilmente sconnessa, o, relativamente a questioni che si reputano essere di grande importanza, da non condividere, scarsamente plausibile. Ma il disaccordo diviene apprezzabile su una base di accordo (presunto); e la ricostruzione della dottrina dipende, in modo essenziale, da ciò che colui che opera la ricostruzione medesima giudica ragionevole, plausibile, condivisibile. L'esperienza mentale della traduzione radicale mostra che un discorso che sia totalmente contraddittorio, totalmente sconnesso, e in nulla condivisibile, non è affatto un discorso (un parlante del tutto irragionevole non è un parlante). Allo stesso modo, una dottrina che sia del tutto contraddittoria, sconnessa, e non condivisibile non è affatto una dottrina. In questo senso, nella ricostruzione di una dottrina operano criteri sostanziali di razionalità.

Se le dichiarazioni dei diritti incorporano dottrine etico-politiche, e se la ricostruzione di una dottrina è un'operazione del tipo appena descritto, l'identificazione di ciò che è incorporato – i diritti, per l'appunto – richiederà tale operazione. Per questa ragione, che le dichiarazioni incorporino dottrine etico-politiche non è solo una condizione attinente alla loro genesi: un vizio d'origine, dal quale si potrebbe prescindere guardando ai diritti che la costituzione effettivamente riconosce. Per questa ragione, che le dichiarazioni dei diritti mirino, originariamente, al riconoscimento e alla tutela di vita, libertà, proprietà, e il perseguimento della felicità non è soltanto una

curiosità storica. La formula in questione riassume la dottrina etico-politica che esse incorporano, e la ricostruzione di questa dottrina resta determinante ai fini dell'identificazione dei diritti che i *Bills of rights* conferiscono. E, se nella ricostruzione di una dottrina entrano in gioco criteri sostanziali di razionalità, allora anche nell'identificazione dei diritti conferiti da un *Bill of rights* entreranno in gioco criteri sostanziali di razionalità. I diritti che una dichiarazione conferisce sono i diritti che si può ragionevolmente ritenere, sulla base della dottrina che essa incorpora, essa conferisca. Nell'identificazione dei diritti conferiti da una dichiarazione, siamo alla ricerca di un equilibrio riflessivo, nel quale sono coinvolti anche i nostri giudizi, e i nostri principi (ciò che noi assumiamo essere ragionevole).

Non solo. Sarebbe ovviamente una pia illusione ritenere che un *Bill of rights* – una delle dichiarazioni dei diritti contenute nelle carte costituzionali contemporanee – incorpori *una*, e una sola, dottrina etico-politica. È vero il contrario (cfr. Viola [2000, cap. II]). Assumo che, data una qualsivoglia specificazione accettabile dei criteri di identità di una dottrina, le dichiarazioni dei diritti incorporino, tipicamente, più dottrine etico-politiche, diverse e confliggenti. Nel ricostruire quali esse siano, dunque, non sarà possibile fare a meno di chiedersi quale di esse sia maggiormente ragionevole, come debba essere modificata alla luce delle altre, ecc. Siamo, anche qui, alla ricerca di un equilibrio riflessivo, nel quale sono coinvolti i nostri giudizi e principi. Ciò è necessario, se la descrizione sopra fornita dell'operazione di ricostruzione di una teoria è corretta, non al fine di concludere che l'insieme è privo di contraddizioni, perfettamente coerente, e del tutto condivisibile. Non si tratta di fare in modo, costi quel che costi, che la disciplina costituzionale dei diritti risulti essere un sistema normativo coerente, completo, e privo di lacune assiologiche. È necessario, piuttosto, al fine di individuare eventuali contraddizioni, incoerenze, implicazioni non condivisibili: al fine, cioè, di identificare, delimitandone lo spazio, eventuali deficit di ragionevolezza. Deficit di ragionevolezza appaiono solo sullo sfondo di una presunzione complessiva di ragionevolezza. In questo senso, l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti è una questione di razionalità sostanziale.

La conclusione è banale. L'identificazione dei diritti costituzionalmente sanciti è il frutto di una «lettura morale» della costituzione [Dworkin 1996]. Nei *Bills of rights*, i diritti sono, in misura preponderante, formulati «in ter-

mini molto generici e astratti». Una lettura morale della costituzione è una lettura che «interpreta e applica queste clausole astratte nel presupposto che esse chiamino in causa principi morali di giustizia e di correttezza politica» [*ibidem*, 2]¹⁵. Per il *moral reading*, insomma, «il *Bill of Rights* può essere inteso soltanto come un insieme di principi morali». Quali principi etico-politici? La risposta a questa domanda sarà, almeno in parte, il frutto di una ricostruzione delle dottrine etico-politiche incorporate dalla costituzione, secondo le linee sopra indicate: il frutto di un procedimento, di carattere olistico e coerentista, assimilabile alla ricerca di un equilibrio riflessivo, nel quale sono coinvolti anche i nostri giudizi e principi – ciò che, in fondo, ci appare ragionevole¹⁶.

4. CRITERI DI RAZIONALITÀ SOSTANZIALE (II): OLISMO DEL SIGNIFICATO, PRINCIPIO DI CARITÀ, EQUILIBRIO RIFLESSIVO

Sino ad ora ho argomentato in favore della mia tesi – cercando di fornire una spiegazione dell'ineluttabilità dei fenomeni passati in rassegna nel par. 2

¹⁵ Cfr. anche Dworkin [1996, 7]: molti articoli del *Bill of rights* statunitense «are drafted in exceedingly abstract moral language»; «according to the moral reading, these clauses must be understood in the way their language most naturally suggests: they refer to abstract moral principles and incorporate these by reference, as limits on government's power». Per una presentazione critica della posizione di Dworkin cfr. Comanducci [2002, par. 3.2, 4.2]. È qui opportuna una precisazione. Nel testo, faccio mia l'idea dworkiniana di una «lettura morale» della costituzione. Ma l'uso che di questa nozione viene qui fatto, il ruolo che essa gioca nella mia argomentazione, non implicano ulteriori tesi dworkiniane (con le quali, nella teoria di Dworkin, quella nozione si trova congiunta). Non implica, in particolare, né 1) la tesi dell'«unica risposta corretta» (l'argomento svolto nel testo lascia aperta la possibilità che il diritto sia indeterminato, o che sia indeterminato se esso sia indeterminato: ciò che ho cercato di mostrare nel testo è che criteri sostanziali di razionalità sono necessari, precisamente, affinché possano emergere contraddizioni, margini di incoerenza, spazi di indeterminatezza; si può plausibilmente argomentare – cfr. Comanducci [2002, par. 4.2]; Pozzolo [2001, cap. V] – che un diritto per principi incrementi, anziché ridurre, gli spazi di indeterminatezza); né 2) la tesi, sia essa imputabile a Dworkin o meno, che i principi morali (principi morali oggettivamente validi, vincolanti) siano delle «cose», parte dell'arredamento del mondo, cui le disposizioni costituzionali rilevanti fanno, in senso proprio, «riferimento» (si rilegga il passo di Dworkin citato in questa nota).

¹⁶ Da ciò segue che l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti non possa che avere carattere valutativo, o prescrittivo? Segue, cioè, almeno limitatamente alla disciplina costituzionale dei diritti, il collasso della distinzione fra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere? Non necessariamente (cfr. *infra*, par. 5).

– sulla base della circostanza che i *Bills of rights* contemporanei incorporano dottrine etico-politiche, ed esaminando in che cosa consiste la ricostruzione di una dottrina. È per questa via che, nel paragrafo precedente, siamo giunti alla conclusione che l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti è un'impresa di carattere olistico e coerentista, assimilabile alla traduzione radicale, o alla ricerca di un equilibrio riflessivo, guidata da criteri sostanziali di ragionevolezza. Ma è possibile pervenire alla stessa conclusione per una via più breve, pienamente compatibile con la precedente. In poche parole: la ricostruzione di una dottrina è un'operazione che presenta (in forma peculiare) i tratti indicati perché, banalmente, la comprensione di un discorso – l'identificazione del significato di un enunciato, o un complesso di enunciati – è, in generale, un'operazione di questo tipo. In altri termini: una teoria plausibile del significato è una teoria che rappresenta l'attribuzione di significato a un enunciato, o un complesso di enunciati (la comprensione di un discorso), come un'impresa di carattere olistico e coerentista, guidata dal principio di carità e da assunti sostanziali di ragionevolezza. Queste caratteristiche si presentano in forma tanto più marcata, quanto più il discorso oggetto di comprensione contiene termini generici, astratti, aperti, indefiniti, suscettibili di una molteplicità di specificazioni. È questo, precisamente, il caso del linguaggio dei diritti delle dichiarazioni contemporanee. Dunque, l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti sarà un'impresa che presenta, in misura marcata, i tratti indicati.

Vediamo in che modo è possibile sviluppare questo ordine di considerazioni. Praticare una lettura morale della costituzione vuol dire intendere la costituzione (in particolare, il *Bill of rights*) come un insieme di principi morali astratti, generici; identificare la disciplina costituzionale dei diritti esige che ci si chieda «quale sia il miglior modo di intendere principi morali astratti» [Dworkin 1996, 2]. Il *moral reading*, dunque, potrà essere praticato solo a condizione di disporre di una semantica (una teoria del significato) in grado di rendere conto della possibilità di «modi diversi di intendere valori morali cruciali, incorporati nel testo della Costituzione» (di modi diversi di «interpretare principi costituzionali astratti») [*ibidem*]; e della possibilità di chiedersi quale (o quali) di essi sia il migliore, cioè il più ragionevole, o comunque quali fra essi siano ragionevolmente ammissibili. Ebbene: c'è una teoria del significato che soddisfa questa condizione – o, meglio ancora, una

teoria del significato che renda inevitabile il prodursi di questi fenomeni nella comprensione? La risposta non è difficile: virtualmente *tutte* le teorie del significato contemporanee – fra quelle più plausibili – hanno la conseguenza richiesta. E ciò non è affatto sorprendente. Il tipo di operazioni richiesto dal *moral reading* è, precisamente, il tipo di operazioni che compiamo quotidianamente, con i termini e le espressioni appartenenti a linguaggi naturali, quando parliamo, o quando cerchiamo di comprendere discorsi altrui (per lo più interloquendo, realmente o ipoteticamente, con i loro autori): estensione (o contrazione) analogica dell'ambito di applicazione di un termine o un'espressione, ridefinizione esplicativa, estrapolazione da serie (in parte divergenti) di applicazioni precedenti, individuazione di casi paradigmatici e loro proiezione su casi ulteriori, distinzione e confronto di più concezioni di un concetto, precedente e *distinguishing*, e così via.

Una specificazione del significato dei termini di una lingua naturale non è un insieme finito di equivalenze definitorie da dizionario. Un dizionario non è semanticamente competente, né costituisce un modello adeguato della competenza semantica di un parlante. La semantica di un linguaggio naturale non è un insieme di definizioni stipulative: la nozione di analiticità (non formale) non costituisce una fondazione solida per una teoria del significato. Questa idea – a mio giudizio, del tutto plausibile – sta alla base di gran parte degli sviluppi nella teoria del significato post-neopositivista; e da essa discendono le conseguenze indicate (olismo, ecc.). Passo in rassegna, brevemente, alcuni di questi sviluppi, a titolo meramente esemplificativo.

1) *Abbandono della dicotomia analitico – sintetico*. Il significato che attribuiamo a un termine dipende anche dalle nostre credenze intorno alle cose. (Con la scoperta del fatto che la Terra è rotonda, e non piatta, cambia, in parte, il significato di «rotondo», e di «piatto», nonché di una molteplicità indefinita di termini ulteriori.) Dunque, non è possibile, in ultima istanza, tracciare una distinzione netta fra disaccordi verbali e disaccordi sostanziali. Chiedersi che cosa un termine o un'espressione significa non è in ultima istanza disgiungibile dal chiedersi come stanno le cose.

2) *Interpretazione radicale* (cfr. Quine [1990, 37-50]; Davidson [1973; 1974]). La redazione di un manuale di traduzione (ovvero, l'elaborazione di una teoria del significato) dell'insieme potenzialmente infinito degli enunciati appartenenti a una lingua L del tutto ignota (traduzione, o inter-

pretazione, «radicale») richiede l'attribuzione (ipotetica, congetturale) di credenze, e in generale di atteggiamenti proposizionali, ai parlanti L. L'elaborazione di ipotesi attinenti alle credenze e in generale agli atteggiamenti proposizionali dei parlanti L è guidata dal principio di carità (la massima, cioè, che prescrive di evitare quanto più è possibile l'attribuzione di credenze false o atteggiamenti non condivisibili ai parlanti, e di massimizzare la loro coerenza, consistenza e razionalità, ottimizzando così l'accordo fra l'interprete e colui il cui discorso egli interpreta), nonché da considerazioni di economia, semplicità, eleganza. Da ciò, due importanti conseguenze.

a) Le inferenze interpretative attributive di atteggiamenti proposizionali ai parlanti e di significati determinati alle loro enunciazioni sono di carattere abduttivo. La relazione di traduzione (o interpretazione) sarà quindi soddisfatta da più manuali (o teorie) che prescrivono, in parte, traduzioni diverse degli stessi enunciati di L (tesi della «indeterminatezza della traduzione»). Bisogna dunque abbandonare l'idea che ciascun enunciato di un qualsiasi linguaggio naturale sia dotato di un significato univocamente determinato, indipendentemente dal significato attribuito, sulle stesse basi, a una pluralità indefinita di enunciati del medesimo linguaggio. L'attribuzione di significati a enunciati di una lingua data L è un'impresa di carattere olistico: una «massa semantica critica» è (con la possibile eccezione degli enunciati di osservazione) qualcosa che può essere attribuito solo a un insieme sufficientemente ampio di enunciati interconnessi; l'idea che vi sia un'unica distribuzione corretta, conclusivamente determinabile, di significati fra gli enunciati di L si rivela chimerica.

b) Dalla necessità di adottare il principio di carità nell'elaborazione di una teoria del significato segue che la comprensione intersoggettiva sia possibile solo a condizione che i partecipanti all'interazione comunicativa condividano un ampio insieme di convinzioni di sfondo¹⁷. Affinché sia

¹⁷ L'esperimento della traduzione radicale va inteso come un esperimento mentale che mira a portare alla luce quanto è implicato in *ogni* interpretazione. È infatti possibile mostrare che «ogni comprensione del discorso altrui implica l'interpretazione radicale» [Davidson 1973, 125]; e questa tesi, in congiunzione con l'assunto che l'interpretazione radicale sia guidata dal principio di carità, implica che non comprenderemo gli appartenenti alla nostra stessa comunità linguistica se non condividessimo con loro un ampio insieme di convinzioni.

possibile un disaccordo sensato, affinché un interprete possa intelligibilmente attribuire ai parlanti il cui discorso egli interpreta errori, incoerenze, contraddizioni, opinioni divergenti dalle proprie, e in generale forme di irrazionalità, è necessario che l'interprete muova dall'assunto che la trama di atteggiamenti propria del parlante, sullo sfondo della quale si colloca il discorso interpretato, consti di convinzioni in larga misura corrette e coerenti, sia in larga misura scevra di contraddizioni, concordi ampiamente con quella dell'interprete medesimo, sia fundamentalmente conforme al suo ideale di razionalità (è necessario, cioè, che l'interprete muova da una presunzione di coerenza, consistenza, plausibilità, razionalità del parlante)¹⁸. Vi sono dunque dei limiti, non formalizzabili, alla possibilità di un disaccordo fra l'interprete e coloro il cui discorso egli interpreta; parlante e interprete devono condividere, se l'interpretazione deve risultare possibile, una visione del mondo.

3) *Somiglianza di famiglia*. La sostituzione, di ispirazione wittgensteiniana, della nozione di identità di significato con la nozione di somiglianza di famiglia (ovvero, la rappresentazione dell'identità di un concetto come una corda, nessun filo della quale è lungo tanto quanto la corda stessa) ha implicazioni analoghe a quelle generate dall'abbandono della dicotomia analitico – sintetico, o da una teoria del significato basata sull'interpretazione radicale.

4) *Il «Background» del significato*. Secondo J.R. Searle, «la nozione di significato letterale di un enunciato è applicabile (determina, ad es., un insieme di condizioni di verità) solo sullo sfondo di assunzioni e pratiche che non sono rappresentabili come parte del significato»; che, cioè, «non sono tutte, e non possono essere, definite nella struttura semantica dell'enunciato» [Searle 1978, 117-120; 1980, 221].

5) *Semantica a enciclopedia*. Rientra nella stessa famiglia di posizioni teoriche la tesi della superiorità di una semantica a enciclopedia, modellata sull'immagine del rizoma, rispetto a una semantica a dizionario, modellata sull'immagine dell'albero [Eco 1984, cap. 2].

¹⁸ Cfr. ad es. Davidson [1984, 136]: «disagreement and agreement alike are intelligible only against a background of massive agreement»; Davidson [1982, 476]: «the possibility of irrationality [sia nel discorso sia nell'azione] depends on a large degree of rationality».

6) *Teorie dell'intenzionalità*. I vincoli individuati dalle teorie dell'interpretazione radicale valgono anche (il che non è affatto sorprendente) per quanto attiene alla fissazione, o alle condizioni di identità, di stati intenzionali, e del loro contenuto. L'attribuzione di stati intenzionali di contenuto determinato è, secondo gran parte delle teorie dell'intenzionalità contemporanee, un'impresa di carattere olistico e coerentista, guidata dal principio di carità (una mente del tutto irrazionale non sarebbe una mente). Gli stati intenzionali e i loro contenuti sono, cioè, fissati, o identificati, da relazioni di ragionevolezza (cfr. ad es. Blackburn [1998, 53-55]).

Mi scuso per questo elenco un po' brutale. Naturalmente, su ciascuna di queste teorie, o ipotesi, si potrebbe discutere a lungo. All'elenco si potrebbero aggiungere altri punti (in particolare, forme recenti di contestualismo). Ma il punto rilevante ai nostri fini è che tutte queste teorie concorrono nell'implicare che il tipo di operazioni concettuali richieste da una lettura morale di un *Bill of rights* (chiedersi in quali modi sia possibile intendere un principio morale astratto, e quale – o quali – di essi siano più ragionevoli, o ragionevolmente ammissibili, alla luce della risposta da dare a problemi analoghi relativamente ad altri principi morali, e così via) non è se non il tipo di operazioni richieste dalla comprensione del significato di un qualsiasi discorso formulato in un linguaggio naturale. E che, in operazioni siffatte, sono operanti, e svolgono un ruolo determinante, assunti e criteri di razionalità sostanziale, irriducibili a consistenza logica e validità di inferenze deduttive. La nozione di razionalità – razionalità sostanziale – rilevante è analoga alla nozione di razionalità implicata dall'idea che vi siano buone inferenze induttive. Nella generalizzazione induttiva, alcuni tratti dei casi a partire dai quali viene operata la generalizzazione sono proiettabili, altri no [Goodman 1983; Quine e Ullian 1970, cap. VI]. La proiezione di questi ultimi genera generalizzazioni assurde. I criteri di ammissibilità di una generalizzazione non sono di carattere sintattico, o comunque specificabili in termini formali; sono, piuttosto, di carattere sostanziale. Dunque, la possibilità di buone inferenze induttive dipende dalla capacità di giudicare correttamente che certi tratti, piuttosto che altri, sono proiettabili: dalla capacità di formulare i giudizi di similarità «giusti», o di «vedere» che certi tratti sono proiettabili. (Da quali fattori dipenda questa capacità – se ad es. essa dipenda dalla storia delle nostre pratiche discorsive – è questione ulteriore, che non ci interessa

in questa sede.) Così intesa, la competenza induttiva, non riducibile a un insieme determinato di regole di selezione, né, tanto meno, formalizzabile, costituisce una forma di razionalità sostanziale. Allo stesso modo, nell'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti – cioè: nell'operare una lettura morale del *Bill of rights* – ci chiediamo se i tratti di certi casi paradigmatici (situazioni che indubbiamente ricadono sotto una certa disciplina) siano presenti anche in altri casi (candidati al ruolo di situazioni che ricadono sotto la medesima disciplina): se la somiglianza sia rilevante, o quanto lo sia, alla luce di ulteriori principi, delle loro possibili specificazioni, di eventuali conflitti, e così via. Si tratta, precisamente, del processo consistente nella ricerca di un equilibrio riflessivo fra giudizi ponderati (casi paradigmatici, assunti di partenza) e principi (ipotesi di *rationes* dei casi paradigmatici, ipotesi di somiglianza rilevante), a ogni livello di generalità¹⁹. L'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti richiede il perseguimento di un equilibrio riflessivo, alla luce di assunti e criteri di ragionevolezza, anch'essi da porre in equilibrio, che chiamano in causa, *inter alia*, i nostri giudizi e principi morali²⁰. Nel perseguimento di questo equilibrio, la definizione dei diritti costituzionalmente sanciti non è disgiungibile dalla ricostruzione del loro sfondo dottrinale (il concetto di diritti sanciti da un *Bill of rights* non è disgiungibile, in ultima istanza, dall'idea che un *Bill of rights* miri al riconoscimento, e alla protezione, di vita, libertà, proprietà, e perseguimento della felicità). Dunque, nell'identificazione della disciplina costituzionale

¹⁹ L'affinità strutturale fra ricerca di un equilibrio riflessivo e giustificazione dei principi dell'inferenza induttiva, nonché il carattere olistico della prima, sono sottolineati, com'è noto, dallo stesso Rawls [1971, xi, 20, 51, 579]; cfr. in proposito Celano [1994, 407, 645-646]. Ulteriori esempi di criteri sostanziali di razionalità, per i quali possono essere individuati *analogia* relativi all'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti, sono le diverse «virtù» di un'ipotesi esplicativa, individuate da Quine e Ullian: *conservativism*, generalità, semplicità, *refutability*, modestia [1970, cap. V] (si tratta, palesemente, di virtù che anche ipotesi interpretative – di dottrine, o in generale di discorsi – possono, e dovrebbero, avere), o il principio di ragion sufficiente (per una trasposizione di quest'ultimo in ambito normativo cfr. Alchourrón e Bulygin [1971, cap. IX]; e, per un'utilizzazione relativa all'ambito dei problemi qui affrontati, Moreso [2002a, par. 6]). La rilevanza delle acquisizioni dell'epistemologia e della teoria del significato post-neopositiviste ai fini della teoria del diritto è il filo conduttore dell'opera di Villa; cfr. in particolare, sui temi qui discussi [1999, 268 ss., 274 ss.; 2001, 256, 272-273].

²⁰ L'affinità fra questa conclusione e la tesi secondo cui «l'etica dei diritti ha una struttura tipicamente ermeneutica» [Viola 2000, 132] potrebbe essere utilmente indagata.

dei diritti non è possibile bloccare l'insorgenza di considerazioni di razionalità sostanziale – che sono, in parte, considerazioni morali²¹. Il transito dal *Master Book* al *Master System* – o ad alcuni dei *Master Systems* ammissibili – richiede specificazione, distinzione, *trade-offs*, bilanciamento, il tutto guidato da un po' di ragionevolezza²².

5. CRITERI DI RAZIONALITÀ SOSTANZIALE (III): CONCETTI ETICI SPESSI

Nel discorso morale ricorrono frequentemente termini, o concetti, «spessi»: termini o espressioni dotati, oltre che di una componente di significato valutativo, o prescrittivo, anche di una componente di significato descrittivo, più o meno precisamente determinata, più o meno vaga («onesto», «coraggioso», «casto», «umiliante», «dignità», e infiniti altri)²³. Termini o espressioni, cioè, che, pur essendo innegabilmente di carattere valutativo, o prescrittivo, hanno un contenuto descrittivo fisso (termini normativi o valutativi le cui condizioni di applicazione, fissate dall'uso linguistico, sono di carattere fattuale, e dunque indipendenti dagli atteggiamenti valutativi di chi ne fa uso). Il linguaggio dei diritti – il linguaggio delle dichiarazioni, ivi incluso il linguaggio delle clausole aperte che circondano, o si intrecciano, con i diritti, o ne fissano i limiti (*supra*, par. 2) – è ricco di simili espressioni [Moreso 2001, 99-101]. Lo stesso dicasi delle dottrine etico-politiche mediante l'incorporazione delle quali le costituzioni conferiscono diritti ai cittadini.

L'identificazione del significato di termini siffatti – l'individuazione delle loro condizioni di applicazione – non è operazione eterogenea rispetto all'identificazione del significato di termini descrittivi, che non abbiano an-

²¹ Vale qui, nuovamente, la precisazione fornita *supra*, nella nota 16.

²² Col fare uso, qui, della distinzione fra *Master Book* e *Master System*, tracciata da Alchourrón [1996], non intendo sposare la tesi che questi abbia, nei suoi ultimi lavori, abbracciato posizioni dworkiniane (cfr. sul punto Redondo [2000], e, *contra*, Bulygin [2000, 55-56]). Mi limito a sfruttare, nel contesto della mia argomentazione, una distinzione terminologica che mi pare felice.

²³ Hare [1952, *passim*]; Williams [1985, cap. 8]. Sui concetti etici spessi (termini descrittivo-valutativi) cfr. Celano [1994, 273-282] (con ampi riferimenti bibliografici).

che una componente di significato valutativo, o prescrittivo. (In particolare, non tutti i termini etici spessi sono altamente vaghi, e molti termini non valutativi lo sono [Luzzati 1990, 26-27, 313-314].) I termini etici spessi hanno, in ipotesi, significato descrittivo (i concetti etici spessi hanno condizioni fattuali di applicazione); dunque, la questione se un termine, o un concetto, siffatto si applichi o no a un certo tipo di caso sarà, sotto questo aspetto, una questione oggettivamente determinata (o indeterminata) tanto quanto lo è una questione analoga relativa a un termine puramente descrittivo, suscettibile di una risposta corretta tanto quanto lo è quest'ultima. (In quale misura si pensi che questioni di questo tipo abbiano carattere oggettivo, e siano suscettibili di risposte corrette, è un problema ulteriore, che dipende dalle vedute di ciascuno riguardo alla possibilità o meno di individuare fatti semantici, e che non ci riguarda in questa sede.) In breve: giudizi nei quali termini etici spessi sono predicati di certi soggetti possono essere altrettanto oggettivi – suscettibili di verità o falsità – quanto lo sono giudizi di carattere puramente descrittivo (altrettanto veri, falsi, o né veri né falsi). E, se le teorie del significato introdotte nel paragrafo precedente sono plausibili, la determinazione del contenuto di significato di termini siffatti, l'individuazione delle loro condizioni di applicazione, sarà un'impresa di carattere olistico e coerentista, guidata da assunti di razionalità sostanziale, nel contesto della quale non è in ultima istanza possibile disgiungere relazioni puramente concettuali (equivalenze semantiche) da opinioni sostanziali. Ossia, distinguere enunciati veri, o validi, in virtù del solo significato delle parole da enunciati veri in virtù del modo in cui stanno le cose, o comunque da accettare, da condividere. In breve: comprendere il significato dei termini etici spessi, individuare le condizioni di applicazione di concetti etici spessi, equivale a impegnarsi nella pratica discorsiva entro la quale essi sorgono, e nella quale si sviluppa il loro significato: a fare *uso* dei termini in questione, e del linguaggio che ne è intessuto.

Ciò non vuol dire – non immediatamente, almeno – che l'identificazione del significato di termini etici spessi equivalga alla, o implichi la, formulazione di valutazioni, o prescrizioni. Non vuol dire cioè – almeno, non immediatamente – che sia da abbandonare la tesi secondo cui conclusioni etiche, conclusioni valutative o prescrittive, non sono logicamente derivabili (in virtù di sole connessioni di significato) da sole premesse fattuali. Le prin-

cipali teorie metaetiche non-cognitiviste hanno tutte riconosciuto – almeno a partire da *The Language of Morals*, di R.M. Hare [1952] – che nel discorso normativo-valutativo ricorrono termini e concetti spessi. Termini come «casto», «umiliante», o «crudele» sono agganciati al mondo (sono oggettivamente applicabili o no a certi tipi di casi, a seconda delle proprietà fattuali che definiscono questi ultimi; vi sono casi paradigmatici di trattamenti crudeli, ecc.), pur avendo anche una carica valutativa²⁴. Ma, sostiene Hare, termini siffatti possono essere usati «fra virgolette», sospendendo (mettendo, per così dire, fra parentesi) il loro significato valutativo; sospendendo, cioè, l'assenso nei confronti della valutazione da essi veicolata nel discorso corrente, e limitandosi a formulare giudizi «distaccati» (*vs.* «impegnati», *committed*), intorno a quali tipi di casi ricadano o no sotto di essi.

Su questo punto, però, occorre intendersi. L'uso fra virgolette di termini o concetti spessi è, per l'appunto, *uso*: non si tratta di mera menzione del termine in questione, né di una pura e semplice descrizione delle opinioni dei parlanti in merito a che cosa ricada, o non ricada, sotto di esso (una mera descrizione, cioè, delle valutazioni di fatto compiute da coloro che fanno un uso impegnato, *committed*, del termine). I termini spessi hanno, in ipotesi, significato descrittivo; dunque, la questione se un termine siffatto si applichi o no a un certo tipo di caso è, almeno in una certa misura, una questione oggettiva (oggettivamente determinata), relativamente alla quale coloro che fanno un uso impegnato (un uso non fra virgolette) del termine possono sbagliarsi, tanto quanto possono sbagliarsi riguardo alla questione se un termine puramente descrittivo si applichi o no a un certo tipo di caso (ad es. riguardo alla questione se la Terra sia piatta). In questo senso, fare uso, sia pure un uso fra virgolette, di un termine spesso significa impegnarsi nella pratica discorsiva nel contesto della quale esso è sorto, ed entro la quale si sviluppa il suo significato. E, se si accoglie una teoria del significato appartenente alla famiglia introdotta nel paragrafo precedente, l'uso – anche l'uso fra virgolette – di un termine o un concetto «spesso» richiederà giudizi di ragionevolezza. La possibilità di preservare, seguendo questa linea

²⁴ Ad es., costringere una persona sottoposta a fermo di polizia a restare in piedi per molte ore, impedendole di dormire o anche soltanto di sedersi o sdraiarsi, ed a cantare, a comando, «Faccetta nera» (nella convinzione che sia di sentimenti antifascisti), è una forma di violenza morale nei suoi confronti (art. 13, IV c., Cost. it.).

di argomentazione, la distinzione di principio fra descrizione e valutazione, o prescrizione (la possibilità, cioè, di evitare la conclusione che la Legge di Hume sia da abbandonare) dipende dalla praticabilità di ulteriori strategie teoriche. Dipende, in particolare, dalla possibilità di tenere disgiunte, di specificazione in specificazione, componente descrittiva e componente valutativa, o prescrittiva, del significato di questi termini; dalla possibilità, cioè, di tenere fra virgolette un'argomentazione morale sostanziale. Non è detto che queste strategie abbiano successo, e non affronterò, in questa sede, questo problema²⁵. Il punto che mi preme sottolineare è, piuttosto, il seguente. Se, come pare inevitabile, si adotta una teoria del significato che presenti le caratteristiche indicate, e se – come ogni teoria metaetica, per quanto non-cognitivistica, divisionista, ecc. intenda essere, non può fare a meno di riconoscere – si concede la possibilità di termini, o concetti, spessi, allora non ci si potrà sottrarre a una conclusione: la comprensione del significato di enunciati nei quali ricorrono tali termini è un'impresa di carattere olistico e coerentista, guidata da assunti sostanziali di ragionevolezza (impresa nel contesto della quale i giudizi cui i parlanti prestano, di fatto, il loro assenso sono, in una certa misura, in discussione: resta aperta, cioè, la possibilità che tali giudizi – alcuni di essi – siano errati).

Che il linguaggio delle dichiarazioni, e delle dottrine etico-politiche che esse incorporano, sia ricco di termini etici spessi, è evidente. Da ciò, una serie di complicazioni²⁶.

1) Nel caso di molti termini ed espressioni del linguaggio dei diritti, non è chiaro se li si debba considerare come termini descrittivi, o se invece non si tratti di termini descrittivo-valutativi. (L'art. 32, I c., Cost. it. recita: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività [...]». Il termine «salute» è, qui, un termine puramente descrittivo?)

2) Come si è visto, è possibile distinguere fra una lettura diretta, una

²⁵ Ho discusso il problema in Celano [1994, 273-282, 297-308, 565-574, 578-579, 589-595].

²⁶ Non si tratta, beninteso, di problemi che riguardino esclusivamente il linguaggio dei *Bills of rights*. Gran parte delle clausole generali del diritto civile, ad es., suscitano difficoltà analoghe. Ma non mi pare che da ciò segua alcuna implicazione minacciosa per la mia argomentazione. Al contrario.

lettura sociologizzante (o maggioritaria), e una lettura fra virgolette, di enunciati – nella fattispecie, disposizioni costituzionali, o loro riformulazioni – nei quali ricorrono termini etici spessi²⁷. Supponiamo che una disposizione faccia divieto di tenere i comportamenti che sono X, dove «X» è un termine etico spesso. Nell'interpretazione diretta, la disposizione fa divieto di tenere comportamenti che sono da disapprovare (o da approvare), perché e in quanto X. Nell'interpretazione sociologizzante (o maggioritaria), la disposizione fa divieto di tenere i comportamenti che i membri del gruppo cui si fa esplicitamente o implicitamente, riferimento (o la maggior parte di essi) di fatto giudicano riprovevoli (o degni di approvazione) perché e in quanto X. Nella lettura fra virgolette, infine, la disposizione fa divieto di tenere comportamenti che, secondo i criteri fattuali, descrittivi, effettivamente adottati dai membri del gruppo, sono X. (Questa lettura, come si è detto, non coincide con la precedente, poiché può accadere che – entro certi limiti – i membri del gruppo si sbagliano nell'applicazione dei criteri da essi adottati; può accadere, inoltre, che tali criteri siano inarticolati, approssimativi, confusi, incoerenti, parzialmente confliggenti, indeterminati.) Nel caso che si adotti la prima ipotesi (lettura diretta), è ovvio che la comprensione della disposizione richieda argomenti morali sostanziali. La disposizione verte su «ciò che è X»; banalmente, la determinazione di che cosa sia ciò che è X richiede argomenti sostanziali su che cosa sia X. Se «X» è un termine morale (spesso), richiederà argomenti morali.

Se si adotta la lettura sociologizzante, o quella maggioritaria, questa conclusione non segue – almeno, non direttamente. Ma, in primo luogo, la lettura sociologizzante, o maggioritaria, è contro la lettera. Il significato letterale dell'enunciato «Sono vietati comportamenti indecenti» è diverso sia dal significato letterale dell'enunciato «Sono vietati comportamenti che i membri di G – o la maggior parte dei membri di G – giudicano essere indecenti», sia da quello dell'enunciato «Sono vietati comportamenti indecenti

²⁷ Va rilevato, però, che talune clausole formulate mediante termini spessi (ad es., «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore», art. 529 cod. pen. it.) si prestano più di altre, o sembrano addirittura esigere, una lettura sociologizzante [Diciotti 1999, 378-379]; cfr. in generale Luzzati [1990, 322-324]. Le considerazioni che seguono dovrebbero essere differenziate, e qualificate, sulla base di una tipologia dettagliata delle clausole in questione.

alla stregua dei criteri di decenza adottati dai membri di G» (e, come si è detto, quest'ultimo enunciato ha significato diverso dal precedente). Ad es. (art. 32, Cost. it.), la Repubblica tutela la salute, oppure ciò che la maggioranza degli italiani (o forse gli esperti?) ritengono essere salute? Se adottiamo un canone di interpretazione letterale, la Repubblica tutela *la salute* (cfr. Dworkin [1996, 9-10, 13]). Ciò che dicono gli esperti è rilevante allo scopo di determinare, precisamente, in che cosa essa consista, non l'inverso.

E, in secondo luogo, l'argomento dell'interpretazione radicale conduce alla conclusione che, in linea di massima, la determinazione di che cosa sia «ciò che è ritenuto essere X» richiede argomenti sostanziali su che cosa sia X. Se X è un termine morale (spesso), richiederà argomenti morali. Se, e in quale misura, l'adozione della terza ipotesi (lettura fra virgolette) consenta di preservare la distinzione di principio fra descrizione e valutazione (o prescrizione), e la Legge di Hume, è, come si è detto, questione aperta. Ha senso l'ipotesi di un'argomentazione morale sostanziale (un argomento di etica normativa) che sia però espressione di uso «fra virgolette», non *committed*, dei termini spessi che in essa ricorrono? Ha senso, cioè, l'ipotesi che ci si impegni in modo distaccato, non *committed*, in un'argomentazione morale sostanziale? Comunque si risponda a questa domanda, non sarà possibile evitare la conclusione tratta sopra: che la comprensione della disposizione sia un'impresa di carattere olistico e coerentista, che richiede il ricorso a criteri sostanziali di ragionevolezza.

Concludendo: l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti richiede la comprensione di termini o concetti etici spessi, cosa che a sua volta richiede il loro uso, sia pure fra virgolette. E l'uso di tali termini, fra virgolette o meno, richiede (che ciò consenta di preservare la Legge di Hume o no) che ci si impegni nella ricerca di un equilibrio riflessivo, secondo le linee indicate nei paragrafi precedenti²⁸.

²⁸ Che l'uso di termini e concetti spessi da parte degli interpreti e degli applicatori del testo costituzionale (in particolare, il giudice costituzionale) possa essere un uso fra virgolette (tale, dunque, da preservare *truth-aptness* e oggettività dei giudizi in cui questi termini ricorrono) è sostenuto in Moreso [2001, 100], che rinvia a Alchourrón e Bulygin [1991, 315-316]. Può forse intendersi in questo senso anche la posizione di Villa [1999, 279-285; 2001, 281]. Quanto ho sostenuto nel testo può essere inteso come il risultato di uno sforzo di comprensione, riformulazione, e chiarificazione, di un passaggio, non del tutto perspicuo, dell'argomento addotto da Moreso [2001, 100]: «podría argüirse que el

«La descrizione rimane tale, anche quando ciò che viene descritto è una valutazione», scrive Hart [1961, 244; trad. it. 2002, 314]. Non è detto che le cose stiano così: l'abbandono della dicotomia analitico-sintetico, e l'argomento della traduzione radicale, spingono in direzione opposta. Dalla possibilità di una descrizione non valutativa – non *committed* – di valutazioni altrui dipende la possibilità di evitare la conclusione che l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti abbia essa stessa carattere valutativo, o prescrittivo; il collasso, cioè, della distinzione fra diritto com'è e come dovrebbe essere. Ma, se anche si dovesse concedere quella possibilità, l'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti richiederebbe comunque la formulazione di giudizi morali sostanziali – giudizi distaccati, è vero, ma, per l'appunto, giudizi morali.

6. ALCUNE PRECISAZIONI

1) Il problema qui discusso (se sia possibile una disciplina costituzionale dei diritti, purché ragionevole e sensata, che soddisfi la condizione di determinatezza) è ovviamente, sino a un certo punto, una questione di grado.

uso de oraciones que contienen conceptos densos por parte de los intérpretes y, también, de los órganos de aplicación del Derecho (como los Tribunales Constitucionales) es un uso *entrecorrido*, un uso que se refiere a lo que en la moral social española se conoce como trato degradante, un uso desprovisto de dimensiones evaluativas. La suerte de este argumento depende de la posibilidad de separar netamente la dimensión descriptiva de la dimensión prescriptiva de los conceptos morales densos. Pero aún si esa posibilidad queda en pie, el intérprete o el aplicador precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, inevitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar. Esto es, es necesaria una red conceptual donde los conceptos morales ocupan algunos de los nodos y esa red conceptual debe controlarse, en una especie de *equilibrio reflexivo*, con nuestras intuiciones, para ello es preciso embarcarse en una reflexión moral». In questo argomento, non condivido – come appare da quanto sostenuto nel testo – l'identificazione dell'uso fra virgolette di un termine spesso, ad es. «degradante», con «un uso que se refiere a lo que en la moral social española se conoce como trato degradante» – almeno, se questa caratterizzazione viene intesa nel senso di una lettura sociologizzante, o maggioritaria, della proibizione di trattamenti degradanti (cfr. anche Alchourrón e Bulygin [1991, 316]: «los jueces [...] se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen»). Non si tratta di mera descrizione delle opinioni di fatto intrattenute dai parlanti castigliano («valutazione» è ambiguo fra adozione di un criterio di valutazione, da un lato, e applicazione di questo criterio a casi, individuali o generici, d'altro lato).

Basta ricordare il contenuto della condizione di determinatezza (*supra*, par. 1). Una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi questa condizione è una disciplina che si limita a sancire *pochi* diritti, definiti in modo *relativamente* preciso e univoco (ovviamente, non in modo *assolutamente* preciso e univoco; che ciò sia impossibile, sarà concesso da chiunque), così da *ridurre al minimo* (non, ovviamente, eliminare del tutto, se non idealmente) conflitti, indeterminatezza, incertezza.

Può sembrare, dunque, che il problema discusso in questo capitolo sia un problema concettualmente futile, inesistente, del tipo: il bicchiere è mezzo pieno, oppure mezzo vuoto? Ma questo sarebbe un errore. È ovvio che, sotto gli aspetti indicati, possano esservi, fra una dichiarazione dei diritti e un'altra, fra una costituzione e un'altra, differenze di grado. La disciplina costituzionale dei diritti può essere più o meno antinomica, più o meno indeterminata, vaga, incerta. La tesi qui sostenuta – non è possibile una disciplina costituzionale dei diritti, ragionevole, che soddisfi la condizione di determinatezza – non intende escludere (come potrebbe?) questa possibilità. Ma, in primo luogo, il modo in cui il problema viene discusso, il modo in cui i fenomeni tipici del neocostituzionalismo vengono presentati e spiegati, e le sue patologie stigmatizzate, sottende talvolta, mi pare, se non la convinzione, la speranza che non si tratti soltanto di una questione di grado: che sia in linea di principio possibile fare piazza pulita dei fenomeni di conflitto, indeterminatezza, incertezza dai quali abbiamo preso le mosse, o quanto meno che questo sia un ideale sensatamente configurabile e perseguibile. E, in secondo luogo, è bene rendersi conto delle ragioni, di ordine concettuale, per le quali non può che trattarsi di una questione di grado, e che giustificano l'enfasi posta sugli aspetti di indeterminatezza, conflitto, incertezza. Ciò che ho cercato di mostrare è che l'*ideale* medesimo è mal formato. Il che non vuol dire, ovviamente, che non abbia senso proporsi di ridurre il più possibile antinomicità, indeterminatezza, e incertezza dei diritti.

2) Il problema discusso in queste pagine (una «dichiarazione dei diritti» tale da soddisfare la condizione di determinatezza sarebbe, propriamente, una dichiarazione dei diritti?) è, ovviamente, una questione di definizione, o di ridefinizione. Il problema è stato qui affrontato come un problema di definizione *esplicativa*. Nei termini, cioè, della ricerca di una definizione che individui, mettendole in primo piano, le caratteristiche salienti del fe-

nomeno oggetto di indagine, atte a rendere conto di ulteriori suoi aspetti, reputati significativi, e delle diverse forme in cui esso si manifesta, ed a consentirci di distinguere fra ciò che, in senso proprio o pieno, può dirsi di quel genere, e ciò che, invece, lo è solo impropriamente, in via secondaria e derivata, o imperfettamente. In questo senso, ho argomentato che una dichiarazione dei diritti che soddisfacesse la condizione di determinatezza (che pure, si ricorderà, è logicamente possibile; *supra*, par. 2) non sarebbe una «vera» dichiarazione dei diritti. I «diritti» da essa sanciti non sarebbero i diritti, quali noi li concepiamo.

Il problema, dunque, è stato affrontato come un problema di definizione esplicativa. Ma, come tutti i problemi di questo tipo, può tranquillamente essere risolto in via puramente stipulativa. (In questo caso, il disaccordo assumerà carattere meramente verbale.) Non nego che sia possibile costruire un insieme di definizioni stipulative tale da consentirci di affermare che è possibile una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza. Ciò che intendo sostenere è, piuttosto, che le definizioni necessarie a questo scopo sarebbero singolarmente poco illuminanti, prive di valore esplicativo, nel senso precisato; e che, se argomentata sulla loro base, la conclusione secondo cui è possibile una dichiarazione dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza non sarebbe nulla di più che una banalità. Una banalità che avrebbe ben poco a che vedere con ciò che è proprio del genere letterario *Bill of rights*.

3) Nei paragrafi precedenti, ho fatto uso dell'aggettivo «morale» (o «etico»), per fare riferimento a considerazioni, giudizi, principi, opinioni, argomenti di carattere normativo sostanziale (relativi a come agire). Ho sostenuto, seguendo Dworkin, che una lettura adeguata della disciplina costituzionale dei diritti è, e non può che essere, una lettura «morale». Questo modo di esprimersi sembra esporre la mia argomentazione all'accusa di «imperialismo della morale» rivolta contro la cultura neocostituzionalistica da M.C. Redondo e M. Barberis [Redondo 1999; Barberis 2000, 155-157]. Ma l'aggettivo «morale» ha, in queste pagine, significato del tutto generico. Non rinvia a una sfera circoscritta di considerazioni normative (relative a come agire), delimitata sulla base di vincoli di contenuto o di fonte (ad es., l'insieme delle considerazioni assoggettate, o da assoggettare, a un test di universalizzabilità; o l'insieme dei precetti attinenti a un insieme determinato di

materie: costumi sessuali, rapporti familiari, ecc.; o ciò che ci dice la voce della coscienza; ciò che ci è dettato da naturali sentimenti di benevolenza, o di simpatia, nei confronti dei nostri simili; e così via). Nessuna delimitazione di questo tipo può avere, ritengo, un valore che non sia meramente stipulativo. «Morale», nel senso del tutto generico nel quale viene usato qui, comprende «ogni genere di considerazioni normative vincolanti»²⁹. Sono considerazioni «moralì», in questo senso, considerazioni normative (che si giudica – o si assume, si argomenta, si ipotizza – siano, o si indaga se siano) vincolanti, di qualsiasi genere (quale che sia il loro contenuto o la loro provenienza, purché relative a come agire), in quanto tali³⁰.

4) Il mio argomento non mira ad accreditare la superiorità di particolari stili o metodi interpretativi del testo costituzionale, o di particolari tecniche argomentative, o alla formulazione di direttive, generali o particolari, di politica del diritto. Così, ad esempio, non intendo sostenere che i giudici debbano praticare, quando possibile, un'interpretazione adeguatrice della legge, o che la sovrainterpretazione della costituzione sia cosa commendevole. Ancora, non intendo accreditare la superiorità di un metodo interpretativo orientato al caso, o per valori, rispetto a un metodo letterale, o sistematico³¹. L'argomento non mira a dare fondamento o legittimazione alle politiche dei diritti connesse all'ideologia neocostituzionalistica³². Non

²⁹ Raz [1984, 270; cfr. anche 1984, 260, n. 12]. Una difesa esauriente dell'opportunità di questo uso di «morale» richiederebbe però un'indagine intorno alla possibilità di attribuire al diritto (diritto positivo), in quanto tale, una forma di normatività genuina senza con ciò cadere in una variante del positivismo ideologico, o quasi-positivismo, e un esame della tesi della frammentazione del ragionamento pratico; cfr. Redondo [1999].

³⁰ «Morale» designa qui, cioè, l'ambito delle «prescrizioni» (*vs.* «precetti»); cfr. Celano [1994, 113-115].

³¹ Cfr. su queste alternative metodologiche, e le loro implicazioni di politica del diritto, Pace [2001].

³² Non, in particolare, nella misura in cui queste politiche riposano sull'idea che i diritti rivendicati – anche oltre o contro il testo costituzionale – siano diritti naturali, come tali immodificabili (cfr. in proposito Guastini [1996, 516]). La visione dei diritti costituzionalmente sanciti qui presentata – in particolare, l'idea che la loro identità, o il loro contenuto, dipenda da assunti o criteri di ragionevolezza – non ha, di per sé, nulla di giusnaturalistico (se con ciò si intende l'idea che i diritti umani siano fissati, in modo compiuto e una volta per tutte, dalla natura dell'uomo, dall'ordine naturale, dalla ragione, o dalla volontà divina). La ricerca di un equilibrio riflessivo non poggia su assunti giusnaturalistici; ed anzi è, verosimilmente, incompatibile con questi ultimi.

mira, ad esempio, ad accreditare la superiorità di un'interpretazione «aperta» dell'art. 2, Cost. it., secondo la quale i «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. citato costituirebbero una fattispecie «potenzialmente inclusiva anche di diritti non previsti in Costituzione»³³. Il mio argomento è – almeno, così spero – neutrale rispetto a queste diverse possibilità. Si tratta soltanto di esaminare che cosa richiede una comprensione adeguata della disciplina costituzionale dei diritti.

Non solo. In questo capitolo, la mia analisi è rivolta soltanto al *contenuto* della disciplina costituzionale dei diritti. Non tocca in alcun modo la questione: a chi spetta – o è bene che spetti – il potere di interpretare e applicare, in modo autoritativo e definitivo, la disciplina costituzionale dei diritti?³⁴ I diritti sanciti dalle costituzioni contemporanee, ho sostenuto, sono conflittuali, indeterminati, ed esigono specificazione, *trade-offs*, bilanciamento (operazioni, queste, nelle quali sono coinvolti anche vincoli di altro tipo, clausole aperte, ecc.; *supra*, par. 2). Ma non è detto che il bilanciamento debba essere operato, precipuamente, o esclusivamente, o in ultima istanza, dal giudice, o dal giudice costituzionale. Il *moral reading* della costituzione è, in astratto, compatibile con la tesi che il potere di operare la lettura morale della costituzione in modo autoritativo non debba spettare ai giudici; che, in particolare, la «autorità interpretativa» in questione debba spettare al po-

³³ Pace [1993, 4]. È sintomatico che un deciso oppositore dell'interpretazione della locuzione «diritti inviolabili» (art. 2, Cost. it.) come una fattispecie aperta, qual è appunto Pace, affermi ripetutamente che «molti dei c.d. “nuovi diritti” (erroneamente desunti dall'art. 2 Cost.) altro non sono che “facoltà” implicite nel contenuto di diritti espressamente riconosciuti e pertanto agevolmente deducibili da specifiche disposizioni costituzionali» (Pace [2001, 43], con esemplificazioni in nota; cfr. anche [1993, 5-7]).

³⁴ La cultura neocostituzionalista pecca sovente di una «sottovalutazione del problema fondamentale della gestione dei contenuti sostanziali dei diritti» (l'aspetto «procedurale» del problema dei diritti fondamentali); in breve, «il problema dell'autorità» («il potere di amministrazione dei diritti») [Pintore 2001, 181, 193] (cfr. più in generale Pozzolo [2001, 135-142]). Condivido la tesi che una teoria esauriente dei diritti non possa «fare a meno di una teoria dell'autorità» [Pintore 2001, 180]. Banalmente, l'argomento di questo capitolo prescinde da questo ordine di considerazioni, e non implica alcuna presa di posizione in proposito. Il problema sarà oggetto di indagine nel cap. 4. Ho esaminato altrove [Celano 2000] alcuni dei modi in cui l'assunzione del punto di vista giuridico comporta, in generale, la tendenziale trasformazione di ogni questione di giustizia – in generale, ogni questione sostanziale – in una questione di procedura.

polo [Dworkin 1996, 7, 12, 34]. O, ancora, con l'ipotesi che specificazione, *trade-offs*, bilanciamento debbano anzitutto spettare al legislatore costituzionale (cfr. Pace [2001, 45]). La mia analisi resta, su questo punto, silente.

Il punto di vista del quale l'argomento di questo capitolo è espressione – il tipo di sguardo che esso rivolge alle carte costituzionali – non è, in effetti, il punto di vista tipico del giurista (del dogmatico, dello scienziato del diritto, dell'interprete-applicatore del diritto, dell'operatore giuridico). Ma si tratta, mi pare, del punto di vista che è necessario assumere se si vuole capire, da laici, che cosa siano le costituzioni contemporanee; in particolare, quale sia il senso, la struttura, e la portata, della disciplina dei diritti in esse contenuta. Questo non è – non immediatamente, non senza qualificazioni – lo sguardo del giurista. Un giurista che miri ad accreditare una particolare soluzione interpretativa, un giudice che debba motivare una decisione, un avvocato, praticano giochi interpretativi strutturalmente diversi da quelli del laico interessato unicamente alla comprensione [Chiassoni 1990; 2000]. La lotta per il testo – lo scontro fra interessi, caratterizzato dalla circostanza che la vittoria vada a chi riesce a far sì che il testo dica ciò che soddisfa l'interesse di cui è portatore – è una forma di interazione la cui struttura è diversa dalla comunicazione discorsiva, finalizzata alla comprensione³⁵. Ma, come scrive Hart, il diritto è una cosa troppo importante per lasciarla ai giuristi.

7. CONCLUSIONE

Qual è la morale che è possibile trarre da questa storia? Due implicazioni mi sembrano significative. La prima apparirà attraente al versante più realista, se non cinico, dell'animo di un teorico del diritto. La seconda fa invece appello ai suoi buoni sentimenti, e ha risonanze edificanti.

1) Da quanto detto sinora si potrebbe forse concludere – se si sia effettivamente disposti a farlo, dipende dal temperamento teorico di ciascuno – che, inevitabilmente, le dichiarazioni dei diritti sono, per usare l'espressione

³⁵ Cfr. Jori [1995, 128-130]. Un problema che meriterebbe di essere indagato è quali siano o possano essere, nel caso del diritto, le relazioni, e le interferenze reciproche, fra queste due famiglie di giochi interpretativi.

di Bentham, un cumulo di fallacie anarchiche. Anche insiemi minimali di diritti liberali, purché ragionevoli e sensati, generano conflitti, indeterminazione, e dunque un significativo deficit di certezza. Questa è, come Bentham aveva compreso, una caratteristica propria del genere letterario «Dichiarazione dei diritti». Dunque: o si fa del tutto a meno di una disciplina costituzionale dei diritti, oppure si dovrà rinunciare all'ideale di una disciplina costituzionale dei diritti che soddisfi la condizione di determinatezza.

2) Nell'identificazione della disciplina costituzionale dei diritti non è possibile bloccare l'insorgenza di considerazioni attinenti alla sostanza dei diritti costituzionalmente sanciti: alla loro estensione, alla loro specificazione, al loro peso relativo in rapporto a ipotesi particolari, a loro limitazioni e agli elementi in base ai quali tali limitazioni possono considerarsi giustificate, e così via. Non resta dunque che abbandonare l'idea che la risposta alla domanda: «Quali sono i diritti costituzionalmente sanciti?» possa essere fornita indipendentemente dal ricorso ad argomenti normativi sostanziali – argomenti di etica normativa (restino essi fra virgolette, «distaccati», o no) – e impegnarsi, se lo si ritiene interessante, o utile, in discussioni di questo tipo.

Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale (I): nomostatica

1. LA DIMENSIONE ETICA SOSTANZIALE DELLO STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO

Gli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali di diritto presentano caratteristiche peculiari, attinenti sia al loro contenuto, sia alla loro struttura. Negli Stati costituzionali di diritto alla sommità dell'ordinamento giuridico si trova una costituzione scritta, rigida, garantita e lunga. Costituzioni siffatte incorporano (ovvero, rinviano a) diritti, principi e valori etici¹. È questa una prima importante caratteristica, attinente al contenuto, degli ordinamenti giuridici in questione.

Questa incorporazione, o rinvio, va intesa nel modo seguente: l'identificazione del contenuto (la comprensione) delle disposizioni rilevanti, e la loro applicazione a casi generici o individuali, richiedono, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali. Sono opportune, al riguardo, tre precisazioni.

1) L'incorporazione di – o il rinvio a – principi e valori etici non è una caratteristica esclusiva delle disposizioni costituzionali (negli odierni Stati costituzionali di diritto). Questa caratteristica può essere condivisa da di-

¹ Anche qui utilizzo i termini «etico» e «morale» come sinonimi. Entrambi fanno riferimento alla sfera del ragionamento pratico (delle ragioni, giustificative, d'azione), senza restrizioni. Non conosco alcuna delimitazione plausibile, che non abbia carattere stipulativo, della sfera delle ragioni «moralì», rispetto alla sfera delle ragioni d'azione ordinarie, senza restrizioni – la sfera, cioè, dell'etica, complessivamente considerata.

sposizioni di diversa fonte (ad es., disposizioni codicistiche; clausole aperte, standard, cause di giustificazione, ecc.), o da criteri giuridici di altro tipo (ad es., standard argomentativi). Tuttavia, nelle costituzioni del secondo dopoguerra il fenomeno assume proporzioni macroscopiche.

2) Ciò vale, a maggior ragione, degli ordinamenti giuridici caratterizzati da un marcato processo di costituzionalizzazione (sovra-interpretazione della costituzione, interpretazione adeguatrice della legge alla luce della costituzione, *Drittwirkung*, *Ausstrahlung*, e applicazione diretta delle norme costituzionali)². Un simile processo di costituzionalizzazione è un tratto tipico della cultura giuridica degli odierni Stati costituzionali di diritto.

3) Può certo darsi il caso che disposizioni costituzionali o di altro tipo incorporino (o facciano rinvio a) valutazioni socialmente condivise; che, cioè, la loro corretta applicazione richieda una registrazione fedele dell'opinione socialmente condivisa riguardo a una particolare questione, e la sua applicazione al caso oggetto di decisione. Questo tipo di disciplina pone alcuni problemi peculiari: come stabilire qual è l'opinione socialmente condivisa su una data questione? (Mediante un'indagine statistica? Quale sarà la percentuale decisiva?) Che cosa garantisce che vi sia, effettivamente, un'opinione socialmente condivisa? Dato il fatto del pluralismo – di interessi e preferenze, visioni del mondo, concezioni del bene, dottrine religiose, morali, politiche – che caratterizza le società occidentali contemporanee, sulla maggior parte delle questioni controverse vi sarà da aspettarsi precisamente il contrario. Non solo: si può plausibilmente argomentare che, entro certi limiti, la ricostruzione di opinioni (etiche e non) socialmente condivise chiami in causa giudizi e valutazioni dell'interprete; militano in favore di questa conclusione gli argomenti basati sull'idea che l'interpretazione sia guidata, in ultima istanza, dal principio di carità (cfr. Celano [2005a, n. 1]). Ma, prescindendo da queste difficoltà, qui irrilevanti, non pare sia questa la lettura corretta di molte disposizioni costituzionali. Le disposizioni in questione rinviano direttamente a diritti, principi e valori etici; la loro applicazione richiede, non la registrazione di opinioni etiche socialmente condivise, ma il ricorso diretto a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali³.

² Sulle condizioni di costituzionalizzazione di un ordinamento giuridico cfr. Guastini [1998a].

³ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 5. Ci si può chiedere se ciò implichi che, per comprendere

A tutto ciò si aggiunga il fatto che strumenti sovranazionali o internazionali (dichiarazioni, trattati, ecc.) concorrono a costituire il contenuto della disciplina costituzionale in materia di diritti, e contribuiscono in misura crescente all'incorporazione, negli ordinamenti degli Stati costituzionali di diritto, di principi e valori etici.


Lo Stato costituzionale di diritto presenta altresì alcuni tratti distintivi di carattere strutturale (che, beninteso, trovano anch'essi il loro fondamento, almeno in parte, in disposizioni costituzionali). Spiccano, in particolare, le diverse forme di garanzia della costituzione, prima fra tutte il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi o altri atti. A questi tratti strutturali sono strettamente connesse particolari elaborazioni dottrinali – ad esempio, l'ipotesi, controversa, dell'eccesso di potere legislativo – e teoriche – ad esempio, la distinzione fra validità e vigore di norme giuridiche di rango infracostituzionale.

L'insieme di queste caratteristiche sostanziali e strutturali genera, secondo alcuni, conseguenze indesiderate: un grave deficit di certezza, l'attribuzione di amplissima discrezionalità ai giudici costituzionali (e, qualora si aderisca alla dottrina della *Drittwirkung*, ai giudici comuni), e un conseguente sbilanciamento dei poteri in favore della giurisdizione; al limite, una sorta di «onnipotenza giudiziale». La plausibilità di queste valutazioni complessive non sarà qui oggetto di discussione. Ma non v'è dubbio che dai tratti strutturali degli Stati costituzionali di diritto derivino problemi concettuali e normativi – problemi non nuovi, ma che nello Stato costituzionale di diritto si presentano in una nuova configurazione.

In generale, la specificazione delle condizioni di validità di norme o atti in un ordinamento giuridico genera un'antitesi, l'antitesi fra il carattere definitivo, e autoritativo, di una decisione, da un lato, e la sua correttezza (in

la disciplina costituzionale, è necessario condividere, almeno entro certi limiti, le valutazioni e le prese di posizione etico-sostanziali da essa espresse. Lascio qui impregiudicata questa alternativa. Ho saggiato la possibilità di una risposta negativa *supra*, cap. 2, par. 5; ho invece seguito la linea di una risposta positiva in Celano [2005a, par. 4]. Possiamo lasciare aperta la possibilità di un ragionamento morale «distaccato», non *committed*, o abbracciare l'idea che la comprensione esiga, entro certi limiti, un atteggiamento *committed* da parte dell'interprete. In entrambe le ipotesi, saranno comunque necessarie, ai fini della comprensione delle disposizioni costituzionali rilevanti, considerazioni e argomentazioni etiche sostanziali.

rapporto alle condizioni – competenza, procedura, contenuto – rilevanti), d'altro lato. Altro è il carattere definitivo di una decisione, altro la sua correttezza; ma può accadere che il diritto non contenga le risorse necessarie (la specificazione di organi e procedure appropriati) ai fini della revoca di una decisione errata: può accadere che una decisione errata sia definitiva. Il contenuto di questa decisione sarà, ciò nondimeno, diritto: una norma o un atto giuridicamente valido. Questa antitesi non è risolvibile⁴. Non v'è alcuna soluzione teorica di questo problema. La sua «risoluzione», nella pratica, consiste nel fatto che è questo il modo in cui, negli ordinamenti giuridici, si procede. Ma nello Stato costituzionale di diritto, in ragione delle sue caratteristiche strutturali, questa antitesi si configura in modo particolare. Sorgono, specificamente, seri problemi di legittimazione: il ruolo della giurisdizione entra in conflitto con il principio democratico, astrattamente inteso.

Questo ordine di considerazioni e di problemi, teorici e normativi, attiene al carattere nomodinamico degli ordinamenti giuridici; deriva, cioè, dalla circostanza che gli ordinamenti giuridici sono sistemi normativi caratterizzati dall'istituzione e dalla delegazione di poteri normativi (poteri di produzione, eliminazione, e applicazione di norme o atti giuridici) (cfr. Celano [2002a; 2005a]). Ebbene: non mi occuperò in questo capitolo  questo ordine di problemi (che saranno, invece oggetto di considerazione nel prossimo capitolo). Piuttosto, guarderò al contenuto. Gli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali di diritto, visti alla luce delle istanze sovranazionali e internazionali che con essi interagiscono, sono dotati, come si è detto, di un corposo contenuto etico. Come è da intendere questo contenuto? In particolare: qual è la struttura dell'insieme di contenuti – diritti, principi e valori etici – sanciti ed espressi dalle costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto? L'insieme di questi contenuti – principi, diritti, valori, interessi di vario genere – costituisce ciò che chiamerò la «dimensione etica sostanziale» dello Stato costituzionale di diritto. Il problema sul quale vertono le consi-

⁴ Celano [2002a]. In generale, il diritto ha una duplice tendenza: da un lato, tende a trasformare ogni problema di giustizia in un problema di giustizia procedurale pura; d'altro lato, tende a trasformare ogni problema di giustizia procedurale pura in un problema di giustizia procedurale imperfetta. (Le nozioni di giustizia procedurale pura e di giustizia procedurale imperfetta sono rawlsiane. Rinvio per la loro definizione allo scritto appena citato.)

derazioni che seguono è: qual è la forma, la struttura, della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto?

Naturalmente, separare considerazioni e problemi attinenti all'aspetto strutturale (la nomodinamica) dello Stato costituzionale di diritto, da un lato, e considerazioni e problemi relativi alle sue caratteristiche di contenuto (ossia, problemi attinenti alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto), d'altro lato, ha un che di artificioso. Verosimilmente, dalla risposta alla domanda sulla struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto dipenderà la risposta ad alcuni degli interrogativi attinenti ai tratti strutturali (la nomodinamica) degli Stati costituzionali di diritto, e viceversa. Prendere in considerazione soltanto il primo di questi due aspetti, facendo astrazione dal secondo, è una forzatura⁵. Ma, d'altro lato, distinguere, sia pure in via provvisoria, è necessario, e inevitabile. Prescinderò dunque, in questo capitolo, dalla nomodinamica degli Stati costituzionali di diritto, e dai problemi teorici e normativi (in particolare, problemi di legittimazione) che essa suscita, e limiterò la mia considerazione ai contenuti etici sostanziali incorporati dalle costituzioni odierne. Qual è la struttura, la forma, di questo insieme di contenuti?

Per rispondere a questa domanda costruirò tre diverse concezioni della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto: tre diverse ipotesi di ricostruzione dei tratti strutturali, formali, dell'insieme di diritti, principi, valori e interessi che caratterizzano, quanto al contenuto, gli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali di diritto. Chiamerò queste tre ipotesi di ricostruzione «modello minimalista», «modello irenistico», e «modello particolarista» (il modello irenistico e quello particolarista sono versioni del «modello del bilanciamento»). Il modello minimalista è, come vedremo, privo di plausibilità. Suggestirò la superiorità del modello particolarista sul modello irenistico⁶.

⁵ Ossia, una teoria dei diritti e della giustizia deve essere affiancata, e integrata, da una teoria dell'autorità [Waldron 1999a, 1-4, 10-12, 212-213; Pintore 2003, 104, 124] (ma cfr. già, con diversa formulazione, Jori [1995, 128-130]; Pintore [2003, 28-29]) e – almeno quando oggetto d'indagine è lo Stato costituzionale di diritto – viceversa.

⁶ Ciascuno dei tre modelli ambisce a presentare una ricostruzione razionale della struttura del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Come tale, aspira ad avere carattere descrittivo ma anche, congiuntamente, normativo, in senso

I tre modelli si differenziano, e si contrappongono, su una questione (*rectius*, un insieme di questioni reciprocamente connesse): se si diano conflitti fra diritti (fra diritti e valori, fra diritti e principi, ecc.; s'intende, diritti, valori, principi, interessi costituzionalmente sanciti); quale sia – in caso di risposta affermativa al precedente quesito – la struttura di tali conflitti; e quale, infine, la struttura della loro eventuale risoluzione. In altri termini, il criterio di differenziazione fra i tre modelli è la risposta che essi danno alla domanda se i diritti (valori, principi, interessi) costituzionalmente sanciti confliggano, in quale, o quali, forme, e come sia possibile risolvere eventuali conflitti. La centralità di questo insieme di interrogativi, ai fini di una ricostruzione soddisfacente della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, è di per sé evidente. Ma l'ambizione delle considerazioni che seguono sarebbe quella di illustrare questa centralità mediante il confronto fra i modelli proposti – e, viceversa, il valore esplicativo di questo confronto dovrebbe a sua volta essere illuminato dalla centralità degli interrogativi cui i tre modelli intendono rispondere. (Il circolo è, spero, virtuoso.)

Nella costruzione e nella disamina dei tre modelli farò più volte riferimento a elaborazioni teoriche filosofico-morali e filosofico-politiche. Utilizzerò, cioè, idee, concetti e argomentazioni tratti dalla sfera dell'indagine metaetica, e dell'indagine etica, ed etico-politica, sostanziale. Queste elaborazioni teoriche costituiscono – o almeno, così spero – utili strumenti di chiarificazione. Si tratta di elaborazioni svincolate da dati giuridico-positivi, che possono però, mi pare, rivelarsi illuminanti ai fini della costruzione di modelli astratti, finalizzati, per l'appunto, alla comprensione di dati giuridico-positivi (in questo caso, la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto). Ma non si tratta, naturalmente, della stessa cosa. Altro è una teoria normativa sostanziale dei diritti morali, altro un'ipotesi di ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale degli odierni Stati costituzionali di diritto. La differenza fra questi due ambiti d'indagine, o ordini di considerazioni, sarà ripetutamente sottolineata.

epistemico; nel senso, cioè, dell'indicazione di forme del ragionamento corretto. (La nozione di ragionamento è normativa: un ragionamento fallace non è un ragionamento, ne ha solo l'apparenza.) Ciascun modello, insomma, ha lo stesso statuto logico di una definizione esplicativa: una definizione esplicativa non è né puramente lessicale, né stipulativa (dunque, prescrittiva).

2. IL MODELLO MINIMALISTA

Questo primo modello è caratterizzato dall'assunto che i diritti (valori, principi, interessi) costituzionalmente sanciti non confliggano: che, semplicemente, non vi siano conflitti fra principi costituzionali. Questo assunto è ben poco plausibile, e non so chi mai potrebbe voler abbracciare, esplicitamente e senza qualificazioni, questo primo modello. Ma credo sia egualmente utile esplorare le sue possibili articolazioni. Il modello minimalista ha valore, essenzialmente, come termine di contrapposizione critica.

Come rendere plausibile l'idea che non si diano conflitti fra principi costituzionali? Il modello minimalista assume che la disciplina costituzionale dei diritti (che costituisce, in ipotesi, il nocciolo della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto) sancisca, nonostante l'apparenza, un numero molto limitato di diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da essere rilevante, e applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui questi diritti sono violati⁷. Questo assunto, a sua volta, poggia su ulteriori considerazioni. Anzitutto, la riduzione dei «veri» diritti ai diritti di libertà, e la conseguente squalificazione dei diritti sociali (e a maggior ragione di diritti di generazioni successive) come «diritti» solo in senso derivato, secondario, degenerato (i diritti politici sono invece facilmente traducibili in modalità di articolazione di poteri di produzione giuridica). I «veri» diritti sono, a loro volta, intesi come vincoli sull'azione altrui – in particolare, degli organi pubblici. Si tratta, essenzialmente, di obblighi di astensione, da parte dei poteri pubblici, da tipi di condotta previamente definiti e tassativamente enumerati⁸.

⁷ Questa è, come si ricorderà (*supra*, cap. 2, par. 1), ciò che abbiamo denominato «condizione di determinatezza».

⁸ Fioravanti [1995, 140-141] prospetta l'alternativa fra una forma di costituzionalismo imperniato, in via esclusiva, sulla garanzia dei diritti di libertà (nel nostro lessico, caratterizzato dall'adozione del modello minimalista), da un lato, e una concezione della costituzione che assegna a quest'ultima una funzione di indirizzo dell'attività legislativa, nel senso della realizzazione di valori e obiettivi di giustizia sociale (una costituzione, dunque, il cui catalogo di diritti comprende anche i diritti sociali), d'altro lato, come «la scelta fondamentale, dalla quale deriva il significato ultimo dell'intero sistema positivo dei diritti e delle libertà» («o mantenere in piedi e sviluppare l'ambizioso tentativo intrapreso dalle costituzioni democratiche contemporanee, tendente a coniugare la costituzione»

In ambito filosofico-politico il paradigma di questo tipo di ricostruzione del dominio dei diritti fondamentali è la teoria di R. Nozick, secondo la quale i diritti sono *side-constraints*. Ad essa si potrebbe accostare la teoria di H. Steiner⁹. Queste proposte hanno, dal punto di vista di un'indagine etico-politica sostanziale, le loro debolezze¹⁰. Ma ciò che rileva, ai nostri fini attuali, è che teorie del genere non possono certamente costituire un buon modello ai fini della ricostruzione dell'insieme di elementi (diritti, valori, principi, interessi) che costituiscono la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Proposte di questo tipo hanno, essenzialmente, carattere stipulativo. Ma si tratta di una linea di stipulazione incompatibile con la cultura giuridica degli Stati costituzionali di diritto, e con il contenuto delle costituzioni del secondo dopoguerra. Non soltanto le nostre costituzioni sanciscono tipi diversi di diritti (nonché ulteriori valori, principi, interessi), irriducibili al modello nozickiano. Per di più, questo non è soltanto un dato di fatto contingente: il modello minimalista è, in effetti, irragionevole. Come si è mostrato (*supra*, cap. 2), persino un insieme minimale di diritti di prima generazione – purché ragionevole – includerebbe una pluralità di diritti suscettibili di entrare in conflitto fra loro, ed esigerebbe l'inserzione di clausole aperte, e termini etici spessi. In virtù di queste condizioni di ragionevolezza, un insieme siffatto esorbiterebbe dai limiti imposti dal modello minimalista (limiti stipulativi riguardo a quali siano i «veri» diritti; e,

indirizzo e la costituzione-garanzia», oppure «affermare recisamente che in quel tentativo è contenuto un vizio di fondo da eliminare, ancora una volta di stampo statualistico [...], e riportare quindi tutto il costituzionalismo entro l'orbita della costituzione-garanzia, della protezione, e non della promozione, dei diritti»). La squalificazione dei diritti sociali (la loro destituzione dal rango di «veri» diritti) può poggiare su considerazioni diverse (tutte, beninteso, problematiche): i cosiddetti diritti sociali, a differenza dei diritti di prima generazione, hanno un costo – il loro soddisfacimento, infatti, esige prestazioni positive da parte dei poteri pubblici (su questa linea di argomentazione, e le sue debolezze, cfr. *supra*, cap. 1, par 9 (in part. l'*excursus*), e Holmes e Sunstein [1999]); non si tratta, per lo più, di posizioni normative azionabili, e, ci si chiede, che cosa è mai un «diritto» che non sia azionabile? E così via.

⁹ Nozick [1974] (ma si vedano le precisazioni in Nozick [1981, 734]); Steiner [1994]. Steiner fa della compostibilità di un insieme di diritti (ossia, la possibilità che i diritti che fanno parte di tale insieme siano congiuntamente esercitati) una condizione necessaria di ammissibilità etica di tale insieme.

¹⁰ In particolare, non pare si possa escludere l'ipotesi di conflitti fra diritti negativi di tipo nozickiano [Wellman 1995, 273].

correlativamente, l'assunto della non conflittualità dei diritti). L'immagine minimalista di una lista, breve e tassativa, di (pochi) diritti componibili, precisamente definiti (e, con essa, un insieme di elementi strutturali ulteriori; ad es., la tesi della correlatività di diritti e doveri; *supra*, cap. 1, par. 4.2) è, rispetto alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, priva di qualsiasi valore ricostruttivo-esplicativo: non è l'immagine di una *ragionevole* disciplina costituzionale dei diritti. Teorie che negano la possibilità di conflitto fra diritti (secondo le linee del modello minimalista) non sono soltanto inadeguate sotto l'aspetto descrittivo (e, a maggior ragione, prive di potere esplicativo) [Comanducci 2004, 320, 326]. Sono altresì, inscindibilmente, inadeguate sotto il profilo normativo, perché irragionevoli (ossia, sostanzialmente irrazionali; *supra*, cap. 2).

3. CONFLITTI FRA PRINCIPI COSTITUZIONALI: IL MODELLO DEL BILANCIAMENTO

Il modello minimalista è guidato dall'assunto che i diritti costituzionali non confliggano. Nella cultura giuridica contemporanea è pressoché unanimemente condiviso l'assunto opposto. Generalmente si dà per scontato, fra i teorici del diritto, i costituzionalisti, e in generale i giuristi e gli operatori giuridici, che i diritti fondamentali (i diritti costituzionalmente sanciti, nonché i diritti sanciti da strumenti internazionali come la Dichiarazione universale dei diritti umani, la Cedu, ecc.) possano confliggere, e sovente confliggano¹¹. Il modo corrente di esprimersi a proposito di casi difficili in materia di applicazione di diritti – è abituale parlare della necessità di operare, o vagliare, un «bilanciamento» fra diritti, o fra diritti e considerazioni di altro tipo – presuppone che conflitti fra diritti siano, per l'appunto, possibili. A dover essere (correttamente, si auspica) «bilanciati» (soppesati, ponderati, temperati, ecc.) sono, per l'appunto, diritti confliggenti. (L'idea del bilanciamento si estende al rapporto fra diritti e fattori di altro tipo – valori,

¹¹ Qualche esempio, tratto da ambiti diversi: Alexy [1994, 78-79]; Bin e Pitruzzella [2000, 485]; Bobbio [1990, 9, 11-13, 39 ss.]; Hart [1973b]; Ignatieff [2001, 20-22, 84, 94]; Moreso [2002a]; Pino [2003, cap. III]; Pintore [2003, *passim*, in part. 103-104]; Rawls [1971, 203; 1993, 295]; Viola [2000, 15]; Zolo [2003, 138-141].

principi, interessi, considerazioni generali operanti come clausole limitative, ecc. – anch’essi costituzionalmente sanciti. I diritti possono, in taluni casi, entrare in conflitto con valori, interessi, considerazioni di altro tipo.)

In teoria etica (in sede, cioè, di indagine metaetica ed etica, o etico-politica, sostanziale) la risposta alla domanda se i diritti possono confliggere dipende da quale concezione dei diritti si abbia: da quale teoria dei diritti si adotti [Waldron 1989, 203]. Può accadere che teorie (concettuali o sostanziali) diverse rispondano diversamente a questo interrogativo, in piena coerenza con i propri assunti¹². La risposta alla domanda dipende da come viene costruito il concetto di diritto soggettivo; e non è affatto detto – ed è anzi metodologicamente auspicabile il contrario – che si debba avanzare la pretesa di aver individuato il «vero», autentico, genuino concetto di diritto. Può ben accadere che teorie diverse identifichino come «diritti» tipi diversi di considerazioni morali, e «mentre è interessante chiedersi che tipo di considerazioni siano più importanti, non è affatto interessante chiedersi quale di esse catturi realmente l’essenza dei *diritti*»¹³.

Una teoria dei diritti fondamentali e, in generale, una ricostruzione della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto non godono di questo privilegio. Quali considerazioni siano «diritti», di quali tipi, è fissato, in parte, da un testo, e dalla sua interpretazione consolidata, o dall’insieme delle sue interpretazioni consolidate, più o meno contrastanti fra loro. Non possiamo decidere sulla base di sole considerazioni teoriche (di coerenza e omogeneità, ecc.). È vero che, anche in sede di teoria del diritto, la risposta alla domanda se i diritti fondamentali possano o no confliggere dipenderà da quale teoria dei diritti, o in generale da quale teoria *del diritto*, in senso oggettivo, si faccia propria [Comanducci 2004, 320]. Ma una teoria plausibile dovrà tenere conto della varietà dei tipi di considerazioni che la costituzione (e altri documenti rilevanti) e le sue interpretazioni consolidate qualificano come «diritti». O, in altri termini, teorie diverse dei diritti sono esse stesse iscritte nella costituzione, e nelle sue interpretazioni consolidate.

¹² Waldron [1989, 203-206] illustra questa possibilità adducendo come esempi la teoria dei diritti di Nozick e la versione contemporanea della *Interest Theory* dei diritti, nella forma elaborata da J. Raz (su cui si veda *supra*, cap. 1, par. 8).

¹³ Waldron [1989, 206]. Una teoria morale può concedersi il lusso di dichiarare che «if someone wants to insist that the conflicts we are studying are not properly called conflicts of *rights*, that can be conceded» [*ibidem*, 205].

Con l'ingresso, nella costituzione, di un certo tipo di «diritti» entra a far parte, della disciplina costituzionale dei diritti, una certa concezione – una particolare teoria – dei diritti. Insomma, il contenuto della disciplina costituzionale dei diritti è esso stesso costituito da concezioni diverse, non necessariamente compatibili fra loro, di che cosa sia un diritto: quale struttura abbia, quali ne siano i correlati e le implicazioni, ecc. Una teoria adeguata della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto deve tenere conto di questa circostanza – del fatto che il suo oggetto medesimo è costituito, in parte, da teorie diverse, e talvolta confliggenti, dei diritti.

La disciplina costituzionale dei diritti negli odierni Stati costituzionali di diritto è costituita da un insieme di testi, e dalla loro interpretazione consolidata; cioè, dal ventaglio delle interpretazioni consolidate, spesso in contrasto fra loro. È il risultato di un processo storico-culturale, politico, frutto di compromessi e aggiustamenti. In essa confluiscono concezioni diverse dei diritti: le costituzioni contemporanee, e le interpretazioni consolidate, identificano come «diritti» tipi molto diversi di considerazioni. Sarebbe davvero sorprendente se una simile formazione storica, nella quale confluiscono tendenze diverse e confliggenti, articolata in una pluralità di interpretazioni diverse e confliggenti, risultasse in una perfetta compatibilità, sotto qualsiasi condizione ipotizzabile, delle considerazioni qualificate come «diritti» – avesse esito, cioè, in un sistema di diritti compostibili (ovvero, esente da conflitti). E ciò vale, a maggior ragione, relativamente alla possibilità di conflitto fra diritti ed elementi di altro tipo (valori, interessi), anch'essi costituzionalmente sanciti.

Non solo. Anche le teorie etiche e metaetiche sono per lo più costruite in modo da lasciare aperta la possibilità di conflitti fra diritti¹⁴. Ciò vale, ad esempio, della proposta di una «moralità basata su diritti» avanzata da Mackie [1978, 177, 180-181], o della *Interest Theory*, nella versione datane da Raz¹⁵. Un modo tipico di trattare simili conflitti consiste nel ricorso alla distinzione fra diritti *prima facie* e *all things considered* (o *actual*, o ancora *final*)¹⁶. A sostegno del ricorso a questa distinzione, o a distinzioni analoghe

¹⁴ Sull'includibilità del fenomeno del conflitto fra diritti morali cfr. Wellman [1995, 271-273].

¹⁵ Cfr. su questo punto Waldron [1989, 203].

¹⁶ Così ad es. Mackie [1978].

(come vedremo fra breve, la qualificazione «*prima facie*» può essere fuorviante), militano considerazioni assai plausibili. Considerazioni che, come vedremo (*infra*, parr. 5, 6), valgono, a maggior ragione, nel caso della disciplina costituzionale dei diritti.

Tutto ciò rende molto verosimile l'ipotesi che diritti fondamentali possano confliggere: che la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto sia costituita da un insieme di elementi potenzialmente, se non apertamente, confliggenti. Ma, ovviamente, il problema è: in che senso, precisamente, sono possibili «conflitti» fra diritti, o principi, fondamentali? Che cosa si deve intendere, qui, per «conflitto»? Qual è, o quali sono, i tipi principali di conflitto? E, correlativamente, qual è, quale può essere, la struttura della «risoluzione» di un conflitto fra principi, o diritti, fondamentali?

Abbiamo qui l'embrione di una seconda ipotesi di ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, alternativa rispetto al modello minimalista. I conflitti sono possibili, e frequenti; di fronte a un conflitto fra diritti, principi, ecc., è necessario «bilanciare» (soppesare, ponderare) gli elementi in conflitto, al fine di stabilire quale di essi abbia, relativamente al (tipo di) caso in esame, maggiore «peso». Ovvero, occorre sottoporre a scrutinio, o revisione, un bilanciamento siffatto, operato da un diverso organo (ad es., il legislatore), al fine di stabilire se sia corretto, ragionevole, ammissibile. La risoluzione di un conflitto è l'esito di questo processo di bilanciamento (o della sua revisione). Chiamerò questa ipotesi di ricostruzione «modello del bilanciamento».



4. CONCETTO E TIPI DI CONFLITTO

Quando due diritti confliggono? In generale, a quali condizioni si può affermare che si dà un conflitto fra elementi (diritti, principi, valori, interessi) costitutivi del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto?

Non cercherò qui di dare una risposta esauriente a questa domanda, cosa che richiederebbe una digressione molto ampia. Mi limiterò ad alcune osservazioni, utili ai fini della costruzione delle due versioni del modello del bilanciamento sulle quali ci soffermeremo fra breve.

In astratto, la definizione di una nozione soddisfacente di conflitto fra diritti fondamentali è compito di un'analisi formale della nozione di diritto soggettivo. Tuttavia, anche in questo caso una teoria del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto deve tenere conto del fatto che nella disciplina costituzionale dei diritti confluiscono, ed entrano in collisione, concezioni diverse di che cosa sia un diritto soggettivo. Così, a ipotesi formali di definizione (riconducibili a una particolare concezione della nozione di diritto soggettivo) si affiancano tipologie, o inventari, in cui le forme di conflitto si moltiplicano, secondo dimensioni non direttamente implicate in una teoria formale della nozione di diritto soggettivo.

Sul piano formale, si può affermare, ad esempio, che «quando diciamo che certi diritti confliggono, ciò che in realtà intendiamo dire è che i doveri che essi implicano non sono composibili»¹⁷. O, per fare un altro esempio, due norme attributive di diritti fondamentali possono ritenersi incompatibili «quando i due diritti non possono essere soddisfatti contemporaneamente (in astratto o in concreto)» [Comanducci 2004, 318]. Ma queste formulazioni astratte saranno diversamente declinate a seconda di come si intenda ciascuno degli elementi che in esse figurano; a seconda di come si intenda, ad esempio, l'idea che un diritto «implica» un dovere (una teoria hohfeldiana dei diritti, e la versione contemporanea della *Interest Theory*, ad es., risponderanno in modo molto diverso a questa domanda; *supra*, cap. 1, par. 7, 8); o a seconda di come si intenda il «soddisfacimento» di un diritto; o ancora, che genere di «possibilità» (logica, fisica, disponibilità di risorse sufficienti, ecc.) sia in questione. La specificazione di ciascuna di queste variabili genererà definizioni diverse della nozione di conflitto (fra diritti fondamentali, o, ampliando ulteriormente il quadro, fra diritti, principi, valori, ecc.). Ai fini di una ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, la strategia migliore consiste, credo, nell'adottare una nozione sufficientemente ecumenica di conflitto, evitando, così, di vincolarsi in modo esclusivo a una particolare concezione dei diritti soggettivi; e al suo interno distinguere analiticamente forme diverse di conflitto (cosa che, come ho avvertito, non farò qui).

¹⁷ Waldron [1989, 206].  veri sono composibili «if it is possible for all of them to be performed» [*ibidem*, 445].  waldron rinvia qui a Steiner [1977].

In teoria etica si distingue fra «*intra-right conflicts*» («conflitti tra diverse istanze dello stesso diritto») e «*inter-right conflicts*» («conflitti tra istanze particolari di diritti diversi») [Waldron 1989, 217]. Può accadere, infatti, che lo stesso diritto generi un conflitto fra due sue istanze (ad es., A e B hanno entrambi diritto a essere salvati, ma non è possibile salvarli entrambi) [*ibidem*, 206-207; cfr. anche *ibidem*, 222]. Può accadere, inoltre, che si dia-no conflitti fra diritti e *welfare* [*ibidem*, 207-208]. Tipologie analoghe, ma ulteriormente complicate dall'inclusione di altri fattori (valori, e interessi, di vario genere) possono essere costruite relativamente alla disciplina costituzionale dei diritti. Si può, ad es., distinguere fra «tre ipotesi generali di conflitto fra interessi (o diritti)»: 1) «concorrenza fra soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto»; 2) «concorrenza tra interessi individuali non omogenei»; 3) «concorrenza tra interessi individuali e interessi collettivi» [Bin e Pitruzzella 2000, 485-487].

I conflitti, dunque, sono possibili, e frequenti. Le forme che il conflitto può assumere sono molteplici, verosimilmente non riconducibili a quanto previsto da una singola teoria formale dei diritti. In caso di conflitto occorre «bilanciare» gli elementi (diritti, valori, interessi, principi) rilevanti, così da stabilire quale di essi abbia, relativamente al tipo di caso in esame, maggiore «peso». Questo è il nocciolo del modello del bilanciamento. Ma la semplicità del modello del bilanciamento è ingannevole. Di esso possono distinguersi almeno due versioni, che si contrappongono l'una all'altra relativamente alla struttura attribuita al conflitto, e alla sua risoluzione.

5. IL MODELLO IRENISTICO

Il modello irenistico riconosce la molteplicità, e varietà, dei diritti, principi, valori, interessi che concorrono a costituire la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Ma è caratterizzato da un assunto: ritiene che questo insieme di elementi sia, nonostante l'apparenza, intimamente coerente. Diritti, principi, valori, interessi costituzionalmente sanciti possono sì confliggere, ma il conflitto è solo apparente, o provvisorio: è un fenomeno di superficie – ovvero, appartiene a un particolare stadio, una particolare fase, dell'interpretazione o dell'applicazione dei diritti fon-

damentali, una fase che si può, e si deve, superare. Il fenomeno del conflitto è innegabile; ma si tratta, per l'appunto, solo di un fenomeno, determinato dalla circostanza che le disposizioni costituzionali rilevanti si avvalgono di formulazioni astratte, generiche, vaghe. Se procediamo, nel modo giusto, al di là della superficie – le formulazioni astratte, generiche, vaghe contenute nelle disposizioni costituzionali – e se intendiamo nel modo giusto ciascuno dei diritti (valori, principi, interessi) in gioco, il conflitto sparirà. Insomma: è sufficiente *capire*, a fondo, che cosa esigono i diritti (valori, ecc.) fondamentali, andando al di là di formulazioni astratte, generiche o vaghe (quali quelle che ricorrono nel testo costituzionale), e questa molteplicità di elementi, apparentemente caotica e conflittuale, comporrà un tutto armonico e coerente¹⁸. I diritti (valori, interessi, ecc.) confliggono, ma solo *prima facie*, a prima vista (a un primo sguardo); affinché questa apparenza venga meno basta *capire* a fondo la disciplina costituzionale dei diritti. In questo modo, emergeranno i contorni di un universo coerente.

Non molti vorranno sostenere, in forma esplicita e senza qualificazioni, queste tesi¹⁹. Ma l'ideale irenistico traspare, inespresso, da concezioni diffuse delle virtù del bilanciamento; ed è sotteso, mi pare, ad alcune strategie concettuali di uso corrente.

Il fautore del modello irenistico riconosce, come si è appena detto, la pluralità degli elementi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, e la possibilità che essi entrino in conflitto gli uni con gli altri; riconosce, dunque, l'ineluttabilità del bilanciamento. Diritti, principi, valori, interessi costituzionalmente sanciti, nella formulazione astratta e generica nella quale ricorrono nelle disposizioni costituzionali,

¹⁸ Ovvero, è sufficiente guardare a fondo per trovare, sempre e comunque, una e una sola risposta giusta: una e una sola soluzione normativa determinata per tutti i casi, in apparenza indeterminati o sovradeterminati, che può accadere siano sottoposti a giudizio. Per quanto logicamente indipendenti l'uno dall'altro, all'assunto di coerenza si accompagna sovente l'assunto di completezza. Potremmo definire il modello irenistico sulla base di entrambi gli assunti, o distinguere due versioni, l'una più debole – quella fornita nel testo, comprendente solo l'assunto di coerenza – e l'altra più forte, comprensiva di entrambi gli assunti, del modello. Ma tralascio qui queste complicazioni.

¹⁹ In sede di teoria etico-politica sostanziale, un caso paradigmatico di posizione irenistica, nel senso qui indicato, è l'idea della sostanziale unità dei valori politici adombrata in Dworkin [2000, 4-5] («...a plausible theory of all the central political values – of democracy, liberty, and civil society as well as of equality – that shows each of these growing out of and reflected in all the others»).

sono considerazioni o ragioni *prima facie*, *pro tanto* o *ceteris paribus*, che, nella decisione di casi concreti, vanno soppesati. Ma – ecco l'assunto irenistico – il bilanciamento ha, in linea di principio, un risultato già determinato dal contenuto (rettamente inteso, adeguatamente compreso) degli elementi in conflitto, e stabile. Questa idea, a sua volta, si presenta in due versioni. Secondo la prima, il bilanciamento è una tecnica argomentativa definita, una procedura di decisione razionale, i cui tratti formali, strutturali, vincolano univocamente e stabilmente l'esito. Secondo una diversa prospettiva, il bilanciamento è il punto nel quale entra in gioco la capacità, da parte del decisore, di «vedere» (intuire) la soluzione del caso concreto. Il decisore è saggio (così si spera), e qui la sua saggezza dà, finalmente, prova di sé.

Il modello irenistico può essere complicato a piacimento. (La teoria dworkiniana del diritto come integrità ne è la riprova.) Ma ciò che lo contraddistingue è l'idea – l'ideale, l'auspicio – che, alla fine, nascosta, da scoprire, vi sia un'armonia di fondo fra i diversi diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Alla fine, i conti torneranno: è sufficiente *capire* che cosa, in fondo, i diversi diritti, principi, valori, interessi rilevanti richiedono, o esigono, e la loro armonia segreta si renderà manifesta.

Alcune strategie concettuali ampiamente diffuse sono, mi pare, interpretabili in chiave irenistica.

1) Anzitutto, il ricorso alla distinzione fra la (innocua, innocente) *limitazione* o *regolamentazione*, in ipotesi necessaria, o giustificabile, di un diritto, o del suo esercizio, da un lato, e la sua (deprecabile) *violazione*, in ipotesi indebita, o ingiustificata, d'altro lato. Per quanto promettente, il ricorso a questa distinzione non consente affatto, di per sé, di esorcizzare la possibilità di conflitto fra diritti fondamentali. Certamente, altro è la violazione di un diritto, altro la sua limitazione, o la regolamentazione del suo esercizio. Ma il problema è, precisamente, dove finisca la mera (per definizione necessaria, o giustificabile) limitazione di un diritto, e dove abbia invece inizio la sua violazione. Di per sé, qualificare una proibizione come semplice limitazione, anziché come violazione, di un diritto, è una mossa verbale, che non ha altro valore se non retorico²⁰. Non v'è dubbio che vi siano casi relativamente chia-

²⁰ Perché non dire che le «vacanze obbligate» che il fascismo imponeva ai suoi avver-

ri²¹. Ma casi del genere non sono la regola, e non possono considerarsi rappresentativi. In casi problematici, la questione è, precisamente, se una certa compressione (dell'esercizio) di un diritto costituisca, per l'appunto, una semplice (e, per qualche ragione, necessaria, o giustificata) regolamentazione di esso, o piuttosto una sua (in ipotesi ingiustificata) violazione. La distinzione fra le due nozioni non fornisce alcuna risposta a questo interrogativo.

Non si tratta soltanto del fatto che vi sono casi di confine. Una distinzione concettuale ammette, di solito, la possibilità di casi di confine, e ciò non è di per sé sufficiente a screditarla. Piuttosto, ciò che rende poco interessante ai nostri fini la distinzione in esame è, in primo luogo, la frequenza, e l'importanza, dei (presunti) casi di confine. E, soprattutto, la qualificazione di una proibizione come semplice limitazione, o come violazione, di un diritto, non *spiega* perché mai essa sarebbe giustificata, o ingiustificata. Se ci chiediamo se una certa proibizione sia, relativamente a un diritto, giustificabile, «È una limitazione, non una violazione» non è una risposta a questa domanda. Presuppone, piuttosto, una risposta basata su ragioni ulteriori.

2) La dottrina costituzionalistica e la giurisprudenza dei tribunali costituzionali hanno elaborato la dottrina del cosiddetto «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali: la compressione di un diritto fondamentale può essere (se vi sono ragioni sufficienti) giustificata, purché e fintantoché non intacchi il suo contenuto essenziale²².

Ma dove finisce l'ambito delle (giustificabili) limitazioni di un diritto fondamentale (in nome, ad es., della salvaguardia o della promozione di un altro diritto fondamentale), e dove ha inizio il suo contenuto essenziale? Che cosa stabilisce fin dove arriva il contenuto essenziale di un diritto, se non un'estrapolazione e generalizzazione dall'insieme dei casi in cui, in ipotesi di conflitto, la sua violazione ci appare ammissibile (o inammissibile)? Presupporre, senza alcuna giustificazione, che i diversi «contenuti essenziali» di

sari politici costituivano, non una violazione della libertà di circolazione e di soggiorno, ma una loro (innocua, e del resto benefica) limitazione?

²¹ L'esempio addotto da Rawls [1971, 203], relativo alla necessaria disciplina della libertà di espressione, pena il caos comunicativo, e il venir meno della possibilità stessa di esprimere alcunché, è uno di questi. Cfr. Hart [1973b, 233].

²² Questa strategia è, in effetti, una variante di quella esaminata al punto precedente. La violazione di un diritto è l'intrusione nel suo contenuto essenziale.

diritti fondamentali diversi non possano confliggere (rendere questa condizione soddisfatta per definizione) sarebbe una petizione di principio.

3) L'idea che il bilanciamento di principi confliggenti generi una regola (in senso stretto) è un'ulteriore strategia di questo tipo. L'idea è semplice: i principi, per definizione, non hanno condizioni di applicazione determinate. Le regole sì: se si applica l'antecedente, si applica il conseguente (le regole, insomma, sono condizionali quantificati universalmente, indefettibili). I principi, è vero, collidono; ma il conflitto può, e deve, essere risolto, mediante la fissazione di una regola. Una regola istitutiva, relativamente al tipo di caso oggetto di decisione, di un ordine di priorità fra i principi in conflitto.

La debolezza di questa strategia diviene manifesta non appena ci si chiede se la regola generata, in ipotesi, dal bilanciamento di principi confliggenti sia (da intendere come) una vera e propria regola (un condizionale non defettibile quantificato universalmente), o se resti comunque aperta la possibilità di una sua revisione (ossia, la possibilità che il suo antecedente sia rimesso in discussione; in breve, la revoca del suo status di regola, e la sua retrocessione, o promozione, al girone dei principi). I difensori del modello irenistico opteranno per la prima ipotesi (è questa, evidentemente, l'opzione che risponde all'ispirazione di fondo di questa strategia argomentativa) – ma si tratta, come vedremo fra breve, di una risposta poco convincente. Optare per la seconda ipotesi equivarrebbe invece a riconoscere che la presunta regola resta anch'essa, indefinitamente, una ragione *pro tanto*.

Il punto di questa obiezione (e di quelle che seguono) non è, si badi bene, che il bilanciamento vale soltanto, come si suol dire, per il «caso concreto» inteso come un caso individuale, e non, dunque, per un caso generico. Una teoria del bilanciamento non può, pena l'irrazionalità, abbandonare il requisito della sopravvenienza delle proprietà normative e assiologiche: se giudico diversamente fra il caso *C1* e il caso *C2*, deve esserci una proprietà, appartenente a *C1* e non a *C2*, o viceversa, che spiega, e giustifica, questo diverso trattamento. I casi sottoposti a decisione sono sempre, in questo senso, casi generici, a meno che la decisione non sia priva di ragioni. Il punto è, piuttosto, se si possa ragionevolmente ritenere che la regola, che costituisce, in ipotesi, il risultato del bilanciamento, non contenga anch'essa, esplicitamente o implicitamente, clausole aperte, ovvero non sia anch'essa

rivedibile (aperta alla possibilità di revisioni) a fronte di nuovi (tipi di) casi. Una risposta negativa a questa domanda caratterizza, come vedremo fra breve, il modello particolaristico²³.

4) Le stesse considerazioni valgono relativamente alle prospettive di successo di una strategia specificazionista (sostanzialmente equipollente alla precedente)²⁴. Stando a questa linea di argomentazione, i diritti confliggono nella loro formulazione generica, astratta; ma sono suscettibili di specificazione (precisazione e fissazione delle condizioni di applicazione), così da dissipare, in ultima istanza, l'apparenza di conflitto. La specificazione può avere carattere morale o fattuale. Nella prima ipotesi (inclusione, nell'esito del bilanciamento, di clausole contenenti termini morali o genericamente valutativi: «Le promesse vanno mantenute, a meno che non sia ingiusto farlo») la possibilità di conflitto resta aperta. La seconda ipotesi è poco convincente, per le stesse ragioni per le quali risultano poco plausibili la strategia considerata al punto precedente, e quella che sarà presa in esame al punto seguente.

5) Ricade entro il medesimo ambito, infine, l'idea che il conflitto fra principi costituzionali sia da interpretare come un conflitto fra norme defettibili, e che il bilanciamento dei principi confliggenti sia da costruire come la revisione dell'antecedente di condizionali siffatti [Moreso 2002a]. Si può ragionevolmente ritenere che il bilanciamento dei principi in conflitto generi revisioni stabili? Una risposta affermativa richiederebbe l'assunzione della possibilità, e dell'accessibilità, di "tesi di rilevanza" ultima: una specificazione preliminare, esaustiva, dell'universo dei casi possibili, o dell'insieme

²³ In altri termini, quando il caso sottoposto a decisione, che è un caso individuale, viene deciso sulla base di un argomento, nel contesto del quale sono addotte ragioni (proprietà generali) che, si assume, giustificano la decisione, il caso è deciso perché e in quanto inquadrato (concettualizzato, qualificato) come un caso generico. È deciso, cioè, mediante sussunzione sotto un caso generico. Basta che sia addotta una ragione e il caso è (prospettato come) generico. Diversa questione è quale sia lo statuto della generalizzazione: se sia da intendere come una regola (un condizionale indefettibile) o come una generalizzazione *ceteris paribus* (come accade – lo vedremo fra breve – nel modello particolaristico).

²⁴ Sui limiti della strategia specificazionista cfr. Thomson [1976, 40-42; 1977, 53]. Ma, per una discussione critica degli argomenti di Thomson, cfr. Wellman [1995, 281-285, 291-292].

delle proprietà normativamente rilevanti²⁵. Questa assunzione è ben poco plausibile, e fortemente controintuitiva. E anche a questo interrogativo, come vedremo fra breve (*infra*, par. 6), il modello particolarista risponde negativamente. Certamente, questa implicazione controintuitiva (possibilità e accessibilità di una tesi di rilevanza ultima) può essere bloccata delimitando arbitrariamente l'universo di discorso cui si fa riferimento (ossia, il dominio dei casi oggetto di considerazione, e l'insieme delle proprietà rilevanti ai fini della loro risoluzione), nonché l'insieme dei principi costituzionali presi in esame [Moreso 2002b, 243; 2004]. Una simile restrizione arbitraria è formalmente ineccepibile, ma equivale all'adozione del modello particolaristico.

Alla radice delle difficoltà dalle quali è affetto il modello irenistico si trova, mi pare, un problema irrisolto. Il termine «bilanciamento» non designa, in effetti, un metodo definito di risoluzione di conflitti o dilemmi pratici. Designa, piuttosto, un vuoto: uno spazio che dovrebbe essere occupato da un concetto, e nel quale troneggia, invece, una metafora, la metafora del «peso» delle ragioni confliggenti, e della loro «ponderazione». Che cosa, e in che modo, svolge la funzione che, figurativamente, è svolta da una bilancia, e in che cosa consiste, fuor di metafora, il (maggiore o minore) «peso» di una ragione, resta indeterminato. Insomma: «bilanciamento» non è la formula magica la cui pronuncia consente di dissipare all'istante (in realtà occultandola) una difficoltà teorica. (Come si fa a stabilire quali, fra una pluralità di ragioni in conflitto, o incommensurabili, «vincono», e quali invece sono «sconfitte»?) È, piuttosto, il nome di questa difficoltà: un'incognita. All'immagine del bilanciamento non corrisponde alcun concetto. I giuristi, è vero, hanno elaborato tecniche, metodi, procedure di bilanciamento. Ma ci si può legittimamente chiedere, mi pare, se il concetto tecnico-giuridico di bilanciamento non sia anch'esso, in questo senso, un non-concetto: se esso non conservi il medesimo, irriducibile, nucleo metaforico²⁶.

²⁵ Celano [2002b]. La nozione di tesi di rilevanza è mutuata da Alchourrón e Bulygin [1971].

²⁶ Si vedano ad es. la «legge di bilanciamento», e l'articolazione della procedura di bilanciamento, elaborate da Alexy [1994, 146 ss.; 2003a, 136, 138; 2003b, 436 ss.]. Nella teoria del diritto contemporanea, quello di Alexy è probabilmente il più importante tentativo di ricostruzione del bilanciamento come una procedura di decisione razionale.

Neppure il modello particolarista, sia chiaro, è esente da questa difficoltà di fondo. Ma, come adesso vedremo, è in grado, almeno, di evitare alcune delle implicazioni controintuitive del modello irenistico. Può ben darsi che della metafora del «peso» relativo di ragioni in conflitto non ci si possa liberare. (Che, cioè, il soppesare ragioni *pro* e *contra* sia una struttura elementare dell'esame razionale, e dell'applicazione di concetti²⁷.) Ciò equivarrebbe al riconoscimento di un'ineliminabile componente intuitiva nel ragionamento pratico (non, si badi bene, all'ammissione della sostanziale arbitrarietà del giudizio; questo sarebbe un passo ulteriore). Ma il modello irenistico, come abbiamo visto, è molto ambizioso; le pretese che esso avanza (che il bilanciamento abbia esito in una regola, che i diritti fondamentali abbiano contenuti essenziali non confliggenti, ecc.) gli impediscono di rendere giustizia a questa componente. Il modello particolarista ha pretese più modeste. Per questa ragione appare, anche sotto il profilo epistemologico, più promettente del modello irenistico.

6. IL MODELLO PARTICOLARISTA

La seconda versione del modello del bilanciamento è caratterizzata dall'abbandono dell'assunto irenistico. Diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto confliggono *davvero*, sono *davvero* antinomici, indeterminati, eterogenei, spesso incommensurabili²⁸.

²⁷ Cfr. Hampshire [1989, 51-54]. Per alcune illuminanti esemplificazioni (casi in cui la «ponderazione» è talvolta *accertamento* del peso relativo delle diverse componenti, talaltra *attribuzione* a queste ultime di un peso relativo, talaltra, infine, entrambe le cose insieme) si veda Nozick [1981, 34 ss. (sulla nozione di identità di una cosa nel corso del tempo); 69, 105 (sull'identità personale); 294 ss., 448, 639-640 (sulla forma del ragionamento pratico); 413, 566 (sulla vita buona e sul bene); 475, 479-494 (sulla *balancing structure* del giudizio morale)].

²⁸ Per questa ragione, la caratterizzazione dei diritti confliggenti come diritti «*prima facie*» è fuorviante. L'espressione «*prima facie*» suggerisce che il conflitto sia solo apparente – che, in verità, quando due diritti confliggono uno di essi non sussista (il diritto c'è solo «a prima vista», «ad un primo sguardo»; se si guarda meglio, scompare). Questo è, precisamente, l'assunto irenistico.

Una concezione particolarista del bilanciamento illustra, per l'appunto, questa idea di fondo²⁹. Le costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto incorporano (ovvero, rinviano a) diritti, principi e valori etici; l'identificazione del contenuto (ossia, la comprensione) delle disposizioni rilevanti – in breve, la determinazione del contenuto etico sostanziale della costituzione – richiede, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali. Ebbene: stando al modello particolarista, quando ciò si verifica l'esito del bilanciamento di principi (diritti, ecc.) confliggenti è sempre esposto alla possibilità di revisione; non è ipotizzabile, né, *a fortiori*, accessibile, una specificazione conclusiva, definitiva, delle proprietà che possono essere rilevanti ai fini della decisione di casi. L'universo dei casi possibili non è previamente determinabile: non c'è una tesi di rilevanza ultima. Da ciò l'impossibilità di revisioni stabili (se non, come si è detto, sotto la condizione di una restrizione arbitraria dell'insieme delle proprietà assunte come rilevanti, e dei principi presi in considerazione); ovvero, l'impossibilità di una specificazione (fattuale) ultima o, ancora, di una determinazione conclusiva del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Da ciò infine, la conclusione che l'esito del bilanciamento non può ragionevolmente essere una regola, in senso stretto (un condizionale universalmente quantificato, indefettibile).

Quando operiamo un bilanciamento, l'esito della ponderazione è compatibile con una pluralità indefinita di regole. Quale regola stiamo seguendo, adesso? E si tratta della stessa regola che abbiamo applicato nel caso passato? Fintantoché resta aperta la possibilità di ulteriori revisioni, queste sono domande mal poste. Non c'è, ad esse, alcuna risposta determinata³⁰. Le due domande, cioè, avrebbero senso solo se assumessimo la possibilità di una tesi di rilevanza ultima, ossia, di una revisione stabile. Lo standard la

²⁹ Per una formulazione articolata, e una difesa argomentata, della concezione particolarista del ragionamento pratico rinvio a Celano [2006, 133-149; 2005b].

³⁰ Cfr. per un'argomentazione affine Blackburn [1998, 309; cfr. anche *ibidem*, 226, n. 22] («Non mentire mai, a meno che...» è un principio universale, «provided the dots can eventually be filled in»; «the particularist will deny that the dots can be filled in, and hence deny that universal principles are even implicitly involved in practical reasoning»). L'elaborazione di questa linea di argomentazione risale a McDowell [1979]. Cfr. anche Crisp [2000, 25-26].

cui formulazione costituisce il risultato del bilanciamento contiene, ineludibilmente, clausole aperte, contenenti (in forma esplicita o meno) termini e concetti etici (cfr. McNaughton e Rawling [2000]; Moreso [2005, n. 1]).

Questa concezione del bilanciamento, e in generale della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, è solidale con una forma radicale di pluralismo etico, riconducibile alle idee di I. Berlin, e prima ancora di M. Weber e F. Nietzsche³¹. I valori, le ragioni d'azione (e, dunque, i diritti, i principi, ecc.) sono molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminati. Il mondo dei valori, delle ragioni d'azione, e degli ideali sociali e politici è un pantheon politeista: l'universo etico è un universo irriducibilmente plurale, popolato da una molteplicità di valori, e ideali, che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri, o che risultano reciprocamente incommensurabili. Nulla garantisce che questi valori indichino, concordemente, un'unica direzione alle nostre scelte e alle nostre azioni: che essi, di volta in volta, vengano a comporre un tutto coerente, armonizzandosi gli uni con gli altri. Al contrario: gran parte delle scelte umane – alcune fra le scelte più significative – sono scelte tragiche, in situazioni nelle quali non si può far altro che sacrificare, in tutto o in parte, alcuni valori, in vista della promozione di altri – assumendosi, per di più, la responsabilità di queste scelte, e rassegnandosi all'ineluttabilità del rammarico.

Ciò non vuol dire, si badi bene, che non vi siano soluzioni corrette, o non vi siano soluzioni migliori di altre. La concezione particolarista del bilanciamento è compatibile, in primo luogo, con l'assunto che vi siano casi paradigmatici (sebbene anch'essi possano, talvolta, essere sovvertiti)³². E, in secondo luogo, è compatibile con la possibilità e la sensatezza dell'indagine etica sostanziale – specificamente, con una concezione olistica e coerentista dell'argomentazione etica sostanziale. Una concezione particolarista del bilanciamento, insomma, non esclude la possibilità, e la legittimità, di genera-

³¹ Si veda ad es. Berlin [1994].

³² È sintomatico, mi pare, che il momento culminante della procedura di bilanciamento, nella ricostruzione di Alexy, consista nel raggiungimento di «an area in which interferences [con un diritto costituzionale] can *hardly ever* be justified by any strengthening of the reasons for the interference»; i diritti costituzionali, in quanto principi, «set limits by means of balancing, which *while not rigid and ascertainable without balancing*, are nonetheless firm and clear» [2003b, 439, corsivi miei].

lizzazioni: proiezioni, o estrapolazioni, da casi passati (o attuali) a casi futuri (o possibili)³³. Ma nulla garantisce che le nostre generalizzazioni colgano nel segno: che non si rivelino, inaspettatamente, bisognose di revisione³⁴.

³³ In alcuni casi di conflitto fra diritti si dà, di fatto, convergenza: il bilanciamento si sedimenta, si cristallizza in (quella che appare come) una regola. Condizioni contingenti durature possono stabilizzare, temporaneamente, la revisione. (Sono grato a G. Pino per alcune osservazioni su questo punto.)

³⁴ Ho sviluppato ulteriormente l'indagine sulla possibilità e il valore di generalizzazioni normative in Celano [2012]. La distinzione fra il modello minimalista, il modello irenistico e quello particolarista (intesi, questi ultimi, come due distinte versioni del modello del bilanciamento) non è, sia chiaro, esaustiva: non satura lo spazio logico delle concezioni possibili dei diritti fondamentali. Immaginiamo una griglia quadripartita, costruita sulla base dei due parametri (rispettivamente, in orizzontale e in verticale): 1) accettazione *vs.* rifiuto della tesi della pluralità dei tipi di diritti fondamentali (in particolare, ammissione *vs.* esclusione dei diritti sociali dal club dei diritti fondamentali); 2) ammissione *vs.* rifiuto della necessità di bilanciamento fra diritti fondamentali. Otterremo, così, quattro tipi possibili di concezione dei diritti fondamentali (ossia, ipotesi di ricostruzione del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto), la prima caratterizzata da una risposta affermativa a entrambe le alternative, la quarta da una risposta negativa a entrambe, e le due restanti da una risposta affermativa all'una, e negativa all'altra. I tre modelli qui discussi occupano la prima casella (in alto a sinistra) e la quarta (in basso a destra). In particolare, il modello minimalista occupa la quarta casella (esclusione dei diritti sociali dal club dei diritti fondamentali; non necessità del bilanciamento); il modello del bilanciamento occupa la prima (ammissione della varietà dei tipi di diritti fondamentali, e della necessità del bilanciamento). Il modello particolarista e quello irenistico sono varianti di quest'ultimo tipo di concezione. I tipi di concezione dei diritti fondamentali che occupano le due caselle restanti mi sembrano eccentrici, se non addirittura bizzarri. La congiunzione della tesi pluralista e della negazione della tesi del bilanciamento (terza casella, in basso a sinistra) è, anche *prima facie*, sorprendente (sebbene, forse, a questa posizione si possano ricondurre le idee di Ferrajoli – cfr. Ferrajoli [2001, 288-297, 313, 328-332] – i cui argomenti meriterebbero una trattazione a sé; cfr. per una critica dettagliata Moreso [2005]). Una posizione restrittiva in materia di tipi di diritti fondamentali, ma caratterizzata dall'ammissione della necessità del bilanciamento, mi sembra dettata da ragioni ideologiche, e priva di contatto con la cultura dei diritti dello Stato costituzionale di diritto. A che pro negare la varietà dei tipi di diritti fondamentali, se poi, realisticamente, si concede che fra i diritti privilegiati – i diritti di libertà e, forse, i diritti politici – è comunque necessario operare un bilanciamento? Ciò che (a parte moventi ideologici, etico-politici – pienamente leciti, purché espressamente dichiarati) può dare una qualche plausibilità teorica a una posizione restrittiva in materia di tipi di diritti fondamentali è, mi pare, l'ideale (il miraggio, secondo quanto si è argomentato *supra*, par. 2) di un sistema di diritti composibili. In generale, se si ammette la necessità del bilanciamento, perché e come escludere la varietà dei tipi di diritti fondamentali? Viceversa, se si ammette quest'ultima, come escludere la necessità del bilanciamento?

Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale (II): nomodinamica

1. INTRODUZIONE

Alla sommità degli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali di diritto si trovano costituzioni «lunghe», scritte, rigide e garantite mediante controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi e altri atti (*supra*, cap. 3, par. 1). Per questa via (come pure mediante la relazione nella quale essi si trovano con strumenti internazionali o sovranazionali, come la Dichiarazione universale dei diritti umani, la Cedu, o la Carta dei diritti della Ue, contenenti analoghi cataloghi di diritti, principi e valori), come si è detto (*supra*, capp. 2 e 3), gli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali di diritto incorporano, o rinviano a, un ricco e variegato contenuto etico sostanziale: un insieme, composito, di diritti, principi e valori.

Come pure abbiamo visto (*supra*, cap. 3, par. 1) questa incorporazione, o rinvio, genera due ordini di problemi, attinenti, rispettivamente, al contenuto dell'insieme dei diritti, principi e valori costituzionalmente sanciti, e alla struttura istituzionale dello Stato costituzionale di diritto. In questo capitolo, mi soffermerò su questo secondo ordine di problemi. Per farlo, però, sarà necessario (*infra*, par. 2) ritornare brevemente su quanto si è detto nel capitolo precedente a proposito della struttura del contenuto etico sostanziale delle costituzioni contemporanee. Successivamente (parr. 2, 3, 5, 6) mi soffermerò sul problema che, mi pare, sta alla radice di gran parte delle questioni più controverse attinenti alla struttura istituzionale dello Stato costituzionale di diritto, e che chiamerò «problema della determinazione».

Prima di farlo, però, sarà necessario spendere qualche parola sulle caratteristiche e le ambizioni del costituzionalismo contemporaneo (par. 3).

2. IL CONTENUTO ETICO SOSTANZIALE DELLO STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO: UN BREVE RICHIAMO

Per accostare il nostro nuovo problema, riprendiamo quanto detto nel capitolo precedente riguardo alla forma, la struttura, del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto.

In generale, è possibile distinguere due famiglie di concezioni del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, etichettabili, rispettivamente, come «irenistiche» e «pluraliste»¹. Per le concezioni irenistiche, i diritti fondamentali costituiscono un sistema coerente e, nelle versioni più forti di questo tipo di teoria, completo, in grado di fornire una e una sola risposta corretta in sede di applicazione delle norme costituzionali a casi particolari. Non si danno, dunque, genuini conflitti fra diritti fondamentali.

Le concezioni irenistiche possono essere di tipo molto diverso. Possono, ad esempio, avere carattere rigorosamente monistico. (Sarebbe questo il caso di una – scarsamente plausibile – ricostruzione in chiave utilitaristica del sistema dei diritti fondamentali.) Oppure possono (ed è questa un'ipotesi meno peregrina) presentarsi nella forma di una concezione minimalista dei diritti fondamentali, secondo la quale il sistema dei diritti fondamentali – dei «veri» diritti fondamentali – consta di un numero ridotto di diritti, componibili (ossia, suscettibili di essere congiuntamente soddisfatti, in ogni caso possibile). Stando a questo modo di vedere, la disciplina costituzionale dei diritti sancisce, nonostante l'apparenza, un numero molto limitato di diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da essere rilevante, e applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui tali diritti sono violati. Ma, come abbiamo visto, il modello minimalista, se inteso come un'ipotesi di ricostruzione razionale del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, è privo di ogni plausibilità (*supra*,

¹ Questa partizione è leggermente diversa rispetto a quella introdotta nel capitolo precedente, ma più consona ai nostri fini attuali. La sostanza non cambia.

capp. 2, par. 2, e 3, par. 2). In particolare, il percorso che conduce dai diritti di prima generazione ai diritti sociali e ad ulteriori generazioni di diritti è un percorso obbligato (*supra*, cap. 2): l'espansione della sfera dei diritti è diretta conseguenza dell'analisi della triade originaria «vita, libertà e proprietà» (e «perseguitamento della felicità»).

Ma il tipo più significativo di concezione irenistica non è né monista né minimalista. Si tratta piuttosto di concezioni caratterizzate dall'idea che i diritti (principi, valori, ecc.) fondamentali siano, in effetti, molteplici, e possano entrare – e sovente di fatto entrino – in competizione, o in conflitto, fra loro; e che, tuttavia, il conflitto sia, in ultima istanza, solo apparente. Il conflitto è, cioè, un fenomeno di superficie: è sufficiente *capire*, a fondo, che cosa esigono i diritti (valori, ecc.) fondamentali, andando al di là delle formulazioni astratte, generiche o vaghe del testo costituzionale, e questa molteplicità di elementi, apparentemente caotica e conflittuale, comporrà un tutto armonico e coerente.

Questo tipo di concezione del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto è caratterizzato dal ricorso all'idea di un «bilanciamento» dei diritti, principi, ecc., in competizione. Di fronte a un (apparente) conflitto fra diritti, principi, ecc., è necessario «bilanciare» questi elementi, al fine di stabilire quale di essi abbia, relativamente al (tipo di) caso in esame, maggiore «peso».

Il ricorso all'idea di un bilanciamento di elementi in conflitto è proprio anche delle teorie pluraliste. Queste ultime, però, a differenza delle teorie irenistiche (a differenza, in particolare, delle teorie irenistiche del tipo appena esaminato), assumono che diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto confliggono *davvero*, sono *davvero* antinomici (o incommensurabili). Il mondo dei diritti e dei valori fondamentali è plurale, caratterizzato da conflitti, incommensurabilità, indeterminazione.

Ho sostenuto (*supra*, cap. 3, par. 5, 6) che una concezione pluralista (nel senso appena precisato) del contenuto etico sostanziale delle costituzioni contemporanee è superiore a una concezione irenistica, sia pure una concezione irenistica che intenda riconoscere la pluralità dei diritti fondamentali, e si avvalga dell'idea di un «bilanciamento» dei principi in conflitto. Ricordo una delle considerazioni decisive (*supra*, cap. 2, par. 3).

Il pluralismo, così come è stato appena delineato, è una concezione etica e metaetica. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali è, invece, un fenomeno giuridico-positivo. Una concezione adeguata dei diritti fondamentali deve tenere conto di questa differenza. Ebbene: il pluralismo è una concezione etica e metaetica che si presta in modo del tutto naturale, e plausibile, a svolgere la funzione di modello ai fini di una ricostruzione adeguata della trama dei diritti fondamentali. E ciò per una ragione molto semplice. La disciplina costituzionale dei diritti è il risultato di un lungo processo storico-culturale, politico, frutto di compromessi e aggiustamenti. In essa confluiscono concezioni diverse dei diritti: le costituzioni contemporanee, e le loro interpretazioni consolidate, identificano come «diritti» tipi molto diversi di considerazioni. Il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto è, insomma, un artefatto culturale, frutto di un processo di stratificazione e sedimentazione di una pluralità di teorie, dottrine, concezioni diverse di che cosa implicino «vita, libertà e proprietà» (e il «perseguimento della felicità»). Sarebbe davvero sorprendente se una simile formazione storica, nella quale confluiscono tendenze diverse, e confliggenti, articolata in una pluralità di interpretazioni diverse, e confliggenti, risultasse in una perfetta compatibilità, sotto qualsiasi condizione ipotizzabile, delle considerazioni qualificate come «diritti» – avesse esito, cioè, in un sistema di diritti componibili (ovvero, esente da conflitti). E ciò vale, a maggior ragione, relativamente alla possibilità di conflitto fra diritti ed elementi di altro tipo (valori, interessi), anch'essi costituzionalmente sanciti.

L'opzione in favore di una concezione pluralista del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto ha una conseguenza di cruciale importanza. Se i diritti (principi, valori, interessi) fondamentali sono molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminati, la loro applicazione a (tipi di) casi esigerà bilanciamenti, *trade-offs*, compromessi; in qualche modo, sarà necessario commisurare incommensurabili, determinare l'indeterminato. Esigerà, in breve, un'opera di *determinazione* (concretizzazione, specificazione) delle considerazioni generiche, vaghe, indeterminate, confliggenti espresse dalle disposizioni costituzionali. Quale potrà, o dovrà, essere la forma di questa determinazione? O, in altri termini, quale sarà il metodo appropriato ai fini della ricostruzione del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto? Due considerazioni.

1) R. Dworkin affida al giudice, e in generale all'interprete-applicatore della costituzione, il compito, erculeo, di una ricostruzione integrale del sistema dei diritti fondamentali, che lo mostri nella sua luce migliore, come una totalità coerente e completa [Dworkin 1986]. Questo ideale appare, da una prospettiva pluralistica, non tanto irrealizzabile, quanto, piuttosto, mal formato. L'interprete-applicatore deve, piuttosto, muovere dalla consapevolezza che le disposizioni costituzionali esprimono per lo più «*incompletely theorized agreements*»: accordi parziali, suscettibili di specificazione in una pluralità di direzioni, e fondati su premesse (concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etiche o religiose) diverse e confliggenti [Sunstein 1996]. Non solo: ciò che l'interprete-applicatore può ragionevolmente prefiggersi, in molti casi, è, ancora una volta, solo il raggiungimento di una «soluzione» altrettanto parziale, limitata, e rivedibile. E questo ci conduce alla seconda considerazione.

2) Una concezione pluralista del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto è strettamente solidale, come si è detto (*supra*, cap. 3, par. 6), con una concezione *particularista* del ragionamento applicativo di questo contenuto (ossia, della sua determinazione, nel senso sopra precisato). L'esito del bilanciamento non può ragionevolmente essere una regola, in senso stretto (un condizionale universalmente quantificato, indefettibile)².

Tutto ciò induce a porre un interrogativo: *chi* sarà competente a effettuare questa opera di determinazione?

3. LE AMBIZIONI DEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO

Dal punto di vista strutturale, o istituzionale, lo Stato costituzionale di diritto è caratterizzato da un «doppio livello di legalità» [Ferrajoli 1993]: non soltanto, come già nello Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco, condizione necessaria di validità degli atti degli organi dello Stato (pubblica amministrazione, organi giurisdizionali) è la loro conformità alla legge; anche la legge deve, a sua volta, essere conforme – sia sotto il profilo

² Ciò non esclude, come si è detto (*supra*, cap. 3, nota 33), che condizioni contingenti durature possano temporaneamente stabilizzare il bilanciamento in (ciò che appare come) una regola.

formale (ossia, relativamente al procedimento della sua produzione), sia sotto il profilo sostanziale (ossia, per quanto attiene al suo contenuto) – a una «legge» ulteriore e suprema, la costituzione. A differenza di quanto accade nello Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco, in altri termini, nello Stato costituzionale di diritto anche la validità delle legge è, in linea di principio, subordinata alla sua conformità, formale e sostanziale, a un ulteriore parametro normativo, l'insieme delle norme costituzionali [Fioravanti 1995; Zagrebelsky 1992].

Lo Stato costituzionale di diritto è, insomma, caratterizzato dal principio della soggezione del legislatore alla legge (una «legge» superiore, la costituzione).

Con il termine «costituzionalismo» intenderò qui, in modo nient'affatto originale, un filone della cultura giuridica antica, medievale e moderna, caratterizzato dall'esigenza che il potere politico (il potere dei governanti, dei capi della comunità politica) non sia acquisito ed esercitato arbitrariamente, ma sia, al contrario, assoggettato a regole, a vincoli giuridici; sia, cioè, giuridicamente regolato, disciplinato, limitato e controllato (cfr. in generale McIlwain [1940]; Matteucci [1983]). L'idea germinale del costituzionalismo è espressa dall'assunto che il governo migliore sia, non il «governo degli uomini», ma il «governo delle leggi» (*nomos basileus*, giusta la lettura corrente di questa massima³, o *Rule of law*). Dall'esigenza, cioè, che il potere politico sia, in ultima istanza, potere – non di esseri umani, ma – di leggi, di regole: che il rapporto di soggezione politica consista nell'essere soggetti, non alla volontà (arbitraria, mutevole, capricciosa, e soprattutto auto-interessata) di esseri umani, ma a regole. L'ideale del costituzionalismo è, dunque, una comunità politica entro la quale gli uomini prestano obbedienza non a uomini, ma a regole: l'ideale della limitazione del potere pubblico, dell'autorità politica, ad opera del diritto (governo limitato). In uno stato siffatto, ciascuno dei consociati si trova *non sub homine, sed sub lege*: soggetto, non a uomini, ma a regole⁴.

³ Non è qui in questione, ovviamente, l'inversione schmittiana della lettura convenzionale del detto pindarico [Schmitt 1934, 254-255]. Sulla contrapposizione «governo degli uomini» *vs.* «governo delle leggi» cfr. Bobbio [1983].

⁴ Il detto «*non sub homine, sed sub lege*» è, afferma Bobbio [1982, 149], «il testo canonico» nel quale è enunciato il principio fondamentale della «dottrina dello stato di

Il principio fondamentale del costituzionalismo, il principio del governo delle leggi, trova realizzazioni, concretizzazioni, specificazioni diverse in epoche diverse. In età moderna, l'ideale del governo delle leggi (e, in particolare, il principio del governo limitato) si salda con l'idea dei diritti fondamentali: l'idea che ogni essere umano, come tale – non, dunque, in quanto appartenente a un particolare ceto o corporazione, o in quanto soggetto a un certo signore o re, o in quanto residente in un particolare territorio, abitante di una particolare città, membro di una particolare comunità o chiesa – abbia certi diritti inviolabili, inalienabili, imprescrittibili. Da questa saldatura ha origine una particolare versione del modello costituzionalistico, imperniata anzitutto sulla rivendicazione dei diritti degli individui – diritti, per l'appunto, «fondamentali» – nei confronti dei, e contro i, poteri pubblici. L'ideale del governo del diritto (governo limitato, non arbitrario) diviene cioè l'ideale del governo che trova nel rispetto dei diritti fondamentali un limite invalicabile (un governo che non interferisce con i diritti degli individui), e nella protezione (garanzia, tutela) di questi diritti, e forse anche nella loro promozione⁵, la propria ragion d'essere, il proprio fine, il proprio scopo istitutivo. Nasce, così, un «costituzionalismo dei diritti», che si riassume nel duplice principio secondo cui 1) il rispetto dei diritti fondamentali è condizione necessaria di legittimità del potere pubblico, del governo; 2) il fine dell'associazione politica, e del governo, è la conservazione, la protezione, e forse la promozione, dei diritti fondamentali dei consociati⁶.

diritto», intesa, in senso ampio, come la dottrina «della superiorità del governo delle leggi sul governo degli uomini». (Sul senso originario e le vicissitudini, paradossali, di questo detto cfr. McIlwain [1940, 94]; Matteucci [1988, 62] e, per una sintesi, Celano [1999, 270-271].) Il detto esprime, scrive Kelsen [1945, 36], l'idea della «autorità del diritto»: l'idea che «da forza vincolante promani, non da un essere umano che comanda, ma dal “comando” impersonale e anonimo, in quanto tale».

⁵ Per «promozione» dei diritti intendo l'azione volta a far sì che siano poste le condizioni affinché ciascun individuo possa effettivamente fare uso, in modo informato ed efficace, dei diritti dei quali è titolare.

⁶ Un ulteriore elemento centrale del costituzionalismo moderno – il principio della separazione o della divisione dei poteri (in particolare, *checks and balances*) – emergerà *infra*, par. 4. Si tratta, come si vedrà, del mezzo, il congegno, l'espedito istituzionale mediante il quale il costituzionalismo moderno e contemporaneo cerca di assicurare i diritti. La divisione dei poteri ha, in questa prospettiva, carattere strumentale rispetto alla salvaguardia dei diritti.

Lo Stato costituzionale di diritto novecentesco ambisce a realizzare in modo compiuto, integrale, l'ideale del governo delle leggi, in antitesi al governo degli uomini. Lo Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco è, come si suol dire, «stato legislativo». In esso la legge costituisce la fonte suprema, non soggetta, a sua volta, a ulteriori vincoli giuridici, espressione dell'autorità della persona statale. Il legislatore è, insomma, sovrano; il principio del governo delle leggi non trova compiuta realizzazione. Lo Stato costituzionale novecentesco è invece caratterizzato, come si è detto, dal principio della soggezione della legge – del legislatore – a una legge superiore, la costituzione. Nello Stato costituzionale di diritto il *nomos* ambisce ad essere compiutamente, da cima a fondo, *basileus*⁷.

4. POTERI DI DETERMINAZIONE

Lo Stato costituzionale di diritto è dunque caratterizzato dall'aspirazione a una realizzazione integrale, compiuta, del principio del governo delle leggi, in antitesi al governo degli uomini. Ma ci si può chiedere se esso sia effettivamente all'altezza di questa aspirazione: se, in esso, il *nomos* sia davvero compiutamente *basileus*; e se, in generale, questa aspirazione sia realizzabile. Il problema sorge da una circostanza banale: la costituzione è un insieme di norme e, come tale, non si applica da sé [Schmitt 1934, 254-255]. Sorge, in particolare, dalla circostanza che, come abbiamo visto (*supra*, par. 2), l'insieme dei diritti (principi, valori, ecc.) costituzionali è un insieme molteplice, antinomico, indeterminato; e, per questa ragione, sono necessari poteri di determinazione. Mi spiego.

La struttura pluralistica (nel senso precisato *supra*, par. 2) del contenuto

⁷ Così, ad es., Ferrajoli [1994, 284] sostiene che la «garanzia costituzionale» dei diritti fondamentali (rigidità costituzionale: procedura di revisione aggravata, sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale) è una forma di garanzia «inventata dal costituzionalismo novecentesco con la quale è stato abbattuto il vecchio dogma dell'onnipotenza del legislatore, di origine assolutistica anche se poi connotato in senso democraticistico, ed è stato completato il disegno dello stato di diritto che vuole tutti i pubblici poteri, incluso quello legislativo, sottoposti a norme non solo formali come quelle sulle procedure di formazione delle leggi, ma anche sostanziali come sono appunto i principi e i diritti fondamentali».

etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto suscita un interrogativo: *chi* è, di volta in volta, competente a operare il bilanciamento, la commisurazione, la specificazione – in una parola, la determinazione – dei diritti (o altri valori) rilevanti? Dal punto di vista giuridico, ai fini della determinazione dell'insieme dei diritti fondamentali è necessaria l'istituzione di poteri di determinazione. Ebbene: sono ipotizzabili – e se sì, quali mai possono essere – poteri di determinazione che siano compatibili con l'ideale di una realizzazione compiuta, integrale, del principio del governo delle leggi?

Alla radice di questo interrogativo si trova, a sua volta, una circostanza anch'essa banale: il diritto trasforma, o tende indefinitamente a trasformare, ogni problema sostanziale in una questione di procedura (cfr. Celano [2002a]). Dato un problema sostanziale («Qui, chi ha ragione e chi torto?», «La norma N è stata violata o no?», «Che cosa esige la giustizia in un caso di questo tipo?», «Quali sono i diritti inviolabili degli esseri umani?», ecc.), dal punto di vista giuridico il problema non è mai soltanto, né primariamente, quale sia la risposta corretta, ma chi (quale organo), e in che modo (secondo quale procedura), sia competente a decidere, in via autoritativa e – in ultima istanza – definitiva, il caso. Il diritto ha, cioè, carattere nomodinamico: regola la sua propria produzione. Un suo aspetto centrale è l'istituzione di poteri normativi: poteri, istituiti mediante norme, di produzione, modificazione, applicazione di norme [Kelsen 1945; Hart 1961].

Per questa ragione, anche quando sono disponibili regole certe, univoche, precise e coerenti ai fini della risoluzione di un caso, non si può prescindere, dal punto di vista giuridico, dalla questione se vi sia un soggetto competente ad applicare le regole rilevanti, e se sì secondo quali modalità esso sia competente a procedere. Nella trattazione di ogni problema giuridico, per quanto univoche, precise, coerenti, determinate, certe possano essere le regole da applicare ai fini della decisione, l'aspetto procedurale – il problema dell'autorità – è ineludibile.

Ciò vale, a maggior ragione, nel caso di insiemi di norme che non soddisfano queste condizioni. E, ancor di più, là dove – come sempre, in effetti, accade – ad essere disponibili non sono norme, ma disposizioni (enunciati normativi o assiologici), che richiedono, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, interpretazione [Guastini 1992]. Le costituzioni contemporanee sono, per l'appunto, insiemi siffatti. Non solo: il loro contenuto ha

carattere pluralistico, e perciò esige, come si è detto, un'opera di determinazione.

Da qui la difficoltà. La costituzione come «legge superiore» – il sistema dei diritti fondamentali, il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto – sono, in ipotesi, un vincolo per il legislatore ordinario. A differenza di quanto accadeva nello Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco, il legislatore ordinario non è, in regime di costituzione rigida e garantita, sovrano. Ma la costituzione, com'è ovvio, non si interpreta, né si applica, da sé. Il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto ha carattere pluralistico, ed esige determinazione. Chi è competente a giudicare, in via autoritativa e definitiva, come siano da intendere le disposizioni costituzionali? Chi è competente a operare la determinazione (bilanciamento, *trade-off*, commisurazione, specificazione) degli elementi, in ipotesi confliggenti, incommensurabili, indeterminati, dei quali consta il contenuto etico sostanziale della costituzione? Ed ecco il dilemma: se questa competenza viene attribuita a un qualsivoglia soggetto (si tratti del legislatore, o di un terzo; ad es., un giudice costituzionale) quest'ultimo, non la costituzione, sarà *basileus*. Se invece si ribadisce che ad essere *basileus* è la costituzione, e non un qualsivoglia soggetto, il problema del potere di determinazione («Chi, e secondo quale procedura, è competente a interpretare il testo costituzionale, ed effettuare i necessari bilanciamenti, *trade-offs*, ecc.?)» si riproporrà.

È questa la radice del problema, ampiamente discusso, del rapporto fra giustizia costituzionale e sovranità popolare. Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale è compatibile con il principio democratico?⁸ Specificamente, è compatibile con l'opzione in favore della democrazia che il potere di determinazione del sistema dei diritti fondamentali (sotto alcuni aspetti essenziali, e in alcune giunture cruciali) sia affidato, in ultima istanza, a organi non democratici, politicamente non responsabili di fronte al popolo?

⁸ Cfr. ad es., *pro*, Dworkin [1985a]; *contra*, Waldron [1999a]. Parte della posta in gioco nel dibattito fra fautori e detrattori del controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale è il concetto moderno di legislazione, come produzione consapevole e deliberata, puntuale e innovativa, di norme giuridiche prima inesistenti; l'idea che sia possibile *fare* leggi (cfr. Waldron [1999b, cap. 2]). I fautori della soluzione giudiziale tendono a respingere l'idea moderna di legislazione.

Come si è detto (*supra*, capp. 2, par. 1, e 3, par. 1) l'istituto del controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale genera, secondo alcuni, una pluralità di conseguenze indesiderate: un grave deficit di certezza, l'attribuzione di amplissima discrezionalità ai giudici costituzionali o ordinari, e un conseguente sbilanciamento dei poteri in favore della giurisdizione; al limite, una sorta di «onnipotenza giudiziale»⁹. Ma il problema può essere formulato in termini generali. Nello Stato costituzionale di diritto, i diritti fondamentali, in ipotesi, vincolano il legislatore. Ma sui diritti e, soprattutto, sul loro bilanciamento – sulla loro determinazione – c'è disaccordo, non meno che su altre questioni (in ipotesi aperte alla decisione da parte del legislatore) [Waldron 1999a, 1-4, 10-12, 212-213]; anche su di essi – sulla loro estensione e determinazione (limitazione, regolamentazione) e, soprattutto, sulla risoluzione di conflitti fra di essi – occorre assumere delle decisioni (decisioni che siano vincolanti per la collettività). Insomma: anche i diritti fondamentali devono essere amministrati [Jori 1995, 128-130; Pintore 2003, 104, 124]. Per farlo, sono necessari poteri, poteri di determinazione.

Diritti, principi, valori fondamentali sono plurali, confliggenti, incomensurabili e indeterminati; e sulla loro determinazione vi sono opinioni confliggenti. Non solo: ci si può ragionevolmente aspettare che, nelle società contemporanee, questi disaccordi siano frequenti e profondi¹⁰. Da qui, il dilemma. Chi, se non il legislatore democratico, può (in un regime democratico) essere chiamato ad assumere, in casi siffatti, decisioni vincolanti per la collettività? Ma, d'altro lato, chi, se non il legislatore democratico, deve, nello Stato costituzionale di diritto, essere soggetto alla – e vincolato dalla – disciplina costituzionale dei diritti?

Il disaccordo sulla determinazione dei diritti fondamentali non è, si badi

⁹ La cultura giuridica degli odierni Stati costituzionali di diritto è caratterizzata da un marcato processo di «costituzionalizzazione»: sovra-interpretazione della costituzione, interpretazione adeguatrice della legge alla luce della costituzione, *Drittwirkung*, *Ausstrahlung*, e applicazione diretta delle norme costituzionali [Guastini 1998a].

¹⁰ Così, ad es., ciò che ad alcuni appare come una giustificata, e doverosa, specificazione di un generale diritto alla *privacy*, il diritto delle donne di abortire (sotto certe condizioni) appare ad altri come un caso paradigmatico di violazione di un diritto fondamentale, il diritto alla vita del feto. In casi come questo, nient'affatto sporadici o marginali, il disaccordo non verte su ipotesi di confine, ma sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali chiamati in causa.

bene, un fenomeno contingente o marginale. Al contrario: ci si può aspettare che il libero esercizio della ragione umana (ossia, il normale esercizio della ragione umana nel quadro di istituzioni sociali e politiche non repressive) conduca pressoché inevitabilmente alla formazione di una pluralità di concezioni, diverse e confliggenti, del mondo, della giustizia e del bene – una pluralità di concezioni religiose, etiche, filosofiche – ragionevoli (dunque, non squalificabili come contrarie alla ragione), e tuttavia, almeno in parte, reciprocamente incompatibili (per l'appunto, diverse e confliggenti) [Rawls 1993; ma cfr. anche Waldron 1999a, cap. 7]. Questo fenomeno – il «fatto del pluralismo ragionevole» – è un dato ineludibile. La teoria e la prassi dei regimi democratici, liberali, costituzionali contemporanei poggiano sul riconoscimento di questo dato di fatto, e sull'assunto che esso costituisca un bene, non un male (sia pure inevitabile)¹¹.

Ma, proprio per questa ragione, il problema della determinazione si acuisce. Dato il fatto del pluralismo ragionevole, appare doveroso che i bilanciamenti, *trade-offs*, compromessi, ecc., necessari ai fini della determinazione del contenuto etico sostanziale delle costituzioni contemporanee siano decisi con metodo democratico. Ma la costituzione, e il suo contenuto, sono da intendere – in conformità al principio del costituzionalismo, applicabile

¹¹ Le società contemporanee sono società pluralistiche: un insieme di individui, e gruppi, portatori di interessi, o di ideologie (visioni del mondo, concezioni della giustizia o del bene, di carattere religioso, filosofico, etico), diversi, e spesso confliggenti. L'idea ottocentesca della – necessaria, e presupposta – unità della nazione, come soggetto omogeneo dotato di una propria identità, un proprio carattere, propri fini e interessi, e una propria volontà (che si esprimerebbero in *una* cultura, *una* «identità culturale», *una* lingua, *una* religione, e così via), appare, all'origine del costituzionalismo contemporaneo, fittizia, se non ideologicamente viziata (consapevolmente o inconsapevolmente motivata e sostenuta, cioè, da determinati, e parziali, interessi economici e politici); e lo stesso può affermarsi, di conseguenza, dell'immagine della «persona statale», come soggetto unitario e neutrale, idoneo a rappresentare, sulla scena politica, l'unità della nazione, perseguendone fini e interessi, e realizzandone la volontà. Sotto questo aspetto, una delle componenti più significative del costituzionalismo contemporaneo è, precisamente, l'abbandono dell'assunto che l'unità culturale (*una* religione, *una* visione del mondo, e – perché no – *una* razza; in breve, un'unica e medesima «identità culturale») costituisca la base necessaria di una comunità politica relativamente pacifica, stabile, e moralmente difendibile. In contrapposizione a questo assunto, si afferma l'idea che il pluralismo degli interessi e delle ideologie sia, non soltanto un dato di fatto inaggirabile, con il quale le istituzioni politiche devono convivere (pena la guerra civile, esplicita o latente), ma che esso sia, in effetti, un bene.

al decisore democratico non meno che a un autocrate (*supra*, par. 3) – come un vincolo sui poteri di determinazione democratici. La costituzione deve essere custodita (il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto deve essere preservato); ma chi custodirà i custodi?

5. CONCLUSIONI

Non credo che il problema della determinazione – «Come assoggettare al sistema dei diritti fondamentali (e degli ulteriori principi e valori costituzionali) i poteri di determinazione dei diritti fondamentali?» – possa essere risolto. Il problema è ineludibile, la sua struttura stringente. Banalmente, *quis custodiet custodes?* L'unica «soluzione» possibile consisterà, volta per volta, in un compromesso. Quale compromesso – quale particolare assetto dei poteri di determinazione dei diritti fondamentali – sia più o meno soddisfacente, adeguato, confacente, è cosa che dipenderà di volta in volta, da circostanze storiche (sociali, politiche, economiche, culturali) particolari.

Da quanto detto credo si possano trarre alcune conclusioni.

1) Il potere di decisione di ultima istanza (potere di decisione ultima, non soggetto a revisione da parte di poteri ulteriori; decisione «sovrana») non è eliminabile. Gli ordinamenti giuridici sono sistemi normativi dinamici; in essi v'è comunque, volta per volta, un potere di decisione non soggetto a revisione. Per ragioni concettuali, non ogni potere di decisione è assoggettabile a norme che vincolino la decisione¹².

2) Il costituzionalismo (moderno e contemporaneo: il «costituzionalismo dei diritti», *supra*, par. 3) non ha – non può sensatamente avere – come proprio obiettivo l'eliminazione della decisione sovrana. Ha, piuttosto, l'obiettivo della sua dilazione, del suo differimento, nella maggior misura possibile. Si tratta di moltiplicare le istanze di controllo, i vincoli e i limiti (istituendo poteri di determinazione di questi vincoli, vincoli su questi poteri, ulteriori poteri competenti a giudicare del rispetto di questi vincoli, e così via) in modo da ritardare il più possibile – e in questo modo narcotizzare, mettere in *stand-by* – l'esercizio del potere di decisione di ultima istanza.

¹² È questa, per l'appunto, la lettura schmittiana del *nomos basileus* (*supra*, nota 3).

Insomma: una realizzazione compiuta, senza residui, del principio del governo delle leggi è, per ragioni concettuali, impossibile. Ogni regola deve essere applicata (e anzitutto compresa) da qualcuno. (Non ci sono regole che si applicano o si fanno valere da sé¹³.) Data una regola, è necessario un potere che la faccia valere; non ogni potere potrà essere assoggettato a regole, pena un regresso all'infinito. Non è possibile, dunque, che *tutti* i poteri pubblici siano, in ultima istanza, soggetti alla legge (che *ogni* potere di esseri umani sia assoggettato, vincolato, limitato da regole). In un sistema normativo dinamico vi sarà sempre, per necessità concettuale, una decisione ultima, di ultima istanza, non soggetta a controllo o revisione.

Ma il punto – il senso – del costituzionalismo consiste nel porre sempre nuovi limiti, ostacoli, impedimenti a questa istanza di decisione ultima: nel dilazionare il più possibile, circoscrivendolo e, in tal modo, depotenziandolo, il momento dell'esplicazione della sovranità (un potere di decisione non sottoposto a revisione)¹⁴. E, in questo modo, dare vita a un sistema istituzionale (un assetto di poteri) nel quale è *come se* nessuno avesse mai l'ultima parola. L'apparato istituzionale dello Stato costituzionale di diritto comprende un insieme di tecniche volte a questo scopo.

3) Dunque, si dirà, nello Stato costituzionale di diritto la Corte costituzionale (il tribunale competente a giudicare della legittimità costituzionale delle leggi e atti affini, si tratti di un sistema di controllo di costituzionalità accentrato o diffuso) è il sovrano? Dal punto di vista strutturale, sì, nei termini appena precisati. Ma sarebbe ridicolo sostenere che lo è allo stesso modo, ad esempio, di un monarca in una (ideale) monarchia assoluta. Il potere di decisione di ultima istanza è, nello Stato costituzionale di diritto, differito, e frammentato. (Si consideri, ad es., il potere di revisione costituzionale, mediante un procedimento aggravato rispetto a quello previsto per la legge ordinaria. In molti sistemi giuridici contemporanei, il parlamento – o un organo democratico *ad hoc* – ha il potere di modificare la costituzione, così da neutralizzare eventuali pronunce di incostituzionalità da parte del giudice

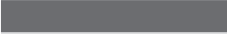
¹³ Per una delucidazione particolarmente perspicua di questa tesi wittgensteiniana cfr. Nozick [1981, 143-145].

¹⁴ Ritengo (ma non argomenterò qui a sostegno di questa tesi) che sia questo il senso della difesa kelseniana della giustizia costituzionale, e della costruzione kelseniana del principio della divisione dei poteri.

costituzionale. Ma questo potere è, per lo più, soggetto a limiti, e il giudice costituzionale rivendica per sé la competenza a giudicare del rispetto dei limiti al potere di revisione costituzionale posti dalla costituzione. Non solo: accade altresì che il giudice costituzionale rivendichi per sé la competenza a ricavare dalla costituzione, mediante interpretazione, limiti ulteriori rispetto a quelli esplicitamente posti dalle disposizioni costituzionali rilevanti¹⁵.)

4) Il problema della determinazione si intreccia inestricabilmente con gli ulteriori problemi, attinenti al contenuto (e non specificamente alla struttura istituzionale) dello Stato costituzionale di diritto (*supra*, par. 2). In breve: *a*) è oscuro se vi siano criteri di correttezza delle operazioni di bilanciamento richieste dal contenuto etico sostanziale delle costituzioni contemporanee; per di più, *b*) le decisioni in materia saranno, in ultima istanza, decisioni non soggette, quanto alla loro correttezza, ad alcuna revisione. Il panorama è sconcertante. Ma ci si può chiedere se, e come, si possa fare di meglio.

¹⁵ È questo il caso, nell'ordinamento italiano, della dottrina dei «principi supremi» elaborata dalla Corte costituzionale (cfr. Guastini [2004, 323-325]).



Appendice

Eguaglianza e diritti nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale

Nella cultura giuridico-politica occidentale moderna e contemporanea – grosso modo, a partire dalla fine del Settecento (assumendo, dunque, come spartiacque le rivoluzioni americana e francese) – l’eguaglianza appare sotto due aspetti principali: come «eguaglianza nei diritti» e come principio di giustizia distributiva. Svolge il ruolo di termine medio fra questi due aspetti dell’idea di eguaglianza un’ulteriore nozione, quella di «diritto all’eguaglianza».

Sono tre, dunque, le idee guida di questa ricostruzione (che, correlativamente, sarà suddivisa in tre parti): *eguaglianza nei diritti* (par. 1), *diritto all’eguaglianza* (par. 2), *eguaglianza distributiva* (par. 3).

1. EGUAGLIANZA NEI DIRITTI

1.1. L’idea dei diritti fondamentali

In Europa, e successivamente in America, nasce e si diffonde, fra Sei e Settecento, un’idea che svolgerà, a partire dalle rivoluzioni della fine del Settecento (Rivoluzione americana e Rivoluzione francese), un ruolo di importanza cruciale nella formazione, e nella strutturazione, degli ordinamenti giuridici moderni e contemporanei: l’idea che gli esseri umani, come tali, siano dotati di alcuni diritti «fondamentali». La nascita e la progressiva af-

fermazione di questa idea costituisce un'autentica svolta nella cultura giuridico-politica occidentale.

I diritti in questione (vedremo più avanti quali essi siano, *infra*, par. 1.7) sono concepiti e qualificati come «fondamentali», anzitutto, in ragione della loro *importanza*: dell'importanza che viene loro riconosciuta o attribuita (dell'importanza, cioè, delle attività, delle scelte, degli interessi, dei beni, o delle sfere di vita, che ne costituiscono l'oggetto, o il contenuto). E proprio in ragione della loro importanza, i diritti in questione sono ulteriormente concepiti e rappresentati come «fondamentali» perché

1) *Inviolabili*: diritti la cui violazione non è mai giustificata, sotto nessuna condizione (diritti che non possono legittimamente essere violati da parte dei poteri pubblici, o di terzi; ovvero, diritti il cui rispetto, e la cui garanzia, è condizione necessaria di legittimità dell'autorità politica).

2) *Inalienabili*: diritti non suscettibili di essere validamente trasferiti ad altri; in particolare, diritti dei quali gli esseri umani non possono validamente spogliarsi, neppure volendolo, neppure con il proprio consenso (diritti che appartengono a ciascuno in virtù di un legame così stretto da non poter essere rescisso neppure dalla volontà di colui al quale appartengono)¹.

3) *Imprescrittibili*: non soggetti a prescrizione (diritti che non cessano di esistere, non vengono meno, anche se non si è affatto consapevoli di averli, né in ragione del loro mancato esercizio, della loro mancata rivendicazione, e meno che mai del loro mancato riconoscimento)².

¹ Tre esempi: 1) Se si assume che la libertà (libertà come non asservimento; *infra*, par. 1.5) sia un diritto umano inalienabile, se ne dovrà concludere l'inammissibilità, non soltanto della schiavitù in genere, ma anche della schiavitù volontaria: mi è preclusa la possibilità di dare validamente me stesso come schiavo – in cambio, ad es., dei mezzi di sostentamento per me e la mia famiglia. 2) Nell'ipotesi che i diritti di partecipazione politica, e in particolare il diritto di voto, siano diritti fondamentali, è esclusa la legittimità della cessione del proprio voto a terzi (non è ammessa la vendita del voto). 3) Se l'integrità fisica è un diritto fondamentale, sarà in linea di principio esclusa la vendita di, o in generale la cessione di diritti su, parti del proprio corpo (organi). In generale, concepire un diritto come inalienabile vuol dire concepirlo come *non disponibile* da parte di chi ne è titolare (come un diritto del quale il titolare non può liberamente disporre, secondo la propria volontà).

² Per illustrare: lo schiavo ha comunque i diritti reputati fondamentali, anche se è soddisfatto di essere uno schiavo, anche se è contento della propria condizione, gode del favore del padrone e ha un suo spazio di manovra entro il quale può muoversi con relativa libertà (pur restando esposto alla possibilità che il padrone gli ordini di compor-

Diritti «fondamentali», dunque, perché importanti (perché sono di estrema importanza, si ritiene, le attività, le scelte, gli interessi, i beni che essi tutelano, o proteggono), e, poiché importanti, inviolabili, inalienabili, imprescrittibili.

Un aspetto dell'idea dei diritti fondamentali deve essere sottolineato con la massima enfasi. I diritti in questione sono concepiti come diritti che appartengono a ciascun essere umano come tale, semplicemente perché e in quanto essere umano. Non, dunque, in ragione della sua particolare condizione sociale o politica (non, ad es., in quanto membro dell'aristocrazia o del clero, o in generale in quanto appartenente a un particolare ceto, corporazione o ordine, o in quanto soggetto a un certo signore o re, o in quanto residente in un particolare territorio, abitante di una certa città, membro di una particolare comunità o chiesa), o di particolari caratteristiche, doti, o talenti naturali (ad es., il genere, l'appartenenza a una particolare etnia, un'intelligenza superiore alla media, particolare forza fisica, bellezza o bruttezza, e così via), bensì in virtù del suo essere, per l'appunto, un essere umano, in virtù della sua semplice, sola, nuda natura di essere umano. Si tratta, in questo senso, di diritti «naturali»³. E, dunque, di diritti che tutti gli esseri umani hanno allo stesso modo, e in eguale misura (diritti nei quali gli esseri umani sono eguali), indipendentemente da accidenti o particolarità storiche (politiche, sociali) o naturali. Rispetto ai diritti (ai diritti fondamentali, beninteso) le differenze fra gli esseri umani, siano esse di carattere sociale o naturale (anzitutto, le differenze di nascita: genere, diseguaglianze di doti naturali o nella posizione che alla nascita ci si trova a occupare), sono – concepite come – elementi accidentali, casuali, e dunque arbitrari, e irrilevanti (irrilevanti, precisamente perché casuali, accidentali). Quanto ai diritti (ai diritti fondamentali), gli esseri umani sono eguali.

tarsi diversamente). Lo schiavo soddisfatto, sebbene i suoi diritti non siano né esercitati né rivendicati – possiamo immaginare che egli non ne sia neppure consapevole – avrà comunque i diritti che si assumono essere fondamentali.

³ Di contro, «nel mondo medievale le prerogative e gli oneri dei soggetti non sono separabili dalle appartenenze e dalle gerarchie: è l'ordinamento, il gruppo, il "corpo" sociale cui l'individuo appartiene, che attribuisce privilegi e doveri; è la gerarchia politica e sociale che pone ciascun individuo al "suo" posto, in una fitta rete di supremazie e soggezioni» [Costa 2002, 40].

Nell'idea dei diritti fondamentali è insita, dunque, una forte componente egualitaria (una forma di egualitarismo). L'eguaglianza fra tutti gli esseri umani è qui intesa, però, specificamente, come *eguaglianza nei diritti*⁴. L'assunto che gli esseri umani, come tali, siano eguali nei diritti (fondamentali) è l'altra faccia dell'assunto che, ai fini della titolarità di questi diritti, particolari condizioni sociali o naturali (anzitutto, diseguaglianze di nascita) siano accidentali, arbitrarie, e dunque irrilevanti⁵. Il carattere naturale – nel senso appena precisato: arbitrarietà, e dunque irrilevanza, di differenze e particolarità sociali o naturali – di tali diritti è, precisamente, ciò che rende ragione, in ultima istanza, della loro qualificazione come «fondamentali», e sta alla base delle ulteriori caratteristiche (inviolabilità, inalienabilità, imprescrittibilità) loro attribuite.

L'idea dei diritti fondamentali, così intesa, è illustrata da alcuni importanti testi normativi.

⁴ Ciò che l'idea dei diritti fondamentali implica, dunque, non è la tesi che gli esseri umani siano tutti uguali: che non ci siano differenze fra gli esseri umani. Questo è palesemente falso. Fra gli esseri umani ci sono differenze di ogni genere – di doti naturali, di condizioni sociali.

⁵ Questa idea è a sua volta strettamente connessa a una linea di argomentazione che ha ricevuto particolare impulso in tempi recenti, ad opera, soprattutto, di Rawls [1971] (cfr. in proposito Celano [2000; 2004; 2005c]). Le diseguaglianze naturali (anzitutto, le diseguaglianze di nascita, siano esse sociali o naturali in senso stretto), argomenta Rawls, sono accidentali, casuali: possono essere rappresentate come il risultato di una lotteria, la «lotteria naturale» (la lotteria nella quale sono in palio i «posti» – l'insieme di condizioni sociali e naturali – nei quali ciascuno si trova a nascere). (Quali caratteristiche naturali ciascuno abbia, quale posizione sociale egli si trovi a occupare alla nascita, è un caso.) Proprio perché casuali, le diseguaglianze di nascita sono, dal punto di vista morale (in particolare, dal punto di vista etico-politico), arbitrarie, e perciò irrilevanti. «Irrilevanti», in che senso? Semplice: non è giusto che la distribuzione di benefici e oneri della cooperazione sociale (reddito, ricchezza, potere, responsabilità, libertà) rifletta, ricalchi, le diseguaglianze di nascita: non è giusto che chi ha ottenuto di più dalla lotteria naturale stia, per ciò soltanto, meglio degli altri, e chi ha ottenuto di meno stia peggio. O, in altri termini, le diseguaglianze di nascita non sono meritate (nessuno di noi, ad es., ha meritato di nascere in una famiglia facoltosa, o indigente) – non possiamo in alcun modo esserne ritenuti responsabili. Dunque, conclude Rawls, è ingiusto che, nella distribuzione dei benefici e degli oneri della vita associata, le istituzioni sociali e politiche ricompensino coloro che sono stati favoriti dalla lotteria naturale, e penalizzino gli sfortunati. Una società giusta sarà, piuttosto, una società che in qualche modo, in qualche misura, riequilibra, compensa, rettifica, raddrizza, i risultati della lotteria naturale. (Questa linea di argomentazione – come vedremo *infra*, par. 2 – è strettamente connessa alla seconda delle tre idee guida della nostra ricostruzione, l'idea di un *diritto all'eguaglianza*.)

(1) *Dichiarazione d'indipendenza americana* (4 luglio 1776): «Noi teniamo per certo che queste verità siano di per se stesse evidenti, che tutti gli uomini sono creati eguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di certi Diritti inalienabili, che tra questi vi siano la Vita, la Libertà e il perseguimento della Felicità. Che per assicurare questi diritti sono istituiti tra gli uomini i Governi, che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati. Che quando una qualsiasi Forma di Governo diventa distruttiva di questi fini, è Diritto del popolo di alterarla o di abolirla, e di istituire un nuovo Governo, ponendo il suo fondamento su questi principi e organizzando i suoi poteri in una forma tale che sembri ad esso la più adeguata per garantire la sua sicurezza e la sua felicità».

(2) *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (Assemblea Nazionale Costituente, 26 agosto 1789): «Art. 1. Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. [...]

Art. 2. Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione. [...]

Art. 16. Ogni società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

(3) *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (24 giugno 1793): «Art. 1 [...] Il Governo è istituito per garantire all'uomo il godimento dei suoi diritti naturali e imprescrittibili.

Art. 2. Questi diritti sono l'eguaglianza, la libertà, la sicurezza, la proprietà».

(4) *Costituzione della Repubblica Italiana* (1948): «Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...]

(5) *Dichiarazione universale dei diritti umani* (New York, 10 dicembre 1948): «Art. 1. Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. [...]

Art. 2. Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

È essenziale, però, una precisazione. L'idea dei diritti fondamentali, nei termini in cui è stata appena caratterizzata, è il frutto di una drastica semplificazione: si tratta di un modello astratto, una rappresentazione idealizzata. La storia della cultura e delle istituzioni giuridico-politiche segue percorsi ben più complessi, variegati, e assai meno lineari o coerenti di quanto queste semplificazioni non lascino intendere⁶. Si tratta, però, di una semplificazione che serve a dare l'idea di un radicale mutamento di prospettiva effettivamente prodottosi, fra Sei e Settecento, nella cultura giuridica e politica europea – un mutamento rivoluzionario, che ha segnato in profondità il nostro universo giuridico e politico. Si tratta, per dirla con N. Bobbio, della transizione dal primato dei doveri al primato dei diritti.

1.2. Dal primato dei doveri al primato dei diritti (N. Bobbio)

L'affermazione dei diritti umani rappresenta, secondo N. Bobbio, «un capovolgimento radicale nella storia secolare della morale» (una «rivoluzione copernicana»)⁷. Perché?

«All'inizio [...] della storia millenaria della morale – scrive Bobbio – c'è sempre un *codice di doveri* (o di obblighi) *non di diritti*». I codici morali e giuridici delle origini (come ad es., i *Dieci comandamenti*) constano di norme imperative: comandi e divieti. «Dovere e diritto – prosegue Bobbio – sono termini correlativi, come padre e figlio»: «come non vi può essere un padre senza un figlio, e viceversa, così non vi può essere un dovere senza diritto». Ma «come il padre viene prima del figlio, così l'obbligo è sempre venuto prima del diritto».

⁶ I diritti sono concepiti e fondati, in età moderna e contemporanea, in modi assai diversi, e sarebbe un errore ritenere che autori diversi, concezioni diverse, o culture diverse, condividano necessariamente tutte le idee che, stando alla nostra caratterizzazione, sono parte integrante dell'idea dei diritti fondamentali (importanza, carattere naturale dei diritti, eguaglianza nei diritti di tutti gli esseri umani, inviolabilità, inalienabilità, imprescrittibilità), o le intendano allo stesso modo. Anche l'affermazione secondo cui l'idea dei diritti fondamentali «nasce e si diffonde» fra Sei e Settecento è, naturalmente, una semplificazione. L'idea dei diritti naturali affonda le proprie radici in un passato ben più lontano (cfr. Villey [1986]; Tuck [1979] e soprattutto Tierney [2002]).

⁷ Bobbio [1999, 432-437] da cui sono desunte le citazioni. Cfr. anche Bobbio [1990, 114-118, 124].

In che senso? «L'oggetto principale dello studio della morale e del diritto», chiarisce Bobbio, è stato, tradizionalmente, la *legge*: «ciò che si deve fare o non fare». Diritto e dovere, è vero, sono come le due facce di un'unica medaglia. Ma, chiede Bobbio, «qual è il verso e quale il recto?». «Dipende dalla posizione da cui guardiamo la medaglia»; e, di fatto, «nella storia del pensiero morale e giuridico questa medaglia è stata guardata più dal lato dei doveri che da quello dei diritti». Perché? Perché questo – quello dei doveri cui l'individuo è soggetto – è il punto di vista dell'interesse al mantenimento e alla difesa del gruppo sociale, della collettività. «Affinché potesse avvenire il passaggio dal codice dei doveri al codice dei diritti occorre che fosse rovesciata la medaglia»: «che si cominciasse a guardare il problema non più soltanto dal punto di vista della società ma da quello dell'individuo».

Cerchiamo di chiarire questo punto. In corrispondenza al primato dei doveri (espressione dell'interesse alla conservazione del gruppo sociale) in morale, «la dottrina politica [...] ha per un gran numero di secoli privilegiato il punto di vista di chi detiene il potere di comandare su quello di colui al quale il comando è rivolto e a cui si attribuisce sopra ogni cosa il dovere di obbedire». Tradizionalmente, il rapporto politico (il rapporto fra governante e governato) è stato guardato dall'alto verso il basso, *ex parte principis*. La trattatistica politica tradizionale ha ad oggetto il governo. L'individuo «è essenzialmente un oggetto del potere o tutt'al più un soggetto passivo»; più che i suoi diritti, rilevano i suoi doveri, primo fra tutti quello di obbedienza (obbligo politico).

La «grande svolta», argomenta Bobbio, ha inizio con la concezione cristiana della vita. Ma «solo la dottrina moderna dei diritti naturali [il giusnaturalismo moderno] fa dell'individuo e non più della società il punto di partenza per la costruzione di una dottrina morale e giuridica». «La dottrina dei diritti naturali [...] presuppone una *concezione individualistica* della società e quindi dello stato», contrapposta alla concezione organicistica, olistica, tradizionalmente dominante (concezione secondo la quale «la società è un tutto e il tutto è al di sopra delle parti»)⁸.

⁸ Una concezione olistica della società, o dello stato, è una concezione per la quale la società, lo stato, sono un tutto, un intero; il tutto è, si assume, qualcosa di più (un *prius* sia concettuale, sia assiologico) rispetto alla somma delle sue parti, dei suoi elementi costitutivi (ovvero, gli individui). La società politica, lo stato, sono cioè concepiti

Secondo la concezione individualistica «prima viene *l'individuo*, [...] l'individuo singolo, che ha valore di per se stesso, e poi viene lo *stato*»: «lo stato è fatto per l'individuo e non l'individuo per lo stato». Ebbene, osserva Bobbio, «in questa inversione del rapporto tra individuo e stato viene invertito anche il rapporto tradizionale fra diritto e dovere»: «nei riguardi degli individui vengono d'ora innanzi prima i diritti, e poi i doveri; nei riguardi dello stato prima i doveri e poi i diritti». Fine dello stato è, non più (come accade nel modello organicistico) la concordia, l'unità, la salute e la forza dell'organismo politico, ma «la crescita dell'individuo quanto più possibile libero da condizionamenti esterni». La giustizia, stando a questo modo di vedere, consiste in ciò, «che ciascuno sia trattato in modo da poter soddisfare i propri bisogni e raggiungere i propri fini, primo fra tutti, quello della felicità» («fine individuale per eccellenza»)⁹.

e rappresentati come (sul modello di) un organismo vivente. In un organismo vivente (secondo la rappresentazione classica) le parti – gli organi – esistono in vista del tutto, in funzione di esso: devono ad esso la propria esistenza e la propria identità, consistente nello svolgimento di una certa funzione, ordinata alla conservazione e allo sviluppo dell'organismo medesimo. (La funzione del cuore è di pompare il sangue; è questa la sua natura, ed è in virtù della sua idoneità a svolgere questa funzione che esso esiste.) Allo stesso modo, per una concezione organicistica della società e dello stato gli individui esistono in vista, in funzione della comunità, come suoi strumenti o organi, e traggono dalla propria appartenenza alla comunità la propria identità, consistente per ciascuno nello svolgimento del compito che gli è proprio ai fini della salute e della prosperità del corpo politico. La comunità, dotata, in ipotesi, di fini, interessi suoi propri, e di una sua volontà, gode di una piena priorità, sia concettuale sia assiologica, rispetto all'individuo, ai suoi fini e interessi, e alla sua volontà. Ci si potrebbe chiedere, naturalmente, come si possa sensatamente fare propria una concezione organicistica. Non è forse un'ovvietà che la società, e lo stato, la comunità politica, siano un insieme di individui? Una discussione esauriente di questo interrogativo ci condurrebbe lontano. Mi limito a fornire un esempio di una comprensione genuinamente organicistica della comunità politica. La prima dichiarazione della Carta del lavoro, enunciata il 30 aprile 1927 dal Gran Consiglio del Fascismo, contiene «la definizione ufficiale della concezione organica dello stato»: «La nazione italiana è un organismo avente fini, vita e mezzi superiori per durata a quelli degli individui... È un'unità morale, politica ed economica che si realizza integralmente nello stato fascista» (desumo l'indicazione, e la citazione, da Bobbio [1964, 58]). In generale, i totalitarismi poggiano su una concezione organicistica della società e dello stato; ma non necessariamente vale l'inverso (cfr. *infra*, nota 10).

⁹ Questa duplice inversione (dal primato del punto di vista dei governanti al primato del punto di vista dei governati; dal primato dei doveri al primato dei diritti), e il mutamento di quadro concettuale e ideologico che ne costituisce lo sfondo (da una concezione organicistica, o olistica, a una concezione individualistica della società e dello stato), si legano strettamente a due tratti, solidali, anch'essi caratteristici di gran parte della cultura

Assunti fondamentali della concezione individualistica sono l'idea della autonomia (come possibilità aperta, in linea di principio, a ciascun individuo, e come valore da rispettare, tutelare e perseguire; *infra*, par. 1.5) e la «pari dignità di ciascuno»: ciascun individuo è (concepito come), allo stesso titolo, «persona morale».

L'individualismo, così inteso, è, conclude Bobbio, «la base filosofica della democrazia» («una testa, un voto»); come tale, «si è sempre contrapposto, e sempre si contrapporrà, alle concezioni olistiche della società e della storia», accomunate dal «disprezzo per la democrazia»¹⁰.

Alla luce del rivolgimento concettuale e assiologico delineato da Bobbio, i diritti «fondamentali» possono dirsi tali in un senso ulteriore: stanno a fondamento dei, e danno fondamento ai, doveri (all'ordine giuridico-politico nel suo complesso) [Bovero 2001, 239-241].

1.3. Individualismo e modernità

La transizione dal primato dei doveri al primato dei diritti è solidale, dunque, con l'opzione individualistica: con la rivendicazione dell'autonomia dell'individuo nei confronti della società e dello stato. Una generale trasformazione in senso individualistico dei rapporti sociali – anzitutto i

politica e giuridica europea moderna (in particolare, la cultura liberale): un'antropologia positiva (le cui radici risalgono all'età rinascimentale), e una profonda diffidenza nei confronti del potere (dell'autorità dei governanti; il potere, se non soggetto a controlli e limitazioni, diviene immancabilmente dispotico). La combinazione di questi due tratti è manifesta, in negativo, nei pensatori controrivoluzionari. Cfr. ad es. Galli [1989, 160]: «secondo Donoso, l'ordine cattolico si caratterizza per un'antropologia assolutamente negativa e per una valutazione positiva del Potere, mentre la modernità ha una visione positiva dell'uomo e interpreta perciò negativamente il Potere, cercando di dividerlo e di limitarlo con strumenti legali; nella teologia politica di Donoso, invece, "il sovrano è come Dio: o è uno o non esiste"».

¹⁰ Occorre, però, una certa cautela. Quella di Bobbio è, ancora una volta, una rappresentazione semplificata, e idealizzata. Il ricorso alla metafora, o l'analogia, organicistica è, infatti, proprio anche di correnti di pensiero che concorrono alla nascita e allo sviluppo dell'idea dei diritti fondamentali – in particolare, il c.d. «repubblicanesimo» moderno (la componente «neo-romana» della concezione moderna della libertà politica [Skinner 1997, 24-26, 36]). Spesso, in età moderna, il senso dell'analogia è diverso: l'organismo vivente (e, per analogia, il corpo politico) è concepito e rappresentato come una macchina.

rapporti economici e politici; ma poi anche rapporti familiari, erotici, associativi ecc. – è (semplificando all'estremo) il tratto distintivo della società e della cultura europee moderne. Il punto è ben illustrato da due passi (che esprimono una buona dose di ingenuo ottimismo progressista ottocentesco) di J.S. Mill, tratti da *The Subjection of Women* [1869]¹¹.

Qual è [...] il carattere peculiare del mondo moderno, la differenza che distingue principalmente le istituzioni moderne, le idee sociali moderne, la vita moderna stessa, da quelle dei tempi remoti? È l'idea che gli esseri umani non nascono più nel posto che occuperanno per tutta la vita, non vi restano incatenati da un vincolo indissolubile (*human beings are no longer born to their place in life and chained down by an inexorable bond to the place they are born to*), ma sono liberi di impiegare le loro facoltà, e di sfruttare le circostanze favorevoli che si offrono, per inseguire il destino che appare loro più desiderabile (*to achieve the lot that may appear to them most desirable*). La società di un tempo si basava su un principio completamente diverso. Ciascuno nasceva con una posizione sociale predeterminata, e vi rimaneva inchiodato dal diritto o veniva privato di ogni mezzo che gli consentisse di uscirne (*all were born to a fixed social position, and were mostly kept in it by law, or interdicted from any means by which they could emerge from it*). Allo stesso modo in cui alcuni uomini nascevano bianchi e altri neri, del pari alcuni nascevano schiavi e altri liberi e cittadini; alcuni nascevano patrizi, altri plebei; alcuni nobili feudali, altri popolani e di bassa condizione.

Secondo l'antica concezione, bisognava lasciare alla scelta del singolo individuo il meno possibile; una saggezza superiore avrebbe dovuto guidare, nella più larga misura, tutte le sue azioni (*that the least possible should be left to the choice of the individual agent; that all he had to do should, as far as practicable, be laid down to him by superior wisdom*). Lasciato a se stesso, sarebbe certamente finito male (*he was sure to go wrong*). Secondo la concezione moderna, frutto di un migliaio d'anni di esperienza, le cose in cui l'individuo è la persona direttamente interes-

¹¹ Oltre che dal primo capitolo del *Manifesto del partito comunista* di K. Marx e F. Engels [1848]. I passi che seguono sono tratti da Mill [1869, 488-489; trad. it. 1992, 35-37]. Tornerò fra breve (*infra*, par. 1.5) sull'idea dell'autonomia individuale, e sul nesso fra autonomia e diritti.

sata non vanno mai a buon fine se non sono lasciate alla sua discrezione (*that things in which the individual is the person directly interested, never go right but as they are left to his own discretion*); e qualsiasi regolamentazione d'autorità, salvo nei casi in cui serva a proteggere i diritti degli altri, è sicuramente nociva.

Questa profonda trasformazione delle relazioni fra individuo e contesto sociale e politico è, ovviamente, legata alle trasformazioni del sistema economico che hanno avuto luogo in Europa nel corso dell'età moderna; in particolare, lo sviluppo di un'economia di tipo capitalistico, e la rivoluzione industriale.

1.4. Dalla tolleranza religiosa al pluralismo ideologico

La trasformazione in senso individualistico dei rapporti sociali e politici è un primo tratto caratteristico del contesto storico-sociale nel quale si compie la transizione dal primato dei doveri al primato dei diritti (nel quale, dunque, nasce e si sviluppa l'idea dei diritti fondamentali). Un secondo tratto, strettamente connesso al precedente, è la rottura dell'unità religiosa dell'Occidente, avvenuta con la Riforma protestante.

Le guerre di religione cinque-seicentesche, conseguenza del conflitto fra cattolici e protestanti, appaiono a molti uomini colti d'Europa come un vero e proprio vicolo cieco. Di fronte alla catastrofe sociale, politica ed etica provocata dal conflitto religioso – dal conflitto fra concezioni reciprocamente incompatibili della salvezza, e in generale della vita buona (del bene) – apparentemente interminabile e non risolvibile, nasce, e progressivamente si diffonde, la convinzione della necessità della tolleranza: l'opinione che la tolleranza sia una condizione ineludibile di una convivenza pacifica.

Ad essa si accompagna l'abbandono di un'idea che ha svolto, nella cultura dell'Occidente cristiano medievale, il ruolo di un postulato, un assunto incontrovertibile (il pilastro sul quale poggia, nella varietà delle sue forme, la cultura giuridico-politica medievale): l'idea che l'unità religiosa – la condivisione, da parte di tutti o quasi tutti i membri della comunità politica, di un unico credo religioso – costituisca, e debba costituire, la base impre-

scindibile dell'unità sociale e politica (ovvero, l'idea che l'unità religiosa sia condizione necessaria dell'unità sociale e politica). Viene cioè abbandonato l'assunto, tipico della cultura medievale, che l'unità e la salute del corpo politico richiedano, esigano, l'unità religiosa (e, in generale, culturale e ideologica) – che una comunità politica debba necessariamente essere caratterizzata (pena la sua disgregazione, la sua debolezza, la sua impraticabilità, o la sua ingiustizia, immoralità, empietà) dall'unità di fede religiosa¹². Con il riconoscimento dell'inevitabilità della tolleranza, diviene concepibile una società politica composta da individui e gruppi che hanno fedi religiose, concezioni della salvezza e della vita buona, diverse fra loro. L'unità della società politica, e le istituzioni che la reggono subiscono un processo (un processo, ovviamente, più o meno marcato, più o meno profondo, a seconda delle circostanze storiche), di «neutralizzazione» rispetto alle differenze religiose. Così, ad esempio, apostasia ed eresia non costituiscono – non più – crimini: non sono più, negli ordinamenti della modernità, illeciti penalmente perseguibili [Rawls 1993, 223-224]. L'appartenenza a una chiesa è, dal punto di vista politico, una questione di libera scelta individuale (difesa dell'individuo nei confronti dell'associazione religiosa: è garantita a ciascuno la libertà di «uscita» dalla chiesa di appartenenza; il potere politico rivendica il monopolio dell'esercizio della forza¹³).

Un aspetto centrale di questa trasformazione è costituito, ovviamente, dalla rivendicazione e dal riconoscimento di alcuni diritti, concepiti, precisamente, come diritti fondamentali (nel senso precisato): libertà di coscienza, di pensiero, di espressione, di associazione, di culto; principio della separazione fra stato e chiese¹⁴. Ciò non vuol dire, si badi bene, che l'idea dei

¹² Il ritorno a questo assunto è caratteristico del pensiero della Restaurazione. Cfr. ad es. Galli [1989, 159]: «come in Maistre e Bonald, anche in Donoso il punto di partenza teorico è la convinzione metafisica che l'unico ordine politico possibile sia quello fondato sul dogma religioso cattolico».

¹³ Le sanzioni irrogate dalla chiesa contro l'apostata o l'eretico non possono spingersi sino all'uso della forza fisica (non possono avere carattere coercitivo). La sanzione che il gruppo religioso può legittimamente prevedere non può andare al di là dell'espulsione dalla chiesa stessa.

¹⁴ Si può financo sostenere, con una certa plausibilità, che queste siano le condizioni che hanno condotto all'adozione e lo sviluppo del linguaggio moderno dei diritti. Così, ad es. Galston [1983, 323] fornisce il seguente «account of rights»: «we are inclined [...] to employ [the language of rights] when: a) compelling standards of virtue and right

diritti fondamentali sia caratterizzata in senso anti-religioso. Al contrario, il diritto rivendicato è spesso, prima di ogni altro, il diritto a venerare il proprio dio come si crede opportuno, e a professare la propria fede religiosa¹⁵.

Nasce, così, l'idea di una società pluralistica – dapprima pluralismo religioso, poi pluralismo ideologico in genere. Si diffonde, cioè, l'assunto che la pluralità delle appartenenze religiose, e in generale delle concezioni della vita buona e degli ideali etici, delle ideologie, sia, anzitutto, un dato di fatto ineludibile, del quale non si può che prendere atto (se non al prezzo di guerre devastanti, senza vincitori né vinti); e che essa sia, altresì, un valore, una ricchezza, una risorsa sociale. (Il pluralismo delle visioni del mondo viene cioè progressivamente inteso, non soltanto come un dato ineluttabile, ma anche come un valore¹⁶.) L'abbandono del postulato che l'unità religiosa sia condizione necessaria dell'unità politica, la nascita di società politiche pluralistiche, e l'attribuzione al pluralismo ideologico di un valore positivo, stanno alla base delle democrazie liberali costituzionali contemporanee¹⁷.

conduct do not exist; or *b*) interference or coercion to enforce such standards will itself contradict them; or *c*) interference, however successful in accomplishing its intended aim, will generate obnoxious externalities, so that in the long run all will suffer if each does not renounce the use of coercive power». Queste sono, prosegue Galston, «roughly the considerations that gave rise to doctrines of religious toleration and rights in the early modern era. Philosophers and even theologians began to question the doctrine of the one true path to God. They came to believe that, by its very nature, the affirmation of religious faith was of religious value only as a voluntary act of conscience. And they saw the horrendous consequences that ensued when either governments or sectarian combatants refused to renounce coercion as an instrument for the attainment of religious conformity».

¹⁵ Viola [2000, cap. II]. È ben nota la tesi di Jellinek [1895], peraltro vivacemente contestata, secondo cui la *Dichiarazione* del 1789 avrebbe una matrice essenzialmente religiosa.

¹⁶ Ciò porta con sé una metamorfosi dell'idea di tolleranza. La tolleranza è intesa, originariamente, come sopportazione (è questo il significato del vocabolo). Quando la pluralità delle visioni del mondo, fedi religiose ecc., non è più considerata un male, sia pure necessario, ma un bene, una risorsa, non sarà più concepita, alla lettera come qualcosa che debba essere tollerato. La tolleranza viene ora concepita come dialogo, opportunità di arricchimento reciproco. Questo processo trova compimento (almeno, un compimento cartaceo) nelle costituzioni del secondo dopoguerra.

¹⁷ Questo ordine di considerazioni è stato sviluppato, in tempi recenti, da Rawls [1995, xxiii-xxvi, xl-xli; cfr. inoltre 1995, 134-135, 148, 303-304]. Il libero esercizio della ragione umana (ossia, il normale esercizio della ragione umana in condizioni di libertà: nel quadro di istituzioni sociali e politiche non repressive), argomenta Rawls, conduce inevitabilmente alla formazione di una pluralità di concezioni, diverse e confliggenti, del

1.5. Diritti fondamentali e libertà

Ci siamo appena soffermati su due aspetti del contesto storico-sociale nel quale nasce e si sviluppa l'idea dei diritti fondamentali. Sotto entrambi questi aspetti viene alla luce il nesso che lega, inscindibilmente, diritti fondamentali (e, anzitutto, l'affermazione di alcuni diritti fondamentali, i cosiddetti «diritti di libertà»: libertà personale, libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero, ecc.; *infra*, par. 1.8), da un lato, e, d'altro lato, l'idea di libertà (in alcune delle molte accezioni di questo termine). I diritti fondamentali sono (concepiti come) espressione, manifestazione, garanzia di libertà.

Questo nesso viene alla luce, in molte delle dottrine che hanno contribuito alla formazione dell'idea dei diritti fondamentali, in un assunto di fondo: l'idea della naturale, originaria, libertà degli esseri umani. Gli esseri umani, si assume, sono per natura («nascono») liberi¹⁸. (Questa è la loro condizione d'origine, ossia: rispondente a ciò che essi davvero sono. La natura è qui intesa, congiuntamente, come fatto originario, e come valore, o norma.) Limitazioni della libertà originaria, nella società politica, sono – si argomenta – necessarie. Una libertà senza freni finirebbe, inevitabilmente, per compromettere la libertà altrui. Ma eventuali limitazioni della libertà dovranno

mondo, e della vita buona – una pluralità di concezioni religiose, etiche, filosofiche, o di visioni del mondo: una pluralità di «dottrine comprensive» ragionevoli (dunque, non squalificabili come contrarie alla ragione), e tuttavia, almeno in parte, reciprocamente incompatibili (per l'appunto, diverse e confliggenti). Questo fenomeno – il «fatto del pluralismo ragionevole» – è un dato di fatto ineludibile. La teoria e la prassi dei regimi democratici, liberali, costituzionali contemporanei poggiano, in ipotesi, sul riconoscimento di questo dato di fatto. Il problema centrale diviene, dunque, il seguente: è possibile, e se sì a quali condizioni, una società stabile e giusta della quale facciano parte individui e gruppi profondamente divisi gli uni dagli altri, perché aderenti a dottrine comprensive (ragionevoli) diverse e in parte confliggenti? È possibile una società stabile e giusta caratterizzata dal fatto del pluralismo ragionevole? Ovvero, se e come sia possibile, dato il fatto del pluralismo ragionevole, non soltanto la convivenza pacifica di una pluralità di dottrine comprensive, ma anche, e soprattutto una concezione politica della giustizia che dottrine comprensive diverse, ragionevoli ma confliggenti, possano condividere. Le democrazie costituzionali contemporanee poggiano sull'assunto che ciò sia possibile: che sia possibile individuare un'area di convergenza o di intersezione, sia pure limitata alla sfera politica, fra concezioni religiose, etiche ecc., ragionevoli, diverse e confliggenti.

¹⁸ Cfr. *supra*, l'art. 1 della *Dichiarazione* del 1789, e di quella del 1948.

essere giustificate; e potranno considerarsi giustificate, precisamente, solo quelle limitazioni che siano strettamente necessarie ai fini della convivenza civile (necessarie, cioè, ai fini della coesistenza pacifica di una molteplicità di individui egualmente liberi). In breve: si presume la libertà (si assume che la libertà sia, in linea di principio e salvo argomenti in contrario, giustificata); ciò che deve essere giustificato – ciò di cui si deve rendere conto – sono le sue limitazioni (la libertà è, per così dire, la posizione di *default*).

Ma come intendere, qui, la nozione di libertà? Quella di libertà è una delle idee più complesse, e controverse, del lessico giuridico-politico¹⁹. Si tratta di una nozione «spessa», a più livelli, o strati, di complessità crescente.

Un primo strato, basilare, dell'idea di libertà è costituito dall'idea della non interferenza, o non impedimento. Si dice libero, in questo primo senso, chi può fare ciò che desidera, o vuole, fare, senza subire impedimenti – in particolare, senza subire alcuna interferenza ad opera di altri esseri umani.

Questa idea, «negativa», di libertà («libertà da») sta sicuramente alla base dell'affermazione e della rivendicazione, in età moderna, di diritti fondamentali. In particolare, i diritti di libertà (*infra*, par. 1.8) sono, prima di ogni altra cosa, diritti a non subire interferenze – da parte di terzi, in generale, ma, soprattutto, da parte del governo, da parte dei poteri pubblici – nello svolgimento delle proprie attività, nella manifestazione delle proprie idee, o nel perseguimento dei fini che ciascuno vuole, o sceglie di perseguire (nel soddisfacimento dei propri desideri).

Ma la nozione di libertà negativa non esaurisce l'idea di libertà, nella sua relazione con i diritti fondamentali. Alla radice dell'idea dei diritti fondamentali c'è anche una diversa, più ricca concezione della libertà individuale (corrispondente a uno strato ulteriore della nozione ordinaria di libertà), nella quale la libertà si contrappone ai rapporti di dipendenza personale: sono libero, quando non sono né schiavo, né servo (quando, cioè, sono padrone di me stesso), ossia, non sono vincolato da un rapporto di dipendenza nei confronti di un altro individuo – posso decidere che cosa fare, senza che la mia volontà sia soggetta alla volontà di qualcun altro (senza che alla mia volontà si sostituisca la volontà di qualcun altro).

È questo il nucleo essenziale della concezione cosiddetta «repubbli-

¹⁹ Cfr. in generale Barberis [1999].

cana» (o «neo-romana») della libertà [Pettit 1997; Skinner 1997]. L'idea di fondo è molto semplice: il libero è il non-schiavo, chi può guardare l'altro negli occhi, da pari a pari, senza abbassare lo sguardo²⁰. Se dipendo da qualcun altro, dalla volontà (particolare, autointeressata) di un altro essere umano (o di un gruppo particolare di esseri umani: un ceto, una fazione, una classe), non sono padrone di me stesso, dunque non sono libero. Posso essere libero, solo se dipendo da me stesso, o da qualcosa di impersonale: una volontà che non è mia, o tua (di individui determinati), ma di tutti, allo stesso modo (una volontà impersonale)²¹.

All'idea dei diritti fondamentali è sottesa anche questa concezione della libertà – e ciò vale, soprattutto, relativamente ai diritti politici, ai diritti di partecipazione politica (il diritto di partecipare a pieno titolo, su un piano di parità rispetto agli altri, all'assunzione di decisioni vincolanti per la collettività, o alla scelta di rappresentanti deputati ad assumere tali decisioni)²². Ma il nesso fra diritti e libertà attiene anche a un ulteriore strato dell'idea di libertà, la libertà come autonomia individuale.

²⁰ Un elemento centrale di questa concezione della libertà è, dunque, l'idea del riconoscimento reciproco, da parte di una pluralità di individui, come egualmente liberi: un individuo può essere libero, in questo senso, solo se viene riconosciuto dall'altro come libero e, al contempo, lo riconosce come libero. Un aspetto essenziale di una società di individui liberi ed eguali è, stando a questo modo di vedere, il riconoscimento reciproco, da parte dei suoi membri, come liberi ed eguali: ciascuno aspira a essere riconosciuto dall'altro; aspira, cioè, a essere considerato dall'altro come qualcuno da cui egli aspira a essere riconosciuto (ciascuno esige che l'altro lo riconosca, ossia: che l'altro esiga di essere riconosciuto da lui). Così inteso, il riconoscimento è un'attività essenzialmente comune (speculare e simmetrica): coloro che aspirano al riconoscimento hanno successo, o falliscono, insieme. La descrizione di questa struttura, in antitesi a un rapporto di dipendenza personale (il rapporto fra servo e padrone: il padrone non può essere riconosciuto dal servo, se e fintantoché lo considera tale, poiché non lo riconosce come suo pari, non lo riconosce come qualcuno che possa riconoscerlo) si deve a Hegel [1807]. Sulla lotta per il riconoscimento come motore dello sviluppo giuridico-politico cfr. Honneth [2002].

²¹ Questa linea di argomentazione sta alla base dell'elaborazione, da parte di J.-J. Rousseau, della nozione di «volontà generale» (*infra*, par. 1.6).

²² Un regime democratico è – idealmente – una società di cittadini liberi ed eguali: di cittadini che ad eguale titolo partecipano alla formazione della volontà comune, perché si riconoscono reciprocamente (come reciprocamente riconoscentisi) come pari, come dotati di pari dignità. Possono guardarsi reciprocamente negli occhi, senza che nessuno debba abbassare lo sguardo: non ci sono né padroni né servi, non ci sono differenze di status tali che qualcuno non sia riconosciuto dagli altri, o non riconosca altri, come dotati di pari dignità sociale e politica. La concezione repubblicana della libertà esprime la componente democratica nell'idea dei diritti fondamentali.

Che cosa intendere per «autonomia»? La nozione di libertà come non impedimento non esaurisce la nozione ordinaria di libertà: uno schiavo soddisfatto, contento della propria condizione, o la «casalinga domata» (la donna che ha rinunciato a coltivare i propri talenti, ha rinunciato alle proprie aspirazioni, ed è ormai appagata della propria condizione di casalinga), non subiscono alcun impedimento. Ma diremo, probabilmente, che non sono liberi. Perché? Ciascuno di costoro fa ciò che desidera, vuole fare (non subisce alcuna interferenza). Ma quando li giudichiamo non liberi, ciò che sottintendiamo è, precisamente, che i loro desideri, le loro volizioni, non siano propriamente, «davvero», *loro*: che siano il risultato di una genesi distorta (che, a causa dell'educazione ricevuta, dei condizionamenti sociali ecc., siano il frutto di un processo di formazione inappropriato). Le loro preferenze, le loro volizioni, non si sono formate «nel modo giusto», non appartengono *davvero* a costoro. In breve: non si tratta di preferenze, volizioni, che si siano formate autonomamente. Il progetto di vita dello schiavo soddisfatto, o della casalinga domata, non è davvero il *suo* progetto di vita²³.

Per «autonomia», dunque, si deve qui intendere l'idea (o l'ideale) che ciascuno plasmi da sé la propria vita, orienti il corso della propria esistenza: che ciascuno sia, o divenga, almeno in parte l'artefice di se stesso, l'autore della propria vita, che egli possa considerare la propria vita, la propria esistenza, il modo in cui finisce per vivere, come qualcosa che lui ha scelto, o comunque come qualcosa che gli è proprio, qualcosa di autenticamente suo: come il frutto delle proprie scelte, o come un'opera con la quale egli si identifica²⁴. In breve, la capacità di plasmare se stesso, la propria identità, di scegliere che genere di persona essere. L'autonomia è, così intesa, padronanza di sé: che ciascuno possa e debba essere l'autore di se stesso.


Questa idea è ben illustrata, ancora una volta, da alcune considerazioni

²³ Cfr. Elster [1983, cap. III]. Perché i loro desideri non sono davvero *loro*? Una fra le risposte possibili: il ventaglio delle opzioni a loro disposizione non comprendeva opzioni significative; in effetti, non hanno potuto scegliere. Un'altra ipotesi: hanno subito un processo di lavaggio del cervello, di condizionamento, ecc. (sono vittima di una forma di suggestione.)

²⁴ «The ruling idea behind the ideal of personal autonomy is that people should make their own lives. The autonomous person is a (part) author of his own life. The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives» [Raz 1986, 369].

di J.S. Mill [Mill 1859, cap. III]. Di chi, si chiede Mill, si può affermare che abbia un carattere? Chi ha, o è, genuinamente, un'individualità? Chi, risponde Mill, non si conforma passivamente alle opinioni e agli atteggiamenti del gruppo sociale nel quale si è trovato a nascere e crescere: colui che mette in questione le credenze e gli atteggiamenti ricevuti, dominanti, li sottopone a esame, e presta la propria adesione a quelle opinioni, o quegli atteggiamenti, della cui bontà o fondatezza, sulla base del proprio esame, è convinto²⁵. Non è sufficiente essere un essere umano (appartenere alla specie *homo sapiens*) per essere davvero un individuo: occorre ancora *diventare* ciò che si è, rendersi l'autore di se stesso. Ha un proprio carattere (ha, o è, autenticamente, un'individualità) colui per il quale le sue opinioni, le sue azioni, il suo modo di vivere sono, per l'appunto, *suoi* (perché scelti, o oggetto di adesione e identificazione consapevole).

Implicito nell'ideale dell'autonomia è, dunque, il valore dell'individualità, intesa come autocostruzione della persona, mediante la riflessione e le proprie scelte. Sono autonomo, quando sono l'artefice di me stesso, o quando mi identifico, riflessivamente, criticamente, con ciò che sono: quando i miei desideri sono i desideri che voglio avere, le mie opinioni sono le opinioni della cui verità o fondatezza sono convinto, le mie abitudini e i miei modi di comportarmi sono modi di comportarsi con i quali mi identifico, che riconosco (riflessivamente, criticamente), per l'appunto, come *miei*²⁶. (Il riconoscimento del valore dell'autonomia – dell'autonomia individuale come un valore – si lega, a sua volta, al valore, o l'ideale, dell'autenticità [cfr. Taylor 1994, 28 ss..])

²⁵ L'autonomia individuale è dunque ciò che I. Kant chiama «Illuminismo» (*Aufklärung*): il coraggio di servirsi da sé della propria intelligenza [Kant 1784, 141]: «L'illuminismo è l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stesso è questa minorità, se la causa di essa non dipende da un difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza la guida di un altro. *Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! È questo il motto dell'illuminismo» 

²⁶ Essere una persona è (*inter alia*) avere credenze e atteggiamenti di livello superiore: credenze e atteggiamenti aventi ad oggetto proprie credenze e propri atteggiamenti (ad es., il desiderio di avere, o non avere, certi desideri, o la credenza nella fondatezza delle proprie opinioni). Cfr. Frankfurt [1988].

Dato questo modo di intendere la libertà individuale – libertà come autonomia – il nesso fra diritti fondamentali e libertà si configura nel modo seguente: il *point* (il senso, l'obiettivo costitutivo) dei diritti – anzitutto, ma non soltanto, i diritti di libertà – è la protezione della scelta individuale in certe sfere di attività, reputate di particolare importanza ai fini della *self-constitution* dell'individuo, e dunque della sua «integrità». Le scelte in questione riguardano, in ultima istanza, che genere di persona essere [Waldron 1981, 79, 80-81, 82, 84]. I diritti proteggono scelte, sfere di vita e di attività essenziali ai fini dell'autocostituzione nella quale si assume consista l'autonomia individuale.

Nell'idea dei diritti fondamentali, dunque, fra autonomia e diritti sussiste una duplice relazione: da un lato, «l'autonomia è importante, perché è richiesta ai fini dell'esercizio dei diritti»; d'altro lato, «i diritti sono importanti perché proteggono l'azione autonoma». Perciò, «le violazioni dei diritti altrui e della loro autonomia sono entrambe moralmente sospette: il rispetto dei loro diritti promuove sia la capacità di essere autonomi, sia il suo esercizio» [O'Neill 2000, 32]. (Da ciò la diffidenza nei confronti di interventi paternalistici: si presume che un intervento paternalistico sia ingiustificato; ciò che si deve dimostrare è la sua legittimità.)

1.6. Legge e diritti nella *Dichiarazione del 1789*

Abbiamo delineato, in astratto, l'idea dei diritti fondamentali. Ma di quali diritti parliamo, quando parliamo di diritti fondamentali? *Quali* diritti sono stati considerati, dal Settecento a oggi diritti «fondamentali»? Prima di rispondere a questo interrogativo, è opportuno soffermarci brevemente su una particolare configurazione che la relazione fra eguaglianza e diritti fondamentali assume nel quadro della cultura rivoluzionaria francese. Si tratta del peculiare rapporto che la disciplina dei diritti intrattiene con uno strumento giuridico tipico della cultura giuridica moderna e contemporanea, la *legge*. Nel discutere questa relazione, ci limiteremo a un esame sommario del testo che – ancora una volta, semplificando – può esserne considerato il luogo di origine, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*.

La cultura rivoluzionaria francese ha come obiettivo polemico l'*Ancien régime*: un regime per stati, o ceti, caratterizzato da diseguaglianza (di rango, prestigio, responsabilità, potere, e ricchezza; soprattutto, diseguaglianze di nascita) e illibertà (rapporti di dipendenza personale, se non di servaggio)²⁷. Contro l'Antico regime i rivoluzionari francesi mettono in campo, anzitutto, l'idea dei diritti naturali degli individui, della naturale libertà ed eguaglianza nei diritti di tutti gli esseri umani (*Dichiarazione*, 1789, art. 1). Ma anche, in secondo luogo, l'esigenza di un potere politico sufficientemente forte da abbattere la rete di privilegi, discriminazioni, diseguaglianze e illibertà, ricostituendo *ex novo* la trama dei rapporti politici e sociali, così da realizzare una società di liberi ed eguali (una società di cittadini, senza differenziazioni di status, o di dignità sociale), e un governo ad essa adeguato, atto a esprimere, rappresentare, una società siffatta.

In breve: la cultura rivoluzionaria francese si propone la distruzione dell'ordine sociale esistente, e la sua sostituzione con un nuovo ordine sociale. Si tratta di plasmare *ex novo*, su basi di libertà ed eguaglianza nei diritti, l'intera trama dei rapporti sociali. A questo scopo, sono necessari poteri: poteri sufficientemente forti da incidere in profondità sui processi sociali, e sulla struttura stessa della società²⁸.

Ebbene: la cultura rivoluzionaria francese vede nella *legge* (la norma giuridica statale, frutto di deliberazione di, ed emanata da, un'assemblea rappresentativa) il mezzo, lo strumento, di questo intervento, e dunque l'istanza atta a stabilire, definire, specificare i diritti fondamentali (e, con ciò, a delimitarne, circoscriverne, e disciplinarne l'esercizio). Perché? Perché la legge è concepita, nell'ambito della cultura rivoluzionaria francese, come dotata di una natura peculiare. La legge è 1) norma generale (avente come destinatari tutti i cittadini: tutti sono eguali dinanzi alla legge, senza distinzioni di condizioni personali e sociali; art. 6) e astratta (che dispone, in ge-

²⁷ Intendo qui per rapporti di «dipendenza personale» la soggezione, non all'autorità impersonale e anonima di istituzioni, o norme (ad es. l'obbligo di obbedire a un individuo in quanto funzionario pubblico, organo dello stato), ma alla volontà – più o meno arbitraria – di persone, o gruppi, particolari: a volontà private. Dipendenza «dell'uomo dall'uomo», piuttosto che da regole e istituzioni (torneremo fra breve su questo punto, già toccato nel par. precedente).

²⁸ Su questo punto insiste Fioravanti [1995, cap. 2, par. 1].

nerale, per una pluralità indefinita di casi futuri); ed è soprattutto concepita come 2) «espressione della volontà generale» (art. 6) – espressione, cioè, non di volontà particolari (di individui o gruppi), indirizzate al perseguimento di interessi particolari, e dunque miranti all’instaurazione di privilegi (diritti diseguali), ma di una volontà che è, al tempo stesso, di tutti e di nessuno in particolare: volontà generale, per l’appunto²⁹.

Cerchiamo di chiarire il punto. Nella cultura rivoluzionaria francese, come attestato dalla *Dichiarazione* del 1789, si instaura una relazione peculiare fra l’idea dei diritti fondamentali, da un lato, e l’idea di legge, d’altro lato. Ciascun essere umano, come tale, ha alcuni diritti «naturali e imprescrittibili»; «il fine di ogni associazione politica» è, precisamente, la loro «conservazione» (art. 2). Ma – sembra essere questa l’idea sottesa agli artt. 4-5 della *Dichiarazione* del 1789 – con l’ingresso in società è necessario che l’esercizio di questi diritti (o, in generale, l’originaria libertà naturale di ciascun essere umano) sia disciplinato, e limitato. In caso contrario, l’esercizio dei propri diritti da parte di ciascuno finirebbe per collidere con l’esercizio dei propri (eguali) diritti da parte degli altri, impedendone il godimento e generando conflitti (l’esercizio della mia naturale, originaria libertà, se non soggetto a limiti, finirà necessariamente per invadere l’eguale libertà altrui). Affinché siano assicurati gli eguali diritti di tutti, dunque, è necessario che i diritti di ciascuno siano disciplinati, limitati³⁰; ma saranno giustificate solo quelle limitazioni che siano dettate, per l’appunto, dall’esigenza di salvaguardia dei diritti altrui («l’esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti», art. 4). In breve: i diritti possono, e debbono,

²⁹ In ciò, la cultura rivoluzionaria francese è fortemente tributaria nei confronti della concezione della legge elaborata da J.-J. Rousseau nel *Contratto sociale* [1762]. Semplificando, l’argomentazione rousseauviana è la seguente: la mia volontà è non libera, se soggetta alla volontà altrui (di un altro individuo, o di un gruppo di individui); ma la volontà generale non è, per definizione, volontà di un individuo, o di un gruppo particolare di individui: è ciò in cui la mia volontà concorda, coincide, con quella di tutti gli altri – è, dunque, anche la mia volontà. La legge è espressione della volontà generale. Dunque, nell’obbedire alla legge ciascuno obbedisce soltanto a se stesso: è libero.

³⁰ L’argomentazione che segue può, allo stesso modo, essere formulata nei termini della naturale, originaria libertà degli esseri umani, e della necessità di una sua limitazione. Per semplicità, questa argomentazione parallela resterà sottintesa.

essere soggetti a limiti; ma possono esserlo solo in nome dei diritti stessi. Ebbene (ecco il punto centrale): «questi limiti possono essere determinati soltanto dalla legge» (art. 4). Ossia: c'è un'istanza, e una soltanto, legittimata a stabilire tali limiti (in tal modo definendo, delimitando, circoscrivendo, e disciplinando l'esercizio dei propri diritti da parte di ciascuno, in nome degli eguali diritti altrui). Questa istanza è la legge: «tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina» (art. 5).

Perché mai la legge? Perché la legge è – si assume che sia (e questo assunto, si badi bene, non è affatto aproblematico) – non il prodotto di volontà particolari (che, inevitabilmente, tenderanno a porre limiti all'esercizio dei diritti non dettati dall'esigenza di salvaguardare gli eguali diritti altrui, ma dal perseguimento di interessi di parte, generando così limitazioni arbitrarie e, correlativamente, privilegi), ma «l'espressione della volontà generale» (art. 6)³¹.

La legge, dunque, è garanzia degli eguali diritti di tutti. Senza la legge, i diritti «naturali e imprescrittibili» degli individui resterebbero lettera morta: questi diritti, necessariamente, entrerebbero in conflitto gli uni con gli altri, ovvero sarebbero soggetti a limiti arbitrari, dettati dal perseguimento di interessi particolari, e miranti all'instaurazione di privilegi. Ma, al contempo, la legge è soggetta al vincolo costituito dai diritti (artt. 4, 5). Senza la legge i diritti fondamentali resterebbero lettera morta; ma, d'altro lato, i diritti sono – devono potersi imporre come – un limite nei confronti della legge.

1.7. Quali diritti?

Quali diritti sono stati considerati, dal Settecento a oggi diritti «fondamentali»?

Se diamo una scorsa ad alcuni fra i principali documenti di questo genere («Dichiarazioni dei diritti», o *Bills of rights*) possiamo cominciare col redigere una lista. Ci imbattiamo, anzitutto, in formule riassuntive, generiche,

³¹ Nell'obbedire alla legge, dunque, ciascuno obbedisce alla propria volontà, e resta libero come prima (l'argomento rousseauviano; *supra*, nota 29).

vaghe e indefinite. Così, ad es., la *Dichiarazione d'indipendenza* americana (1776) indica, quali diritti «inalienabili», «la Vita, la Libertà e il perseguimento della Felicità», nonché il «Diritto del popolo» di «alterare» o «abolire» una «Forma di Governo» che manchi di assicurare tali diritti (o che divenga «distruttiva» di essi), e di «istituire un nuovo Governo» idoneo a tale scopo. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 (art. 2) indica, quali «diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», «la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»³². O ancora nella Costituzione italiana, fra i *Principi fondamentali* (art. 2), si legge che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Formula, questa, quanto mai generale e, almeno a prima vista, aperta.

Ma oltre a queste formulazioni generiche, vaghe, indeterminate, ci imatteremo anche in espressioni molto più precise, determinate: nell'indicazione di diritti specifici, o in generale specifiche posizioni di vantaggio o tutelate, da intendersi, presumibilmente, come ricompresi sotto quelle formulazioni generiche.

Ad esempio (ma l'elenco è solo parziale), la *Dichiarazione* del 1789 prevede il diritto, da parte di «tutti i cittadini», di «concorrere personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti» alla «formazione» della legge (art. 6); il principio che la legge «deve essere la medesima per tutti, sia che protegga, sia che punisca» (tutti i cittadini sono «uguali ai suoi occhi») (art. 6; esclusione del privilegio, legalità nella giurisdizione); l'eguale ammissibilità di tutti i cittadini «a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti» (art. 6); il principio secondo cui «nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte» (art. 7; libertà personale: libertà dagli arresti arbitrari); il principio secondo cui «la legge deve stabilire soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie» (art. 8); il principio di irretroattività delle legge penale (art. 8); la presunzione di innocenza, e la disciplina dalla carcerazione come misura cautelare (art. 9); libertà di coscienza, di pensiero, e di manifestazione del pensiero (art. 10); libertà di stampa (art. 11); il diritto da

³² La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1793, art. 2, aggiunge, qui, un diritto (anch'esso «naturale e imprescrittibile»), all'eguaglianza («l'eguaglianza, la libertà, la sicurezza, la proprietà»). Ci soffermeremo fra breve (*infra*, par. 2) su questo punto.

parte di ciascuno a una «giusta e preventiva indennità» qualora «la pubblica necessità, legalmente constatata, [...] esiga in maniera evidente» che egli sia privato di uno dei beni di cui è proprietario (art. 17).

Se guardiamo a cataloghi dei diritti più recenti, ritroviamo questi diritti, variamente formulati e ulteriormente articolati, unitamente ad altri. Si consideri, ad es. la Costituzione italiana. Gran parte delle sue disposizioni (soprattutto fra i *Principi fondamentali*, e gli articoli della prima parte) riguardano diritti fondamentali, o analoghe posizioni di vantaggio: principio di eguaglianza (art. 3); diritto al lavoro (art. 4); tutela delle minoranze linguistiche (art. 6) e diritti delle confessioni religiose (artt. 7, 8); diritto d'asilo (art. 10); «diritti nella sfera individuale»³³ (libertà personale, art. 13; inviolabilità del domicilio, art. 14; libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, art. 15; libertà di circolazione e soggiorno, art. 16); «diritti nella sfera pubblica»³⁴ (libertà di riunione, associazione, culto, manifestazione del pensiero; artt. 17-21); norme relative a capacità, cittadinanza, nome (art. 22), prestazioni personali o patrimoniali (art. 23); diritto di agire in giudizio, diritto di difesa (art. 24); giudice naturale, irretroattività della pena e della legge penale (art. 26); personalità della responsabilità penale, presunzione di innocenza, natura della pena (art. 27); diritti e principi relativi a «rapporti etico-sociali»³⁵ (artt. 29-34: famiglia, matrimonio, figli; agevolazioni alla famiglia; maternità, infanzia, gioventù; diritto alla salute; libertà di insegnamento, diritto all'istruzione); «libertà economiche» (artt. 35-47: lavoro; equa retribuzione del lavoro, durata, riposo, ferie; tutela della donna lavoratrice; inabili al lavoro; assistenza, previdenza; libertà di organizzazione sindacale e diritto di sciopero; libertà di iniziativa economica; proprietà); «libertà politiche» (artt. 48-54: elettorato attivo; libertà di associazione in partiti; diritto di petizione; accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive). Dichiarazioni e carte dei diritti più recenti, poi, enunciano ulteriori diritti (a un ambiente sano e non inquinato, ad es.).

³³ «I diritti legati all'individuo nella sua sfera più intima» [Bin e Pitruzzella 2000, 491].

³⁴ «Diritti che toccano l'attività pubblica degli individui» [Bin e Pitruzzella 2000, 491].

³⁵ «Solidarietà sociale»: «le prestazioni pubbliche dirette a rimuovere le cause della disuguaglianza sociale, secondo il programma dell'eguaglianza sostanziale annunciato dall'art. 3.2» [Bin e Pitruzzella 2000, 491].

1.8. Tipologia

Ci troviamo, dunque, di fronte a una massa apparentemente interminabile, eterogenea e caotica, di diritti e altre posizioni di vantaggio o tutelate, affastellate l'una accanto all'altra. È possibile mettere ordine in questo guazzabuglio? Per farlo, occorre distinguere alcuni tipi, o classi, fondamentali di diritti umani, sulla base di caratteristiche strutturali, o di contenuto, che li accomunino. È necessario, cioè, elaborare una tipologia.

I teorici dei diritti umani hanno di fatto costruito numerose tipologie dei diritti fondamentali, più o meno articolare, o sofisticate. Non mancano coloro che ritengono che ogni tipologia sia, necessariamente, approssimativa o fuorviante, data la varietà e la fluidità della materia. Ai nostri fini, basterà introdurre una tipologia molto semplice e diffusa, ancorché approssimativa e grossolana, che può servire a fissare le idee: i diritti fondamentali (la maggior parte di essi, e la parte più significativa) si suddividono in tre classi, o tipi, basilari, diritti di libertà, diritti politici, diritti sociali³⁶.

Qual è il senso di queste etichette, e come si perviene a questa classificazione?

Il punto di partenza è costituito dall'idea che, fra i diritti fondamentali, alcuni sono delle *libertà*; «libertà» nel senso di diritto alla non interferenza, da parte di altri soggetti, in una certa sfera di attività (ovvero, diritto a non subire impedimento o intralcio, nella scelta, e nell'esecuzione, di una certa linea di condotta). A diritti di questo tipo sono correlativi – si ricordi quanto detto *supra*, par. 1.2, a proposito della correlatività di diritti e obblighi – obblighi negativi: obblighi di non fare (ovvero obblighi di astensione, di omissione).

Altri diritti sono invece *poteri*, ossia, diritti a contribuire allo svolgimento di certe attività, e alla produzione di certi effetti; «diritto» nel senso della capacità di produrre, mediante la propria azione, certi risultati.

³⁶ Si parla talvolta di «generazioni» di diritti fondamentali, alludendo con ciò al fatto che il riconoscimento di questi diversi tipi di diritti è avvenuto in tempi diversi e successivi. L'idea di una successione di «generazioni» di diritti (comprendente anche altre classi, oltre quelle elencate; ma non ce ne occuperemo qui) suggerisce l'immagine di un iter lineare, di una specie di marcia trionfale, magnifica e progressiva, dei diritti umani nella storia. Non è affatto detto che questo modo di vedere sia da condividere.

Altri diritti ancora, infine, sono diritti a ottenere certe prestazioni da parte di certi soggetti. A diritti di questo tipo sono correlativi obblighi positivi: obblighi di fare, ovvero obblighi di fornire un certa prestazione, di rispondere positivamente a certe aspettative.

Sulla base di questa distinzione diviene possibile distinguere tre classi di diritti fondamentali³⁷.

1) Diritti di libertà: «tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello stato e a riservare all'individuo o ai gruppi particolari una sfera di libertà *dallo* stato» (ad es., la libertà dagli arresti arbitrari, la libertà di circolazione, o di manifestazione del pensiero).


2) Diritti politici, che, «concependosi la libertà non soltanto negativamente come non impedimento, ma positivamente come autonomia» (ovvero, come capacità di dare leggi a se stessi), «hanno avuto per conseguenza la sempre più ampia e diffusa e frequente partecipazione dei membri di una comunità al potere politico» («libertà *nello* stato»; ad es., elettorato attivo e passivo). I diritti politici sono, palesemente, poteri (giuridici): il potere di concorrere alla formazione dell'assemblea legislativa, alla formazione delle leggi ecc.

3) Diritti sociali, che esprimono «la maturazione di nuove esigenze, [...] di nuovi valori, quali quelli del benessere e dell'eguaglianza non soltanto formale» («libertà *attraverso* o *per mezzo* dello stato»). I diritti sociali sono «diritti a prestazioni pubbliche positive»³⁸. Qualche esempio tratto dalla Costituzione italiana: il diritto al lavoro (art. 4), alla salute (art. 32), all'istruzione (art. 34), all'equa retribuzione (art. 36), alla sussistenza e all'assistenza (art. 38).

Su questa distinzione pretendono di fondarsi facili gerarchie dei diritti fondamentali, che assegnano ai diritti di libertà lo status privilegiato di «veri» diritti (trattandosi di mera astensione, si argomenta, questi diritti non hanno alcun costo; si tratta, poi, di diritti azionabili, esigibili), e ai diritti sociali, di contro, una posizione subordinata (i diritti sociali sono diritti a

³⁷ Seguo qui Bobbio [1990, 26-27], da cui sono desunte le citazioni.

³⁸ Ferrajoli [1994, 277]. I diritti sociali sono caratterizzati da Ferrajoli come diritti-aspettativa, e precisamente come aspettative positive «che comportano, in capo ai pubblici poteri, [...] obblighi di prestazione» [*ibidem*, 273].

prestazioni positive; dunque, si argomenta, hanno un costo; per di più, non sono, spesso, azionabili, esigibili; e, infine, il loro soddisfacimento compromette la garanzia di altri diritti). Ma, come si è avvertito, questa è solo una tipologia grossolana, di massima. I diritti fondamentali hanno in effetti una struttura ben più complessa di quanto essa non lasci intendere; e implicano tutti, in modo più o meno mediato, poteri e prestazioni positive. In particolare, la distinzione dei diritti fondamentali in libertà e poteri è solo orientativa. Molti dei tradizionali diritti di libertà comprendono, oltre che libertà  poteri. E, d'altro lato, tutti i diritti chiamano in causa prestazioni positive da parte degli organi pubblici («*tutti* i diritti si basano su una “prestazione” degli organi pubblici, e perciò “costano”»)»³⁹.

2. DIRITTO ALL'EGUAGLIANZA

Non vi sono, dunque, facili gerarchie fra i diritti fondamentali. Ma, ci si può chiedere, v'è un qualche nesso – una connessione stretta, forse addirittura necessaria, o inscindibile – fra diritti di libertà e diritti politici, da un lato, e diritti sociali, d'altro lato? I primi implicano, in qualche modo, i secondi? Oppure non v'è alcuna relazione – o v'è addirittura conflitto, o tendenziale incompatibilità?

In altri termini: possiamo immaginare un sistema ragionevole, sensato di diritti che comprenda soltanto diritti di libertà e diritti politici, a esclusione dei diritti sociali? Diritti di libertà, diritti politici, e diritti sociali sono espressione di (insiemi di) valori indipendenti, irrelati, gli uni rispetto agli altri? Oppure il riconoscimento o l'attribuzione di diritti di libertà e diritti politici, in qualche modo, implicano, o addirittura esigono, il riconoscimento e l'attribuzione di diritti sociali?

Presenterò ora tre strategie argomentative in difesa dei diritti sociali. In particolare, la prima e la terza strategia tendono ad accreditare la conclusione che un nesso – una connessione molto stretta – effettivamente vi sia.

³⁹ Bin e Pitruzzella [2000, 521]. Sulla precarietà concettuale della distinzione fra diritti positivi (i diritti economico-sociali) e diritti negativi (diritti di libertà) cfr. Waldron [1989, 213-214]. In generale, sul costo dei diritti (sociali e di libertà) cfr. Holmes e Sunstein [1999, 50-55].

1) Spesso, la tesi che vi sia una connessione stretta, o addirittura inscindibile, fra diritti di libertà e diritti politici, da un lato, e diritti sociali, d'altro lato, è la risposta a un problema, una difficoltà, suscitata dall'ipotesi di un sistema di soli diritti di libertà e diritti politici, un sistema che non comprenda anche i diritti sociali. La difficoltà è questa: d'accordo – si argomenta – possiamo immaginare un regime nel quale a tutti siano attribuiti eguali diritti di libertà e politici (eguali libertà civili e politiche), e non anche diritti sociali. Ma occorre distinguere fra (la titolarità di) un diritto o una libertà, da un lato, e il *valore* che esso ha, o può avere, per il suo titolare, d'altro lato [Rawls 1971, 204-205, 224-225]. Non è difficile immaginare condizioni di vita relativamente alle quali l'attribuzione, a tutti, di eguali diritti di libertà e diritti di partecipazione politica suonerebbe come un inganno, o una beffa. Per chi sia costretto a lavorare per quattordici ore al giorno, senza riposo settimanale né, tanto meno, ferie, in condizioni che mettono costantemente a repentaglio la sua vita, e neppure così riesca a mantenere se stesso o i propri familiari, quale valore potranno mai avere la libertà di manifestazione del pensiero, o i diritti di partecipazione politica? Costui non riuscirà neppure a formarsi un pensiero; non saprà che farsene della libertà di manifestazione del pensiero, della libertà di associazione (non avrà neppure il tempo di associarsi con chicchessia), o del diritto di partecipazione all'attività politica. Non è difficile, insomma, immaginare situazioni nelle quali eguali diritti di libertà e diritti politici sono, per alcuni – addirittura, per la parte preponderante della popolazione – del tutto privi di valore. A una eguale titolarità dei diritti corrisponde un loro valore diseguale per individui o gruppi diversi. Per chi vive in una condizione di radicale incertezza circa il proprio futuro, per chi non sa, oggi, se domani riuscirà a sopravvivere, quale valore può mai avere la libertà di stampa, o di iniziativa economica, o di circolazione (costui non potrà neanche comprare un biglietto dell'autobus), o la partecipazione alla vita politica?

Ebbene (è questo il passo decisivo della prima strategia argomentativa): il punto, il senso dei diritti sociali, si può affermare, consiste precisamente nell'equalizzazione (per quanto possibile) del valore, per ciascuno, delle eguali libertà di cui è, in ipotesi, titolare – nel rendere eguale, o quanto più possibile eguale, per tutti, il valore delle diverse libertà e dei diversi diritti in ipotesi egualmente attribuiti a tutti. O, in altri termini, i diritti sociali mirano

ad assicurare, a tutti, condizioni di vita tali che le eguali libertà negative e libertà politiche, riconosciute, in ipotesi, in modo eguale a tutti i cittadini, abbiano per ciascuno valore (pressoché) eguale.


In un regime nel quale siano attribuiti a tutti eguali diritti di libertà e diritti politici, tutti – il barbone come il miliardario – saranno egualmente liberi (giuridicamente liberi) di dormire sotto i ponti, o di andare a dormire in un albergo a cinque stelle. Ma questa eguale libertà è solo formale: la libertà di scegliere non ha lo stesso valore per entrambi (per il barbone, non vale nulla). I diritti sociali sono – si argomenta – espressione del tentativo di equalizzare, per tutti, il valore dei diritti dei quali tutti sono, in ipotesi, egualmente titolari.

Questa difesa dei diritti sociali viene spesso formulata nei termini della distinzione fra eguaglianza formale e sostanziale. Si consideri l'art. 3 della Costituzione italiana, e segnatamente il secondo comma: «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica, sociale del Paese». L'idea di fondo sembra essere questa: l'eguaglianza davanti alla legge (art. 3, I c.: «Tutti i cittadini [...] sono eguali davanti alla legge»), l'eguale titolarità di diritti, non bastano, poiché vi sono diseguaglianze di fatto, di condizioni materiali e sociali, che impediscono l'esercizio delle eguali libertà e diritti, che rendono nullo, o comunque pregiudicano, il valore di queste libertà e diritti per alcuni (gruppi di) cittadini. Affinché ciascuno possa effettivamente avvalersi degli eguali diritti di cui, in ipotesi, è titolare, occorre (non soltanto l'eguaglianza nei diritti: eguaglianza formale, ma anche) eguaglianza sostanziale (la rimozione degli ostacoli...). È necessaria, insomma, l'erogazione di beni e servizi, da parte delle istituzioni pubbliche, affinché le eguali libertà abbiano per tutti valore almeno approssimativamente eguale.

In altri termini ancora: in una società giusta non basta che a tutti siano riconosciuti eguali diritti civili e politici; occorre altresì che a tutti siano assicurati i mezzi, gli strumenti, necessari per fare un uso «informato ed efficace» dei propri diritti [Rawls 1993, 6, 156-157, 223]. È compito delle istituzioni pubbliche non soltanto la garanzia di diritti di libertà e diritti politici, ma anche la promozione del loro effettivo godimento da parte di tutti

i cittadini: fare in modo che tutti i cittadini siano messi nelle condizioni di poter effettivamente fruire dei diritti loro attribuiti.

Questa prima linea di difesa, dunque, tende ad accreditare l'idea che vi sia una connessione molto stretta, anche se non, alla lettera, inscindibile, fra diritti di libertà e diritti politici, da un lato, e diritti sociali, d'altro lato. I diritti civili e politici definiscono la libertà del cittadino in astratto. Ma solo grazie ai diritti sociali è possibile una libertà reale per tutti: solo grazie ai diritti sociali le libertà civili e politiche acquistano un valore, diventano diritti significativi ed esercitabili per tutti.

Ma questa, si noti, è ancora soltanto una difesa strumentale dei diritti sociali, o dell'eguaglianza sostanziale: i diritti sociali sono un mezzo, uno strumento necessario ai fini di un'effettiva realizzazione dell'eguaglianza nei diritti civili e politici – ossia, ai fini della realizzazione, dell'implementazione, dei valori in ipotesi sottesi a questi diritti (libertà come non impedimento  nomia individuale, e partecipazione politica). È possibile una difesa dei diritti sociali che non sia, in questo senso, strumentale alla realizzazione dei valori sottesi a diritti di libertà e diritti politici, e sia, piuttosto, fondata su valori indipendenti? Esamineremo ora due strategie di questo tipo.

2) La seconda strategia implica una risposta affermativa alla domanda appena formulata. Perché sono necessari diritti sociali, oltre ai diritti di libertà e ai diritti politici? Perché, si risponde, la sofferenza determinata da condizioni di indigenza, precarie condizioni sanitarie – in generale, dal mancato soddisfacimento di bisogni essenziali – è un male. Dunque, è un bene ridurre questa sofferenza. E, perciò, è compito delle istituzioni pubbliche adoperarsi per ridurla; adoperarsi, cioè, per il soddisfacimento dei bisogni essenziali delle persone (mediante l'erogazione di beni e servizi a chi non ha le risorse per acquistarli).

L'argomento fa leva su quella che si potrebbe denominare l'idea di «carità pubblica». In una società giusta devono esserci diritti sociali, perché lo stato ha, nei confronti dei cittadini, doveri di carità. Viene attribuito allo stato il compito di adoperarsi perché i cittadini siano felici, o meglio non siano infelici: il compito di garantire le condizioni materiali minime in assenza delle quali non è possibile una vita felice, soddisfatta, non è possibile la «fioritura» di un essere umano. Dove non c'è cibo, riparo, vestiario, prote-

zione contro le malattie più diffuse, non è possibile felicità – non ci sono le condizioni per la «fioritura» di un essere umano.

Questa seconda linea di argomentazione, si noti, non fa appello a considerazioni egualitarie, ma all'idea che lo stato debba operare per incrementare il benessere, la felicità dei cittadini, o comunque ridurre la sofferenza, l'infelicità. Non è espressione di un'esigenza di eguaglianza, ma di solidarietà.

3) Una seconda linea di difesa dei diritti sociali non strumentale rispetto alla realizzazione dei valori sottesi alle libertà civili e politiche – la terza strategia – ha invece carattere schiettamente egualitario.

La *Dichiarazione dei diritti* del 1793 (la dichiarazione «giacobina»), art. 2, aggiunge, ai diritti enunciati all'art. 2 della *Dichiarazione* del 1789 («la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»), un ulteriore diritto, anch'esso «naturale e imprescrittibile», il *diritto all'eguaglianza* («l'eguaglianza, la libertà, la sicurezza, la proprietà»).

Questa è un'idea nuova, diversa rispetto all'idea, sulla quale ci siamo sino ad ora soffermati, dell'eguaglianza di tutti gli esseri umani «nei diritti». Ma come va inteso questo eguale diritto di tutti gli esseri umani all'eguaglianza?

L'idea di fondo potrebbe essere questa⁴⁰: una società nella quale la distribuzione di beni sociali primari (reddito e ricchezza, responsabilità e potere) sia macroscopicamente diseguale (una società nella quale le disegualianze nella distribuzione di beni sociali primari superino una certa soglia) è ingiusta⁴¹. Perché? Perché, fatalmente, mina alle basi la stima e il rispetto di sé di alcuni cittadini (cfr. Rawls [1971, cap. VIII]).

⁴⁰ Quanto segue non va inteso come un'ipotesi storiografica su che cosa avessero in mente gli estensori della *Dichiarazione* del 1793 («eguaglianza» significava per loro, anzitutto, identità di regime giuridico per tutti i cittadini, «eguaglianza di fronte alla legge»), ma come una speculazione sulla logica interna dell'idea di un «diritto all'eguaglianza», suffragata da alcuni ulteriori elementi, *lato sensu* «giacobini», della cultura rivoluzionaria francese, e della stessa *Dichiarazione* (elementi sui quali non è necessario soffermarci in questa sede).

⁴¹ Ingiusta, anche se nessuno muore di fame, è esposto a malattie facilmente trattabili ecc. – anche se i bisogni essenziali delle persone sono soddisfatti (non c'è nessuno che debba essere l'oggetto di politiche di carità pubblica).

Mi spiego. Se Tizio guadagna mensilmente n , e Caio un milione di volte n , Tizio non potrà fare a meno di sentirsi di minor valore rispetto a Caio (un cittadino di seconda scelta): non potrà guardarlo negli occhi da pari a pari, senza abbassare lo sguardo. Una società segnata da simili diseguaglianze non sarà una società di liberi ed eguali (nel senso della concezione repubblicana della libertà; *supra*, par. 1.5). Una certa eguaglianza nei beni primari è, insomma, condizione necessaria del rispetto di sé, dell'autostima, e della possibilità del riconoscimento reciproco come cittadini liberi ed eguali. In una società di liberi ed eguali, nella quale i cittadini abbiano effettivamente pari dignità sociale, le diseguaglianze nella distribuzione di beni sociali primari devono essere contenute entro un certo limite. Una diseguaglianza eccessiva compromette la libertà (repubblicana).

Il «diritto all'eguaglianza» può, dunque, essere inteso come il diritto a che le diseguaglianze nella distribuzione di beni sociali primari non superino una certa soglia⁴². Una società nella quale queste diseguaglianze diventino macroscopiche comprometterà, fatalmente, la pari dignità sociale dei cittadini: il loro reciproco riconoscimento come dotati di pari dignità⁴³.

Riassumendo. Stando al primo argomento, i diritti sociali sono un mezzo necessario ai fini di una reale implementazione dei valori espressi dai diritti di libertà e dai diritti politici (libertà come non impedimento; libertà come autonomia, inclusiva della partecipazione politica). Stando al secondo argomento, i diritti sociali sottendono, e consentono l'implementazione di, un valore ulteriore rispetto ai precedenti, da essi indipendente: la riduzione del malessere sociale. Stando al terzo argomento, infine, i diritti sociali esprimono, e consentono l'implementazione di, un valore ancora ulteriore: l'eguaglianza, intesa come pari dignità sociale (riconoscimento reciproco dei cittadini come liberi ed eguali).

Questi tre argomenti corrispondono alle tre parole chiave della cultura rivoluzionaria francese; rispettivamente, libertà, fraternità, eguaglianza⁴⁴.

⁴² Quale soglia? Questo è un problema che attiene alla specificazione dell'eguaglianza come principio distributivo (*infra*, par. 3.3).

⁴³ Tutti i cittadini, come tali, hanno, dunque, diritto ad essere resi eguali, o non eccessivamente diseguali, riguardo a certi aspetti della loro vita (ad es., il livello di istruzione, o trattamenti sanitari).

⁴⁴ A questi tre argomenti si aggiunge l'argomento della lotteria naturale (*supra*, par. 1.1).

3. EGUAGLIANZA DISTRIBUTIVA

3.1. Concetto e concezioni della giustizia

L'esistenza di regole garantisce, sembra si possa ragionevolmente assumere, la sussistenza di un ordine sociale. Ma l'ordine sociale – la legalità (l'applicazione costante, coerente, e imparziale di regole), la coordinazione mediante regole, delle azioni e degli atteggiamenti, la certezza (sicurezza, stabilità, prevedibilità) dei rapporti sociali – è forse un valore assoluto, il valore ultimo? (Anche un ordine schiavista, o razzista, o sessista, o di casta, o basato sullo sfruttamento, può essere certo: per l'appunto, un ordine⁴⁵.) Oppure alcuni ordini sociali sono inaccettabili, al punto, forse, da giustificare il loro abbattimento?

Questo complesso di problemi è abitualmente formulato facendo uso della nozione di *giustizia*; e distinguendo fra ordine sociale, come tale, e un ordine sociale giusto (conforme a giustizia). È vero: l'applicazione costante, coerente, e imparziale di regole (la legalità) è, ai fini della vita associata, di importanza cruciale. Ma non garantisce affatto, di per sé, la giustizia. (Non è difficile addurre esempi, reali o immaginari, di «legge ingiusta»; esempi, cioè, di regole che pare perfettamente sensato qualificare come ingiuste⁴⁶.) Il problema delle regole, e del diritto, non è soltanto il problema dell'ordine sociale (di un ordine sociale purchessia, che «funzioni» in modo regolare e

⁴⁵ In un regime schiavista (razzista, sessista ecc.) lo schiavo (l'ebreo, la donna ecc.) sa che cosa aspettarsi dal suo padrone (dal presunto ariano, dal marito o dal padre, ecc.), sa che cosa aspettarsi che il suo padrone si aspetti da lui, ecc.; il corso delle sue relazioni con il padrone è stabile, prevedibile; lo schiavo può, dunque, fare affidamento sul comportamento del padrone.

⁴⁶ Qualche esempio: una legge che proibisca alle persone di colore di servirsi dei mezzi pubblici; una legge che qualifichi soltanto l'adulterio femminile, non quello maschile, come reato (prevedendo per esso una pena); una legge che disabiliti gli ebrei (o gli immigrati extracomunitari) dal compiere certi tipi di atti giuridici, dalla titolarità di certi diritti, o che li privi di certe garanzie nei confronti della polizia e dei poteri pubblici in genere. (Si ricordi il caso della limitazione, in epoca fascista, della capacità giuridica degli «appartenenti alla razza ebraica», legittimata dal rinvio alle «leggi speciali» contenuto nell'art. 1, III c. – ora abrogato – del Codice civile italiano del 1942. Per un'agile presentazione d'insieme della legislazione antiebraica – «leggi in difesa della razza», o «leggi razziali» – fascista, cfr. Sarfatti [2002]).

prevedibile, senza scosse). È anche il problema della giustizia: il problema di un ordine sociale giusto.

Ma che cos'è la giustizia? Distinguiamo, anzitutto, due accezioni del termine «giustizia». Due nozioni di giustizia (la distinzione risale ad Aristotele) (cfr. Perelman [1945, 59, 66]; Kelsen [1945, 14; trad. it. 1966, 14]; Bobbio [1996, 242]): 1) giustizia come legalità (giustizia «legale», o «formale»: la giustizia come applicazione costante, coerente e imparziale di regole di condotta esistenti)⁴⁷; 2) giustizia *delle regole* (giustizia «sostanziale»). Il valore etico-politico della giustizia non sembra affatto esaurirsi nella legalità (conformità a regole date): in una seconda accezione del termine, il problema della giustizia si pone anche, e soprattutto, relativamente alle regole (se le regole medesime siano giuste o no). Può accadere che un atto (decisione, trattamento, distribuzione) sia da qualificare come «giusto» (nella prima accezione), perché frutto di applicazione (coerente, imparziale) di una regola data, e sia tuttavia giudicato «ingiusto» (nella seconda accezione del termine) perché frutto dell'applicazione di una regola essa stessa giudicata ingiusta (nella seconda accezione del termine)⁴⁸.

La distinzione può essere riarticolata nei termini seguenti [Perelman 1945, 25-26, 29-30; Hart 1961, cap. VIII; Rawls 1995, 5; trad. it. 23]. Nell'idea di giustizia occorre distinguere due momenti, o due componenti: 1) il «concetto» di giustizia: il principio «Casi eguali devono essere trattati in modo eguale, casi diseguali in modo diseguale»; 2) la specificazione di criteri di somiglianza o dissomiglianza (criteri, cioè, che specificchino quali casi siano da considerare eguali, e quali diseguali, a fini di giustizia).

⁴⁷ L'azione «giusta» è, in questo senso, l'azione conforme alla regola che si applica a quel tipo di caso, o situazione; uomo «giusto» è colui che rispetta la legge.

⁴⁸ Data la regola (in ipotesi, ingiusta) che qualifica solo l'adulterio femminile, e non quello maschile, come reato, prevedendo per esso una pena, si dirà ingiusta (prima accezione) la decisione di un giudice che, arbitrariamente, non disponga l'esecuzione della sanzione prevista nei confronti di una donna riconosciuta colpevole di adulterio. Da un certo punto di vista, che la regola non sia applicata in modo coerente e imparziale (che vengano fatte eccezioni arbitrarie o ingiustificate) aggiunge, per così dire, ingiustizia a ingiustizia («Se le donne, in generale, subiscono questo tipo di trattamento, perché questa donna qui no?»). Ma, da un diverso punto di vista, possiamo rallegrarci che la regola – in ipotesi, ingiusta – non sia stata applicata in modo coerente: la sua applicazione avrebbe condotto, infatti, a un esito ingiusto (seconda accezione).

Il concetto di giustizia (il principio «Casi eguali...») non fornisce, di per sé, alcuna soluzione determinata a un qualsiasi problema di giustizia. In che modo devono essere trattati i due (tipi di) casi C1 e C2, in modo eguale o in modo diseguale? A questa domanda – in generale, «Quali (tipi di) casi sono da considerare eguali, e quali diseguali, ai fini di un trattamento giusto?» – il concetto di giustizia non fornisce alcuna risposta⁴⁹. Per rispondere, è necessario integrare il principio «Casi eguali...» mediante la specificazione di criteri in base ai quali stabilire quali casi siano da considerare eguali e quali diseguali. (Il fatto che il caso C1 presenta la caratteristica P, e il caso C2 no, giustifica o no una disegualianza di trattamento?)

La nozione di giustizia comprende, dunque, un elemento fisso e una componente variabile. Il primo, il principio «Casi eguali...», è il nucleo comune a ogni modo determinato di intendere la giustizia (il «concetto» di giustizia, l'elemento comune a ogni «concezione» determinata di essa). La seconda componente è invece costituita dall'assunzione di particolari criteri di somiglianza o dissomiglianza. Otteniamo una concezione determinata della giustizia solo integrando il primo elemento mediante la seconda componente.

3.2. Principi di giustizia

La giustizia, dunque, consiste nella combinazione di due elementi: trattamento eguale di casi eguali (e trattamento diseguale di casi diseguali); specificazione di criteri di somiglianza o dissomiglianza. È, dunque, eguaglianza, ma non eguaglianza assoluta, incondizionata o senza specificazioni, bensì *una certa* eguaglianza: una proporzione (Aristotele). *Quale* eguaglianza sia conforme a giustizia, e quale invece ingiusta, dipende da (e varia con) la specificazione di criteri di somiglianza o dissomiglianza⁵⁰.

⁴⁹ Ad es., i due (tipi di) casi «adulterio maschile» e «adulterio femminile» (o «uso dei mezzi pubblici da parte di bianchi» e «uso dei mezzi pubblici da parte di neri», e così via) sono da trattare in modo eguale o in modo diseguale? Ciò dipende dalla risposta alla domanda se il sesso dell'essere umano che ha commesso un adulterio (ovvero, il colore della pelle di un essere umano che intenda servirsi di un mezzo di trasporto pubblico) sia una caratteristica rilevante o no (un tratto di dissomiglianza rilevante o no). Il principio «Casi eguali...» non fornisce alcuna risposta a questo interrogativo.

⁵⁰ Perelman [1945, 25]. Si consideri un problema di distribuzione; ad es., la distribu-

La riflessione tradizionale sulla giustizia ha indicato, o ha preteso indicare, criteri siffatti. Di fatto, sono stati formulati e difesi, nell'arco della bimillenaria riflessione occidentale sulla giustizia, una pluralità di criteri del genere, diversi e confliggenti fra loro – una pluralità di principi, diversi e confliggenti, di giustizia. Alcuni di questi pretesi principi hanno carattere meramente formale (possono, al limite, essere giudicati formule vuote) [Kelsen 1960; trad. it. 1975, parte I; Bobbio 1996, 242]. D'accordo, la giustizia consiste nel «dare a ciascuno ciò che gli spetta» (*suum cuique tribuere*). Ma il problema – problema sul quale questa formula tace – è, precisamente, che cosa spetta a ciascuno? Ancora: la giustizia consiste nel non arrecare danno ad altri (*neminem laedere*). Ma, ovviamente, non ogni forma di comportamento che arrechi un danno a qualcuno sarà da considerare ingiusta (in effetti, qualsiasi forma di comportamento può, sotto certe condizioni, rivelarsi tale da arrecare un danno a qualcuno)⁵¹. Ciò che la formula esige è, in effetti, che non si arrechi ad altri un danno *ingiusto*. Ma il problema – al quale la formula *neminem laedere* non fornisce risposta – è, precisamente, quali tipi di danno sono da considerare ingiusti? Quali tipi di comportamento sono tali da arrecare *indebitamente* un danno ad altri?

Altri, fra i principi di giustizia tradizionali, mirano per l'appunto a fornire una risposta determinata all'interrogativo: «Quale eguaglianza è un'eguaglianza giusta?». («Che cosa spetta a ciascuno?», ossia, quali tipi di casi sono da considerare eguali, e quali diseguali, ai fini di un trattamento giusto?) Si tratta, però, di risposte non soltanto diverse, ma confliggenti fra loro. A

zione di una torta fra un certo numero di bambini (o, in alternativa, la distribuzione di una quantità limitata di cibo fra gli abitanti di una città assediata). Quale sarà la distribuzione conforme a giustizia? La distribuzione in parti uguali? Ma supponiamo, ad es., che la torta sia al cioccolato, e che i bambini fra i quali deve essere distribuita abbiano gusti differenziati (alcuni adorano la torta al cioccolato, altri la apprezzano moderatamente; uno di loro odia il cioccolato); o che alcuni di loro abbiano carenze alimentari (in particolare, uno dei bambini è denutrito). Quale sarà la quota di cibo che, secondo giustizia, spetta a ciascun abitante della città? Una quota uguale? Ma supponiamo che individui diversi abbiano esigenze caloriche diverse (alcuni sono neonati, altri adulti impegnati nella difesa della città dagli assediati ecc.).

⁵¹ Si pensi, ad es., al caso della pena (o la bocciatura a un esame); o, ancora, alle diverse forme di competizione (il caso della panchina ai giardini pubblici, o del portafoglio abbandonato per strada). L'art. 2043 del Codice civile italiano è fraseggiato, si noti, in termini di «danno ingiusto».

titolo illustrativo, elenco alcuni di questi principi [Perelman 1945, 19-23, 31-43; Kelsen 1960; trad. it. 1975, parte I]: a ciascuno secondo la sua natura; a ciascuno secondo il suo rango; a ciascuno secondo i suoi talenti; a ciascuno secondo il suo merito; a ciascuno secondo il suo lavoro; da ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni; non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te (fai agli altri ciò che vorresti fosse fatto a te). Ciascuno di questi principi, si può plausibilmente sostenere, ha implicazioni controintuitive. L'adozione di uno di essi conduce, tipicamente, a esiti confliggenti con gli altri⁵².

3.3. Le teorie della giustizia contemporanee

È possibile risolvere il problema della giustizia? È possibile, cioè, determinare razionalmente, in modo razionalmente fondato e, dunque, oggettivamente valido, in che cosa consiste la giustizia, che cosa essa richiede, prescrive o impone? A questa domanda, gran parte della cultura filosofico-giuridica e filosofico-politica del Novecento risponde negativamente.

Il panorama cambia radicalmente nell'ultimo trentennio del secolo, a partire dalla pubblicazione di *Una teoria della giustizia* [1971], di J. Rawls. L'opera di Rawls segna, indubbiamente, la nascita di un nuovo paradigma teorico. Si assiste, a partire dagli anni '70, alla proliferazione di teorie della giustizia: teorie normative (*vs.* empiriche: descrittive, o esplicative), che mirano all'individuazione di principi di giustizia validi (cioè: vincolanti), e alla dimostrazione – o, più debolmente, alla difesa – della loro validità. Teorie, insomma, il cui obiettivo primario è la costruzione, la proposta e la difesa di concezioni (nel senso precisato; *supra*, par. 3.1) della giustizia.

⁵² Saremmo comunque disposti a sacrificare sull'altare del riconoscimento del merito i bisogni di altri? Che dire di chi ha eccellenti capacità, ma non le mette a frutto? (È giusto che costui sia trattato allo stesso modo di chi, al prezzo di enormi sforzi, riesce a sopperire, mediocrementemente, alla mancanza di talento?) È giusto che chi è maggiormente capace sia costretto a sfruttare al massimo le proprie capacità per il soddisfacimento dei bisogni altrui? E ancora: siamo davvero disposti a convenire che non si dovrebbe fare agli altri ciò che non si vorrebbe fosse fatto a se stessi? (Non è difficile immaginare un giudice che desidererebbe, se reo, non subire alcuna pena; ma ciò implica che sarebbe ingiusto, da parte sua, condannare un reo?) Si potrebbe dire: non è il caso di fare agli altri ciò che si vorrebbe fosse fatto a se stessi; i loro gusti potrebbero essere diversi (G. B. Shaw).

In questa variegata famiglia di teorie, l'eguaglianza (di volta in volta, una certa eguaglianza) svolge il ruolo di principio distributivo⁵³. Le teorie della giustizia contemporanee – si è plausibilmente sostenuto – sono in generale caratterizzate dall'adesione a un «plateau egualitario», consistente nell'assunto che gli individui abbiano diritto a essere trattati con «eguale considerazione e rispetto», o «come eguali (*as equals*)» (anche se non necessariamente «allo stesso modo», *equally*). Ma differiscono le une dalle altre perché forniscono interpretazioni diverse (difendono concezioni diverse) di quest'unico valore fondamentale (del «concetto», cioè, di eguaglianza): «la controversia di fondo non è se accettare l'eguaglianza, ma quale sia il modo migliore di interpretarla»⁵⁴. Teorie confliggenti, in altri termini, condividono un assunto egualitario comune, il principio di eguale considerazione e rispetto, e differiscono nella concezione dell'eguaglianza di considerazione e rispetto da esse adottate.

Il problema centrale della giustizia diviene, in questo contesto, «Eguaglianza di che cosa?» [Sen 1980; 1992, *passim*]. Teorie particolari forniscono risposte diverse a questo interrogativo: eguaglianza di risorse (R. Dworkin; P. Van Parijs), eguaglianza di benessere, eguaglianza di opportunità di benessere (R.J. Arneson), eguaglianza di accesso al vantaggio (G.A. Cohen) eguaglianza di capacità o funzionamenti (A. Sen, M. Nussbaum). Ci soffermeremo ora brevemente, a titolo esemplificativo, sulla teoria di Rawls.

3.4. La giustizia come equità

La società è, afferma Rawls, «un'impresa cooperativa per il vantaggio reciproco (*a cooperative venture for mutual advantage*)». I principi di giustizia sociale «forniscono un modo per assegnare diritti e doveri entro le istituzioni principali della società, e definiscono la distribuzione appropriata dei benefici e degli oneri della cooperazione sociale» [Rawls 1971, 4; trad. it. 1982, 22].

⁵³ La giustizia commutativa resta, in generale, scarsamente indagata (salvo, ovviamente, importanti eccezioni).

⁵⁴ Dworkin [1978b, 191]; Kymlicka [1989, 4-5], da cui è desunta la citazione; Sen [1992, ix-x, 3].

La concezione della giustizia elaborata e difesa da Rawls – la «giustizia come equità» (*justice as fairness*) – consta di due principi. Il primo principio «richiede l'eguaglianza nell'assegnazione dei diritti e dei doveri fondamentali»: il secondo «sostiene che le diseguaglianze economiche e sociali, come ad esempio quelle di ricchezza e di potere, sono giuste soltanto se producono benefici compensativi per ciascuno, e in particolare per i membri meno avvantaggiati della società»⁵⁵. Più precisamente⁵⁶:

- 1) Ogni persona ha un eguale diritto alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri.
- 2) Le diseguaglianze sociali ed economiche devono essere regolate in modo tale che: *a*) ci si possa ragionevolmente aspettare che tornino a vantaggio di ciascuno; *b*) siano collegate a cariche e posizioni aperte a tutti⁵⁷.

3.5. Dalla redistribuzione al riconoscimento?

In *Una teoria della giustizia*, e in gran parte delle teorie post-rawlsiane, l'eguaglianza si presenta anzitutto come principio di distribuzione, o – ove siano richiesti trasferimenti compensativi – redistribuzione, di risorse (in senso lato)⁵⁸. Negli ultimi anni, l'enfasi sul problema distributivo si è at-

⁵⁵ Rawls [1971, 14-15; trad. it. 1982, 30]. Commenta Rawls: «questi principi escludono la possibilità di giustificare le istituzioni in base al fatto che i sacrifici di alcuni sono compensati da un maggior bene aggregato. Il fatto che alcuni abbiano meno affinché gli altri prosperino può essere utile (*expedient*), ma non è giusto. Invece i maggiori benefici ottenuti da pochi non costituiscono un'ingiustizia, a condizione che, in questo modo, anche la situazione delle persone meno fortunate divenga migliore».

⁵⁶ Rawls [1971, 60; trad. it. 1982, 66]. Questa è solo la prima formulazione dei due principi di giustizia, non quella definitiva. Ma non è qui necessario addentrarci in queste complicazioni.

⁵⁷ Le «equal basic liberties» oggetto del primo principio sono 1) «freedom of thought and liberty of conscience»; 2) «the political liberties and freedom of association»; 3) «the freedoms specified by the liberty and integrity of the person»; 4) «the rights and liberties covered by the rule of law» [Rawls 1993, 291]. Il primo principio è, si noti, il principio di eguaglianza nei diritti (*supra*, par. 1.1). Il secondo principio si applica a quegli aspetti della struttura fondamentale della società che «specificano e stabiliscono diseguaglianze economiche e sociali» [Rawls 1971, 61; trad. it. 1982, 66].

⁵⁸ Una delle molle comuni a molte di queste teorie è l'argomento della lotteria naturale (*supra*, par. 1.1), che ha evidenti implicazioni egalarie.


tenuata, in favore di un'attenzione sempre maggiore per l'identità (etnica, religiosa, culturale, di genere ecc.), e per ciò che è richiesto ai fini del riconoscimento, o del rispetto, delle diverse identità [Fraser e Honneth 2003]. Le società contemporanee sono società pluri-identitarie e multiculturali. Il problema dell'eguaglianza sembra non essere più (almeno, non principalmente) l'equalizzazione delle risorse, ma il riconoscimento – e, prima ancora, il problema delle modalità di costituzione – delle differenze identitarie. Gruppi etnici, culturali, religiosi diversi talvolta rivendicano, più o meno orgogliosamente, la propria particolarità, chiedendo trattamenti differenziati. Gli interrogativi principali sono due: 1) Nelle democrazie costituzionali contemporanee sono possibili, e se sì in che modo, eguale considerazione e rispetto dei diversi gruppi particolari, senza omologazione o assimilazione (forzata, o strisciante)? 2) Una società di liberi ed eguali esige, anzitutto, la compensazione di svantaggi nelle circostanze di vita, o il reciproco riconoscimento dei suoi membri come cittadini dotati di eguale status politico e sociale?

Molti dei problemi che ricadono in questo duplice ambito appartengono, a ben vedere, alla tradizione dell'eguaglianza nei diritti. Ad es., come abbiamo visto (*supra*, par. 1.5), l'idea di riconoscimento reciproco, e la concezione repubblicana della libertà, sono una componente importante dell'idea dei diritti fondamentali. Lo stesso dicasi dell'idea di una società multi-religiosa e pluralistica, e del problema di una concezione della giustizia che, a fini politici, possa costituire un luogo di convergenza fra concezioni del bene diverse e confliggenti (*supra*, par. 1.4). Ma, secondo alcuni, l'emergenza del paradigma identitario apre dimensioni che trascendono la problematica classica dei diritti, e pone problemi (che, a loro volta, si intrecciano con nuove questioni, come quella della giustizia globale o quella della giustizia nell'immigrazione) che non possono essere affrontati mediante l'apparato classico dei diritti fondamentali. La discussione, su questo punto, è aperta.



Riferimenti bibliografici

Riferimenti bibliografici

- Alchourrón, C.E. [1996], *On Law and Logic*, in «Ratio Juris», 9, 1996, pp. 331-348.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. [1971], *Normative Systems*, New York-Wien, Springer 
- [1991], *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. [1994], *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp; trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- [2003a], *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 131-140.
- [2003b], *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449.
- Azzoni, G.M. [1994], *Interpretazioni di Hoffeld*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 24, 1994, pp. 443-488.
- Barberis, M. [1999], *Libertà*, Bologna, Il Mulino.
- [2000], *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 147-162.
- Bayles, M. [1992], *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer.
- Bayón, J.C. [2001], *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in *Pluralism and Law*, a cura di A. Soeteman, Dordrecht, Kluwer.
- Becker, L.C. [1977], *Property Rights. Philosophical Foundations*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Bentham, J. [1796], *Anarchical Fallacies*, ed. parziale in Waldron [1987d].
- Berlin, I. [1994], *La ricerca dell'ideale*, in Id., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Milano, Adelphi.
- Bin, R. [2000], *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25.
- Bin, R. e Pitruzzella, G. [2000], *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Blackburn, S. [1998], *Ruling Passions*.

- A Theory of Practical Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.
- Bobbio, N. [1963], *Eguaglianza e dignità degli uomini*, ried. con il titolo *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in Bobbio [1999].
- [1964], *Il regime fascista*, in Id., *Dal fascismo alla democrazia*, Milano, Baldini & Castoldi, 1997.
 - [1980], *Norma*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli.
 - [1982], *Dal potere al diritto e viceversa*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Esi.
 - [1983], *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi.
 - [1988], *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, ried. con il titolo *Il primato dei diritti sui doveri*, in Bobbio [1999].
 - [1990], *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
 - [1996], *Il positivismo giuridico*, seconda edizione, Torino, Giappichelli.
 - [1999], *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi.
- Bovero, M. [2001], *Diritti e democrazia costituzionale*, in Ferrajoli [2001].
- Bulygin, E. [1987], *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, in Alchourrón e Bulygin [1991].
- [2000], *Sistema deductivo y sistema interpretativo*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 55-60.
- Celano, B. [1992], *Giustificazione di norme e procedure ideali*, in *Analisi e diritto* 1992, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- [1994], *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, Giappichelli.
 - [1999], *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.
 - [2000], *La denaturalizzazione della giustizia*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 81-113.
 - [2002a], *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, in «Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 3, a cura di M. Basciu, Milano, Giuffrè, pp. 101-142.
 - [2002b], «Defeasibility» e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 223-239.
 - [2004], *Giustizia e sorte. Alle radici della giustizia come equità*, in *Omaggio a John Rawls (1921 - 2002)*, «Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 4, a cura di A. Punzi, Milano, Giuffrè, pp. 211-235.
 - [2005a], *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 35, 2005, pp. 161-183.
 - [2005b], *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 469-489.
 - [2005c], *Luck egalitarianism, responsabilità e identità personale*, in «Teoria politica», 21, 2005, pp. 9-36.

- [2006], *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, in «Ragion pratica», 26, 2006, pp. 133-149.
- [2012], *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, a cura di J. Ferrer Beltrán e G.B. Ratti, Oxford, Oxford University Press.
- Chiassoni, P. [1990], *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, Giuffrè.
- [2000], *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, in *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- Comanducci, P. [2002], *Forme di (neo) costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti dell'uomo*, a cura di T. Mazzaresse, Torino, Giappichelli.
- [2004], *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- Cook, W.W [1919], *Hohfeld's Contributions to the Science of Law*, in Hohfeld [1964]; trad. it. *I contributi di Hohfeld alla scienza del diritto*, Introduzione a W.N. Hohfeld, *Principi giuridici fondamentali*, Torino, Einaudi, 1969, pp. XXXV-LIII.
- Corso, G. [1998], *La costituzione come fonte di diritti*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 87-100.
- Costa, P. [2002], *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza.
- Crisp, R. [2000], *Particularizing Particularism*, in Hooker e Little [2000].
- Davidson, D. [1973], *Radical Interpretation*, in Davidson [1984].
- [1974], *Belief and the Basis of Meaning*, in Davidson [1984].
- [1982], *Rational Animals*, in *Actions and Events. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, a cura di E. LePore e B.P. McLaughlin, Oxford, Blackwell, 1985, pp. 473-480; trad. it. *Animali razionali*, in D. Davidson, *Soggettivo, intersoggettivo, oggettivo*, Milano, Cortina, 2003.
- [1984], *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford; trad. it. *Verità e interpretazione*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- De Mori, B. [2000], *Cosa sono i diritti morali? Un punto di vista analitico*, Trento, Verifiche.
- Diciotti, E. [1999], *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- Dworkin, R. [1978a], *Taking Rights Seriously*, 2ª ed., London, Duckworth; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- [1978b], *Liberalism*, in Dworkin [1985b].
- [1985a], *The Forum of Principle*, in Dworkin [1985b].
- [1985b], *A Matter of Principle*, Cam-

- bridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1985.
- [1986], *Law's Empire*, London, Fontana.
 - [1996], *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
 - [2000], *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- Eco, U. [1984], *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi.
- Elster, J. [1983], *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press; trad. it. *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, Milano, Feltrinelli, 1989.
- Feinberg, J. [1966], *Duties, Rights, and Claims*, in Feinberg [1980].
- [1970], *The Nature and Value of Rights*, in «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, pp. 243-260.
 - [1980], *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton (N.J.), Princeton University Press.
 - [1993], *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1, 1993, pp. 143-161.
 - [1994], *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, L. [2001], *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrerres, V. [2001], *A Defense of Constitutional Rigidity*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- Finnis, J.M. [1980], *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996.
- Fioravanti, M. [1995], *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà fondamentali*, seconda edizione, Torino, Giappichelli.
- Frankfurt, H.G. [1988], *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in Id., *The Importance of What We Care about. Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Fraser, N. e Honneth, A. [2003], *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, London, Verso.
- Galli, C. [1989], *Donoso Cortés*, in *L'albero della Rivoluzione. Le interpretazioni della Rivoluzione francese*, a cura di B. Bongiovanni e L. Guerci, Torino, Einaudi.
- Galston, W.A. [1983], *On the Alleged Right to Do Wrong*, in «Ethics», 93, 1983, pp. 320-324.
- Goodman, N. [1983], *Fact, Fiction, and Forecast*, 4ª ed., Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it.

- Fatti, ipotesi e previsioni*, Roma-Bari, Laterza, 1985.
- Guastini, P. [1992], *Dalle fonti alle norme*, 2ª ed., Torino, Giappichelli.
- [1996], *Diritto mite, diritto incerto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 26, 1996, pp. 513-525.
 - [1998a], *La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 185-206.
 - [1998b], *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
 - [2004], *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.
- Hampshire, S. [1989], *Innocence and Experience*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Innocenza ed esperienza*, Milano, Feltrinelli, 1995.
- Hare, R.M. [1952], *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *Il linguaggio della morale*, Roma, Astrolabio, 1968.
- Hart, H.L.A. [1953], *Definition and Theory in Jurisprudence*, in Hart [1983].
- [1955], *Are there Any Natural Rights*, in Waldron [1984b].
 - [1961], *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.
 - [1973a], *Legal Rights*, in Hart [1982b].
 - [1973b], *Rawls on Liberty and its Priority*, in Hart [1983].
 - [1979a], *Between Utility and Rights*, in Hart [1983].
 - [1979b], *Utilitarianism and Natural Rights*, in Hart [1983].
 - [1982a], *Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill*, in Hart [1982b].
 - [1982b], *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
 - [1983], *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Hegel, G.W.F. [1807], *Phänomenologie des Geistes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1973; trad. it. *Fenomenologia dello spirito*, Milano, Bompiani, 2008.
- Hohfeld, W.N. [1913], *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. I*, ried. (con modifiche) in Hohfeld [1964].
- [1917], *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. II*, in Hohfeld [1964].
 - [1964], *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (a cura di W.W. Cook); trad. it. *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1969.
- Holmes, S. e Sunstein, C.R. [1999], *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, Norton; trad. it. *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Honneth, A. [2002], *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, Il Saggiatore.
- Honoré, A.M. [1960], *Rights of Exclusion and Immunities against Divesting*, in «Tulane Law Review», 34, 1960, pp. 453-468.

- Hooker, B. e Little, M. [2000], *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon Press.
- Ignatieff, M. [2001], *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton (N.J.), Princeton University Press.
- Jellinek, G. [1895], *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè 2002.
- Jori, M. [1995], *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto 1995*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- Kant, I. [1784], *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in Kant, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1965.
- Kelsen, H. [1945], *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1966.
- [1960], *Das Problem der Gerechtigkeit*, in Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke; trad. it. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi 1975.
- [1981], *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- Kramer, M.H. [1998a], *Rights without Trimmings*, in Kramer, Simmonds e Steiner [1998].
- [1998b], *Introduction*, in Kramer, Simmonds e Steiner [1998].
- Kramer, M.H., Simmonds, N.E. e Steiner, H. [1998], *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- Kymlicka, W. [1989], *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2000.
- Luzzati, C. [1990], *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè.
- Lyons, D. [1969], *Rights, Claimants and Beneficiaries*, in Lyons [1994b].
- [1970], *The Correlativity of Rights and Duties*, in «Nous», 4, 1970, pp. 45-55.
- [1994a], *Introduction*, in Lyons [1994b].
- [1994b], *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MacCormick, N. [1976], *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 62, 1976, pp. 305-317.
- [1977], *Rights in Legislation*, in *Law, Morality and Society*, a cura di P.M.S. Hacker e J. Raz, Oxford, Clarendon Press.
- [1977-78], *The Obligation of Reparation*, ried. in MacCormick [1982b].
- [1978], *Dworkin as a Pre-Benthamite*, ried. (con il titolo *Taking the «Rights Thesis» Seriously*) in MacCormick [1982b].
- [1981], *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold.
- [1982a], *Rights, Claims and Remedies*, in «Law and Philosophy», 1, 1982, pp. 337-357.

- [1982b], *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press.
- Mackie, J.L. [1978], *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, in Waldron [1984b].
- Marmor, A. [1997], *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, pp. 1-18.
- Marx, K. e Engels, F. [1848], *Manifesto del Partito Comunista*, Torino, Einaudi, 1948.
- Matteucci, N. [1983], *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, Utet, pp. 201-212.
- [1988], *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, Utet.
- McDowell, J. [1979], *Virtue and Reason*, in Id., *Mind, Value, and Reality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- McIlwain, C.H. [1940], *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- McNaughton, D. e Rawling, P. [2000], *Unprincipled Ethics*, in Hooker e Little [2000].
- Mill, J.S. [1859], *On Liberty*, in Mill [1991]; trad. it. *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1981.
- [1869], *The Subjection of Women*, in Mill [1991]; trad. it. *La schiavitù delle donne*, Milano, SugarCo, 1992.
- [1991], *On Liberty and Other Essays*, a cura di J. Gray, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Moreso, J.J. [2001], *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in *La relevancia del derecho*, comp. por P.E. Navarro, M.C. Redondo, Barcelona, Gedisa, 2002.
- [2002a], *Conflitti fra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 201-221.
- [2002b], *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 241-248.
- [2004] *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in *Constitución y derechos fundamentales*, comp. por J. Betegón, F. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- [2005a], *Sobre los conflictos entre derechos*, in *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, comp. por M. Carbonell Sánchez, P. Salazar Ugarte, Madrid, Trotta.
- [2005b], *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 35, 2005, pp. 225-243.
- Nino, C.S. [1980], *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
- Nozick, R. [1974], *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books; trad. it. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2008.
- [1981], *Philosophical Explanations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Spiegazioni filosofiche*, Milano, Il Saggiatore, 1987.

- O'Neill, O. [2000], *Agency and Autonomy*, in O'Neill, *Foundations of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pace, A. [1993], *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in «Politica del diritto», 24, 1993, pp. 3-11.
- [2001], *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 21, 2001, pp. 35-61.
- Perelman, C. [1945], *La justice*, in Id., *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.
- Pettit, P. [1997], *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press; trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, Feltrinelli, 2000.
- Pino, G. [2003], *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino.
- Pintore, A. [2001], *Diritti insaziabili*, in Ferrajoli [2001].
- [2003], *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Pozzolo, S. [2001], *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Prieto Sanchís, L. [2002], *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 169-200.
- Quine, W.V. [1951], *Two Dogmas of Empiricism*, in Id., *From A Logical Point of View*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1953; trad. it. *Da un punto di vista logico*, Milano, Cortina, 2006.
- [1990], *Pursuit of Truth*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press; trad. it. *Liberalismo politico*, Torino, Einaudi, 2012.
- Quine, W.V. e Ullian, J.S. [1970], *The Web of Belief*, New York, Random House.
- Rawls, J. [1971], *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press; trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.
- [1993], *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- Raz, J. [1970], *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977.
- [1984], *Legal Rights*, ried. in Raz, *Ethics in the Public Domain*, 2^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- [1986], *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- Redondo, M.C. [1999], *Sulla rilevanza pratica del diritto*, in «Ragion pratica», 13, 1999, pp. 203-218.
- [2000], *Lógica y concepciones del derecho*, in «Isonomía», 13, 2000, pp. 35-54.
- Ross, A. [1958], *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons; trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990.
- [1968], *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Rousseau, J.-J. [1762], *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1994.

- Sarfatti, M. [2002], *Le leggi antiebraiche spiegate agli italiani di oggi*, Torino, Einaudi.
- Scanlon, T.M. [1972], *A Theory of Freedom of Expression*, in *The Philosophy of Law*, a cura di Ronald Dworkin, Oxford, Oxford University Press 1977.
- [1977], *Rights, Goals, and Fairness*, rist. in Waldron [1984b].
- [1984], *Rights, Goals, and Fairness*, in Waldron [1984b].
- Scarpelli, U. [1987], *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «Rivista di filosofia», 78, 1987, pp. 3-15.
- Schmitt, C. [1934], *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972.
- Searle, J.R. [1978], *Literal Meaning*, in Id., *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- [1980], *The Background of Meaning*, in *Speech Act Theory and Pragmatics*, a cura di J.R. Searle, F. Kiefer e M. Bierwisch, Dordrecht, Reidel.
- Sen, A. [1980], *Equality of What?*, in Sen, *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982; trad. it. *Scelta, benessere, equità*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- [1992], *Inequality Reexamined*, Oxford, Clarendon Press; trad. it. *La disegualianza. Un riesame critico*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- Simmonds, N.E. [1986], *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, London, Sweet & Maxwell.
- [1998], *Rights at the Cutting Edge*, in Kramer, Simmonds e Steiner [1998].
- Skinner, Q. [1997], *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press; trad. it. *La libertà prima del liberalismo*, Torino, Einaudi, 2001.
- Steiner, H. [1977], *The Structure of a Set of Compossible Rights*, in «Journal of Philosophy», 74, 1977, pp. 767-775.
- [1994], *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell.
- [1998], *Working Rights*, in Kramer, Simmonds e Steiner [1998].
- Sumner, L.W. [1987], *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- Sunstein, C.R. [1996], *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
- Tarello, G. [1977], *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in «Politica del diritto», 8, 1977, pp. 499-526.
- Taylor, C. [1994], *The Politics of Recognition*, in Taylor et al., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton (N.J.), Princeton University Press.
- Thomson, J.J. [1976], *Self-Defense and Rights*, in Thomson, *Rights, Restitution and Risk. Essays in Moral Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986.
- [1977], *Some Ruminations about Rights*, in Id., *Rights, Restitution and Risk. Essays in Moral Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986.
- Tierney, B. [2002], *L'idea dei diritti na-*

- turali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, Il Mulino.
- Tuck, R. [1979], *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Villa, V. [1999], *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli.
- [2001], *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli.
- Villey, M. [1986], *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 2^a ed., Milano, Jaca Book.
- Viola, F. [2000], *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli.
- Waldron, J. [1981], *A Right to Do Wrong*, in Waldron [1993b].
- [1984a], *Introduction*, in Waldron [1984b].
 - [1984b] (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.
 - [1987a], *Can Communal Goods Be Human Rights?*, in Waldron [1993b].
 - [1987b], *Introduction*, in Waldron [1987d].
 - [1987c], *Jeremy Bentham's Anarchical Fallacies*, in Waldron [1987d].
 - [1987d] (a cura di), *Consensus upon Stilts». Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, Methuen.
- [1988], *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press.
 - [1989], *Rights in Conflict*, in Waldron [1993b].
 - [1993a], *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, in Waldron [1993b].
 - [1993b], *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press.
 - [1999a], *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
 - [1999b], *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press; trad. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001.
- Wellman, C.H. [1978], *A New Conception of Human Rights*, ried. in Wellman [1997b].
- [1995], *On Conflicts Between Rights*, in «Law and Philosophy», 14, 1995, pp. 271-295.
 - [1997a], *Seeking a Theory of Rights*, in Wellman [1997b].
 - [1997b], *An Approach to Rights*, Dordrecht, Kluwer.
- Williams, B. [1985], *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana; trad. it. *L'etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, Laterza, 1987.
- Zagrebelsky, G. [1992], *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi.
- Zolo, D. [2003], *Fondamentalismo umanitario*, in *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, a cura di M. Ignatieff, Milano, Feltrinelli.