



Diritti e proprietà: analisi di un rapporto

Fulvio Miceli

(2018)

Commissione d'esame:

Prof. Paolo Di Lucia

Prof. Stefano Moroni

Prof. Ian Carter

The copyright of this Dissertation rests with the author and no quotation from it or information derived from it may be published without proper acknowledgement.



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PAVIA

Indice dei contenuti

Indice dei contenuti.....	i
Ringraziamenti.....	iii
Introduzione.....	1
Capitolo 1. - Condizioni di coerenza, completezza e universalità: una giustificazione.....	6
1.1. Coerenza.....	6
1.1.1 -Conflitti tra obblighi morali.....	12
1.1.2-Conflitti tra obblighi in sistemi giuridici positivi.....	23
1.2 Completezza.....	41
1.3 Universalità.....	46
1.3.1 -Norme tetiche e ipotetiche.....	55
1.3.2 - Condizioni di indisponibilità.....	61
1.3.3 – Eccezioni.....	65
Capitolo 2. -Diritti non assoluti.....	68
2.1 - I diritti come principi derogabili.....	69
2.2 -Alcune ragioni a favore dei diritti inderogabili.....	79
Capitolo 3. Due concezioni dei diritti: Hillel Steiner e Luigi Ferrajoli.....	81
3.1 La concezione dei diritti di <i>An Essay on Rights</i>	81
3.1.1 - Priorità lessicale e compossibilità dei diritti.....	82
3.1.2 - Diritti come diritti di proprietà.....	90
3.1.3 - Tutti i diritti sono alienabili.....	102
3.2 La concezione dei diritti dei <i>Principia Iuris</i>	106
3.2.1 - Costituzione democratica e diritti vitali.....	112
3.2.2 - Le definizioni di “diritto soggettivo” e “diritto fondamentale”.....	116
3.2.3 - Diritti fondamentali e diritti patrimoniali.....	122
Capitolo 4. - Verifica delle condizioni di coerenza, completezza e universalità.....	125
4.1 - I diritti di proprietà.....	125
4.1.1 - Le condizioni di coerenza e completezza nel sistema di <i>An Essay on Rights</i>	127

4.1.2- Universalità e alienabilità dei diritti di proprietà.....	144
4.2 - I diritti fondamentali.....	151
4.2.1 - La trattazione dell'antinomia in Ferrajoli	151
4.2.1.1 -Antinomie nel sistema dei diritti fondamentali.....	156
4.2.1.2 - Aspettative e conflitti tra aspettative.....	161
4.2.1.3 - I diritti singolari e le antinomie.....	175
4.2.2 - la Completezza del sistema dei diritti fondamentali.....	178
4.2.2.1 - Incompletezza deontica.....	179
4.2.2.2 - Lacune ammesse dai <i>Principia Iuris</i>	185
4.2.2.3 - Lacune e indeterminatezza delle aspettative.....	203
4.2.2.4 - Una terza possibile interpretazione.....	205
4.2.3 - L'Universalità dei diritti fondamentali.....	207
4.3 - L'esito del confronto.....	226
Capitolo 5. - Il principio di self-ownership e il principio di acquisizione.....	232
5.1 - La proprietà di sé in un sistema di diritti di proprietà.....	233
5.1.1- L'argomento di Cohen.....	236
5.1.2- Una replica a Cohen.....	248
5.1.3- Un argomento indipendente per la self-ownership.....	257
5.2 - Il principio di acquisizione originaria.....	259
5.2.1 – Esclusione.....	259
5.2.2- Acquisizione.....	266
5.2.3- Eguaglianza.....	275
5.2.4- Precisazioni e confronti.....	278
Conclusione.....	283
Bibliografia.....	286

Ringraziamenti

Utili suggerimenti mi sono venuti da Bruno Celano e Valeria Ottonelli. La discussione del problema dei conflitti tra obblighi ha beneficiato dei suggerimenti di Luca Fonnesu, Enrico Cipriani ed Enrico Grosso.

In ogni fase del lavoro di ricerca e di redazione della tesi, e per ogni aspetto della trattazione, i consigli, le osservazioni, le domande, le critiche e anche il sostegno di Ian Carter sono stati fondamentali e decisivi. Quel che sono riuscito a farne ha reso la tesi di gran lunga migliore di quel che sarebbe stata altrimenti.

Senza il sostegno e l'incoraggiamento di Claudia nulla sarebbe stato concluso e, del resto, neppure incominciato. A lei è dedicata la tesi.

Diritti e proprietà: analisi di un rapporto

Introduzione

Vita, libertà e proprietà sono indicati nel *Second Treatise on Government* di John Locke, all'origine del liberalismo politico, come diritti di ogni uomo nello stato di natura. Diritti, dunque, indipendenti dalla costituzione della società civile e politica che avviene in vista della loro protezione. Un elenco non mostra di per sé nessuna connessione necessaria. *Vita, libertà e proprietà* potrebbero essere state raggruppate da Locke in modo sostanzialmente casuale, accomunate soltanto, al limite, dall'essere desiderabili. Altrettanto potrebbe valere per la loro qualificazione come diritti: si rivendica come diritto, spesso, ciò che si ha l'interesse o il desiderio ci sia assicurato dalla legge, dunque beni, o prestazioni, o omissioni, disparate. Senza preoccuparsi particolarmente di poterne riconoscere tratti comuni e di poterli legittimamente collocare in una certa categoria concettuale. Dopotutto, come, nota Hillel Steiner, se al supermercato cerchiamo pomodori, non ci preoccupiamo più di tanto di trovarli negli scaffali della verdura anziché in quelli della frutta. L'associazione tra diritti, libertà e proprietà, però, ha avuto fortuna. Se è stata frutto del caso o di un equivoco, quel caso o quell'equivoco ha avuto un'influenza profonda e duratura nella storia politica e giuridica, dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino dell'89 fino agli attuali ordinamenti giuridici.

Lo scopo di questa ricerca è indagare il nesso, giustificato o equivoco che sia, tra due degli elementi della connessione istituita da Locke: i diritti da un lato e dall'altro la proprietà. Se i due si identifichino o se almeno alcuni diritti, come sostenuto da Ferrajoli a proposito dei diritti fondamentali, siano strutturalmente eterogenei rispetto alla proprietà.

La libertà, che pure si incontrerà continuamente nel corso della trattazione, rimane almeno fino all'ultimo capitolo, sullo sfondo (così come la vita che, intesa come integrità fisica e protezione dagli assalti criminali, rientra solo tangenzialmente nella discussione di alcuni problemi specifici). La domanda circa i rapporti tra diritti e proprietà e la scelta di porre in secondo piano il tema della libertà nascono in considerazione del dibattito intorno

alle filosofie politiche libertarie contemporanee.¹ In particolare in relazione alla loro concezione della libertà di che cosa sia un diritto.

Una risposta a quest'ultima domanda, relativamente alle filosofie politiche libertarie è che per esse un diritto sia un *diritto di proprietà*, intendendo per diritto di proprietà un diritto di possesso esclusivo, diretto o indiretto (come nel caso di un diritto di credito) su una porzione del mondo fisico. Per contro, il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli ha sostenuto la tesi di una opposizione strutturale tra diritti patrimoniali, cioè diritti di proprietà su beni determinati, e “diritti fondamentali” iscritti negli odierni ordinamenti costituzionali democratici, vedendo, come ho ricordato, nell'assimilazione ai diritti dell'istituto della proprietà il frutto di un equivoco secolare.

Dalla tesi dell'incompatibilità strutturale avanzata da Ferrajoli e dall'identificazione libertaria tra diritti e proprietà origina la domanda della tesi. Per tentare una risposta ho confrontato due esempi paradigmatici di differenti costruzioni di un sistema di diritti: il sistema dei diritti compossibili delineato da Hillel Steiner e il sistema dei diritti fondamentali descritto da Luigi Ferrajoli.² Il primo, in vista della soddisfazione della condizione di compossibilità, è definito come un sistema di diritti di proprietà su oggetti fisici, il secondo è costituito per definizione di diritti eterogenei rispetto ai diritti di proprietà. L'esame che condurrò in seguito permetterà di chiarire meglio anche i motivi per i quali ho considerato possibile da un lato e proficuo dall'altro condurre un confronto tra questi due sistemi, ma è utile anticipare qui alcune considerazioni. Innanzitutto relative ad una apparente problematicità del confronto tra due sistemi eterogenei, in quanto relativi uno (quello di Steiner) ai diritti considerati come principi *di giustizia* non necessariamente inseriti all'interno di codici morali positivi e l'altro (quello di Ferrajoli) a diritti definiti all'interno di una teoria assiomatica del diritto che riguarda strettamente il diritto positivo. Credo tuttavia che il riferimento alla nozione generale di sistemi normativi consenta un confronto tra le due teorie a un livello più astratto, semplicemente omettendo la questione della collocazione delle norme indagate all'interno del dominio del diritto positivo o di quello morale. Inoltre, i due

¹ Critici del libertarismo come Gerald Allan Cohen hanno sottolineato che, per esempio in *Anarchy, State and Utopia* di Robert Nozick, sia presente e cruciale per molte argomentazioni una nozione moralizzata di libertà, per la quale si sarebbe liberi o non liberi solo rispetto alle azioni che si ha anche il diritto di fare, e le limitazioni imposte dai diritti altrui non conterebbero come limitazioni della libertà. Questi stessi diritti che circoscrivono la nozione di libertà vengono poi difesi, in modo circolare, in nome della libertà. Vedi G. A. Cohen, *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, 1995.

² I testi su cui i due autori vengono confrontati sono: Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1- teoria del diritto, vol.2-teoria della democrazia, vol.3- la sintassi del diritto con CD Rom, Laterza, Bari 2007 e Hillel Steiner, *An Essay on Right*, Blackwell, Oxford 1994.

sistemi condividono un approccio formale alla questione della definizione dei diritti, nel caso di Steiner orientato a un'indagine circa la struttura logica dei diritti e dei codici che li includono, nel caso Ferrajoli direttamente orientato a una costruzione di un concetto di diritto, dotato di valore teorico e di capacità descrittiva dei diritti come fatti giuridici, ma da essi indipendente.

Oltre a motivi relativi alle analogie tra le due teorie, vi sono poi per entrambe ragioni di interesse intrinseco. Per Steiner, innanzitutto, l'introduzione della nozione di compossibilità dei diritti che consente altre importanti specificazioni del concetto. Inoltre, l'adozione di una nozione di libertà empirica che evita i problemi connessi alle nozioni moralizzate di libertà di altri autori di ambito libertario. Per Ferrajoli, la considerazione generale che la sua teoria potrebbe essere considerata l'inverso di una teoria dei diritti di proprietà, una possibilità cui allude Robert Nozick in *Anarchy, State and Utopia* quando scrive che la teoria "inversa" di quella nella quale "I diritti particolari su cose saturano lo spazio dei diritti" [...] "collocherebbe nella sua substruttura solo questi diritti, generali e universalmente posseduti, a conseguire scopi e a trovarsi in una certa condizione materiale, e così determinerebbe tutto il resto"³ concludendo che, all'epoca nessun tentativo serio era stato fatto di enunciare una siffatta teoria.

Per effettuare il confronto tra le due teorie, ho cercato di giustificare la richiesta che un sistema di diritti, come sottoinsieme di un sistema normativo, soddisfi tre condizioni formali: coerenza, completezza e universalità. La giustificazione di queste condizioni non può essere fornita, a mio avviso, su basi puramente logiche. È necessario invece postulare che un sistema normativo sia opera di un legislatore razionale e che egli legiferi volendo ottenere ciò che comanda. Questa condizione basterà a giustificare la condizione di coerenza degli obblighi conseguenti a un sistema normativo. Procedendo alla specificazione di ulteriori determinazioni della volontà dell'ipotetico legislatore razionale si giustificheranno ulteriori condizioni imposte al sistema. L'ipotesi che il legislatore ipotetico legiferi anche riguardo a sé stesso e voglia garantire a sé stesso la prevedibilità delle qualificazioni deontiche delle sue azioni e delle loro conseguenze normative giustificherà la richiesta della completezza del sistema. Infine, l'assunto che il legislatore razionale si identifichi con una classe di eguali che vogliano essere tali di fronte alla legge, giustifica la richiesta della forma universale delle norme.

³ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books Inc., New York 1974; ed. It. *Anarchia, Stato e Utopia*, il Saggiatore, Milano 2000, p.247.

L'ipotesi di un legislatore razionale e delle successive specificazioni della sua volontà, indica che ho considerato i diritti come norme, inserite in un sistema normativo ipotetico che potrebbe essere sia un sistema morale che un sistema giuridico positivo. Non entrerà pertanto nel merito della giustificazione e della fondazione dei diritti. Le caratterizzazioni dei sistemi di diritti dipenderanno infatti dall'assunzione della razionalità di un legislatore ipotetico e dalle ulteriori assunzioni che egli persegue certi fini. La caratterizzazione del sistema dei diritti avrà dunque una natura condizionale: se si vorranno ottenere certi fini, tra i quali potranno anche trovarsi fini di natura morale, il sistema dei diritti dovrà soddisfare certe condizioni.

Quanto più tali fini saranno generici e impliciti nei fini particolari degli esseri umani, cioè quanto più sarà plausibile che uno dei fini attribuiti al legislatore razionale sia perseguito da chiunque indipendentemente dalla specificazione degli altri suoi fini specifici, tanto più il sistema dei diritti sarà uno strumento di valore universale per perseguire scopi specifici.

Ammesse le condizioni di coerenza, completezza e universalità si pone una questione ulteriore, se cioè un sistema di diritti debba essere o meno un sistema di diritti *inderogabili*. Condizioni di derogazioni delle norme cambieranno le condizioni di coerenza di un sistema normativo. Mentre un sistema di norme inderogabili sarà coerente solo se tutte le sue prescrizioni saranno composibili, un sistema di norme derogabili potrà includere conseguenze normative conflittuali, purché le sue norme bastino a determinare in ogni situazione quali norme dovranno prevalere e quali obblighi dovranno affermarsi. Anche l'opportunità che i diritti siano derogabili verrà discussa in relazione all'ipotesi di un legislatore razionale e agli scopi che egli avrebbe perseguito inserendo diritti in un sistema normativo.

Cercherò di mostrare come in linea teorica sia *possibile* costruire un sistema di diritti di proprietà che soddisfi le condizioni di coerenza e completezza e anche una condizione di universalità di attribuzione appropriatamente definita. Per contro, sosterrò che un sistema di aspettative a prestazioni e a omissioni definito senza riferimento a diritti individuali di esclusione degli altri da porzioni del mondo fisico o non garantirà coerenza e completezza o le garantirà al prezzo di una profonda trasformazione della funzione dei diritti soggettivi

all'interno di un sistema normativo oppure, ancora, attraverso radicali politiche redistributive.

Infine, mi concentrerò sui sistemi di diritti proprietari per indagarli sotto una diversa prospettiva, chiedendomi *quali* specifici diritti di proprietà dovrebbero includere e giungendo ad evidenziare i nessi di questi ultimi con la libertà e la sua tutela giuridica. Discuterò innanzitutto dell'inclusione del diritto di proprietà di sé (*self-ownership*) in un sistema di diritti proprietari, sostenendo che un diritto minimale di proprietà di sé sia necessario a rendere possibile una *qualsiasi* libertà che sia *protetta* da azioni altrui e *immune* da poteri giuridici altrui. Anche in questo contesto, non presupporrò né argomenterò normativamente a favore dell'assegnazione universale di una qualsiasi libertà protetta ed immune. Sosterrò invece in modo condizionale che *se* si vuole che tutti possano avere almeno una libertà protetta ed immune, allora a tutti dovrà essere assegnato un minimo residuo di diritto di proprietà su di sé. A parità di condizioni, incrementi di questo residuo di proprietà di sé incrementeranno anche la libertà normativa degli individui.

Discuterò poi il principio di acquisizione originaria delle risorse esterne. Contrariamente a quanto presupposto dalle teorie di derivazione lockiana dell'acquisizione originaria sosterrò che non sia possibile riconoscere una correlazione logica tra la proprietà di sé e un principio di acquisizione delle risorse esterne e che quest'ultimo abbia una natura convenzionale. Proporrò infine come principio di acquisizione, una distribuzione eguale, che consenta però diseguaglianze che tornino a vantaggio di coloro che ricevano meno della quota eguale di risorse.

La giustificazione delle condizioni di coerenza, completezza e universalità si trova nel primo capitolo della tesi; la discussione di alcune teorie dei principi derogabili viene trattata nel secondo capitolo. Il terzo capitolo presenta i sistemi di Steiner e Ferrajoli in termini descrittivi, cercando di darne sinteticamente un quadro il più possibile chiaro e fedele, per quegli aspetti rilevanti per la valutazione in relazione alle condizioni di coerenza, completezza e universalità, che è affrontata nel quarto capitolo; al paragrafo 4.3 si trova un bilancio conclusivo di questo confronto. Nel quinto capitolo sono discussi il principio di *self-ownership* e il principio di acquisizione.

Capitolo 1 – Condizioni di coerenza, completezza e universalità: una giustificazione

1.1 - Coerenza

L'argomento più forte a sostegno del requisito di *coerenza* per un sistema normativo deriverebbe dall'accettazione della tesi che un conflitto tra obblighi genererebbe una contraddizione *logica*. Un conflitto tra obblighi, potrebbe, a sua volta, derivare da due diverse circostanze:

1) da una diretta contrapposizione tra l'obbligo a tenere una certa *linea di condotta*, espressione che è qui intesa come inclusiva azioni e di omissioni, e l'obbligo di non adottare tale linea di condotta, ovvero dall'obbligo della *negazione* di tale linea di condotta (dell'omissione dell'azione *a*, se *a* è un'azione, oppure dell'azione di cui *a* rappresenta l'omissione, se *a* è un'omissione). In questo caso, si deve sottolineare, la linea di condotta prescritta o proibita non è spazio-temporalmente determinata, gli obblighi riguardano un *type* di azione che deve essere compiuta o omessa e il conflitto che si produce riguarda l'impossibilità logica di compiere e di astenersi dal compiere una stessa azione,

oppure

2) dalla contrapposizione indiretta tra l'obbligo di adottare una linea di condotta e l'obbligo di adottare un'altra linea di condotta che potrebbe rendere la prima impossibile. In questo caso gli obblighi riguardano azioni spazio-temporalmente determinate, *token*. Le definizioni dei *type* di queste azioni sono indipendenti, per cui non costituisce una contraddizione (né una necessità) logica che vengano compiute entrambe, ma in circostanze determinate, è la struttura contingente del mondo a renderle incompatibili.

Nel primo caso rientrerebbero, per esempio, l'*obbligo di aprire* e l'*obbligo di non aprire* una porta, nel secondo caso l'*obbligo* di aprire (di persona) una porta in una certa stanza in un dato istante *t* e l'*obbligo* di aprire (di persona) un'altra porta, non fisicamente collegata alla prima, nello stesso istante *t*.

Nel primo caso si intende che gli obblighi siano assegnati alla medesima persona, dato che non vi sarebbe contraddizione nel prescrivere *a* ad un individuo *X* e $\neg a$ ad un altro individuo *Y*, mentre nel secondo caso è anche possibile che un conflitto (che di per sé non sarebbe identificabile con una contraddizione logica) insorga tra obblighi assegnati a persone differenti, qualora essi non possano essere entrambi soddisfatti: un esempio sarebbe

l'obbligo, assegnato a due individui distinti, di indossare uno stesso vestito in un medesimo periodo di tempo. Soddisfacendo l'obbligo, uno dei due renderebbe impossibile all'altro fare altrettanto. Sinteticamente, intendendo O come il simbolo deontico per *obbligo di*, a e b come linee di condotta e $\neg a$ come l'omissione dell'azione a , o come l'azione omessa da chi tenga la linea di condotta a , e M come simbolo della possibilità per un agente di tenere una linea di condotta, i conflitti possono sorgere da $O(a) \wedge O(\neg a)$ per il medesimo agente, oppure da $O(a) \wedge O(b)$ per il medesimo agente o per agenti diversi, in una circostanza X , dove $b \rightarrow \neg M(a)$ nella circostanza X , e quindi $\neg a$, per l'agente per cui vale $O(a)$.

Qualunque forma abbia il conflitto tra obblighi, un'obiezione alla tesi che esso determini una contraddizione deriva dall'osservazione che né la proposizione deontica $O(\neg a)$, né la proposizione fattuale $\neg a$ costituiscono la proposizione contraddittoria di $O(a)$, che è invece $\neg O(a)$ ⁴. In proposito, si può osservare che la contraddizione tra $O(a)$ e $\neg O(a)$ può essere intesa come appartenente a un metalinguaggio rispetto a quello nel quale vengono formulate le caratterizzazioni deontiche delle azioni: le proposizioni $O(a)$ e $\neg O(a)$ possono cioè essere intese come riguardanti rispettivamente la presenza e l'assenza, in un dato sistema normativo, della conseguenza normativa dell'obbligatorietà di una certa linea di condotta a . Sulla base di questa interpretazione, risulta allora che mentre l'affermazione della presenza di una conseguenza normativa contraddice l'affermazione della sua assenza, l'affermazione della presenza contemporanea, in un sistema normativo, dell'obbligo di a e dell'obbligo di $\neg a$ non implica di per sé, nessuna contraddizione. Tuttavia, ciò non elimina l'intuizione che al livello (inferiore nella gerarchia dei metalinguaggi) del sistema normativo stesso la compresenza di $O(a)$ e $O(\neg a)$ sia *in qualche modo* contraddittoria. Lo stesso può dirsi dell'obbligo di b qualora b , pur non coincidendo con $\neg a$, ne costituisca una causa sufficiente. Pur non esistendo una contraddizione diretta tra l'obbligo di a e l'obbligo di b , sembra nondimeno che una qualche di forma di contraddittorietà afferisca a un sistema normativo che abbia come conseguenze sia una certa linea di condotta, sia un'altra linea di condotta tale da rendere impossibile la prima.

Per spiegare queste intuizioni, è opportuno far riferimento a un insieme di assiomi della logica deontica che, se accettati, sembrerebbero implicare la contraddittorietà di un codice normativo che produca un conflitto tra obblighi:

⁴ Si veda N. E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, p.185, in M. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon Press, Oxford 1998: "A may have a duty both to do X and not to do X, and the assertion of such conflicting duties is not contradictory. The contradiction of 'A has a duty to do X' is not 'A has a duty to not to do X' but 'It is not the case that A has a duty to do X'".

- D 1) Principio di aggregazione: $O(a) \text{ e } O(b) \rightarrow O(a \wedge b)$
- D 2) Obbligatorietà delle conseguenze logiche di ciò che è obbligatorio
 $(a \rightarrow b) \rightarrow (O(a) \rightarrow O(b))$
- D 3) Principio “dovere implica potere”: $O(a) \rightarrow M(a)$,
dove $M(a)$ sta per “è possibile compiere l’azione, (o l’omissione) a ”,
- D4) Assioma del permesso: $O(a) \rightarrow P(a)$,
- D5) Non permissibilità della negazione di una linea di condotta obbligatoria:
 $O(a) \rightarrow \neg P(\neg a)$ ⁵

Si può subito osservare che da D4 e D5 si ricava

- T1) Non obbligatorietà della negazione di una linea di condotta obbligatoria:
 $O(a) \rightarrow \neg O(\neg a)$,

infatti, $O(a) \rightarrow P(a)$, per D4, ma per D5 $O(\neg a)$ implicherebbe $\neg P(\neg(\neg a))$, cioè $\neg P(a)$ e dunque, se si dà $O(a)$ deve darsi anche $\neg O(\neg a)$.

Ora si può mostrare in vari modi che, se si accettano gli assiomi D1-D5, due obblighi conflittuali $O(a)$ e $O(\neg a)$ genererebbero una contraddizione. Da $O(a)$ e $O(\neg a)$ derivano rispettivamente, per D4, $P(a)$ e $P(\neg a)$ e, per D5, $\neg P(\neg a)$ e $\neg P(a)$, ma $P(a)$ è in contraddizione con $\neg P(a)$ e $\neg P(\neg a)$ con $P(\neg a)$. Se $b \rightarrow \neg a$, $O(a)$ e $O(b)$ genererebbero una contraddizione in virtù di D2 e T1, perché per D2 $O(b) \wedge (b \rightarrow \neg a) \rightarrow O(\neg a)$, mentre per T1 $O(a) \rightarrow \neg O(\neg a)$. Un'altra contraddizione deriverebbe da $O(a)$ e $O(\neg a)$ congiunti agli assiomi D1 e D3. Infatti, per D1, $O(a) \wedge O(\neg a) \rightarrow O(a \wedge \neg a)$, per D3 $O(a \wedge \neg a) \rightarrow M(a \wedge \neg a)$, ma è impossibile tenere una linea di condotta e quella opposta, e pertanto $\neg M(a \wedge \neg a)$. Nel caso in cui si avesse $O(a)$ e $O(b)$, e $b \rightarrow \neg a$, si avrebbe anche, per D2, $O(\neg a)$, e si ricadrebbe così nel caso precedente.

Un’obiezione di principio all’idea che si possano rilevare contraddizioni deontiche deriva dalla difficoltà di considerare le proposizioni che assegnano caratteri deontici alle azioni un valore di verità, e dunque di considerare vero-funzionali gli aggregati di tali proposizioni ottenuti utilizzando i connettivi logici della logica proposizionale. Come sottolineato da Georg H. Von Wright,

[...] le norme, almeno quelle che chiamiamo prescrizioni, non sono né vere né false. Se le O e le P-espressioni sono forme schematiche di enunciati usati per dare prescrizioni, allora i complessi molecolari di tali espressioni non esprimono funzioni di verità delle loro parti costitutive.⁶

⁵ Riprendo questo elenco degli assiomi rilevanti per la questione dei dilemmi morali da Christopher W. Gowans, *The Debate on Moral Dilemmas*, pp. 21-22, in Christopher W. Gowans (edited by), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, New York 1987.

⁶ Georg H. Von Wright, *Norm and action: A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London-Henley 1963, trad.

Tuttavia, continua Von Wright, gli enunciati deontici possono essere utilizzati sia per esprimere formulazioni normative, quindi in un senso propriamente prescrittivo, sia per esprimere asserti normativi, in senso descrittivo:

Quando vengono usati descrittivamente, gli enunciati deontici esprimono quelle proposizioni che chiamiamo normative. Se le norme in questione sono prescrizioni, le proposizioni normative dicono che queste e quelle prescrizioni «esistono» - cioè sono state emanate o sono in forza.⁷

o perché prodotte da un legislatore o perché moralmente vincolanti in accordo con un qualche codice morale.

Mentre si può considerare improprio assegnare un valore di verità ad enunciati deontici interpretati prescrittivamente, e quindi considerare vero-funzionali i connettivi della logica proposizionale impiegati nei complessi molecolari deontici,

Il fatto che i connettivi vero-funzionali si possono usare per formare complessi molecolari di O- e P- espressioni interpretate descrittivamente è chiaro e non controverso. I complessi molecolari esprimono funzioni di verità delle proposizioni normative espresse dalle O- e P- espressioni atomiche che ivi figurano.⁸

In altri termini, è chiaro che proposizioni atomiche riguardanti l'esistenza o l'inesistenza di norme che stabiliscono che certe azioni sono obbligatorie (permesse, proibite, facoltative) potranno essere considerate vere o false, e che le loro combinazioni molecolari ottenute mediante l'uso dei connettivi logici saranno vero-funzionali.

La stessa distinzione introdotta da Von Wright si ritrova in Alchourròn e Bulygin, formulata con termini differenti: norme in luogo di formulazioni normative e proposizioni normative in luogo di asserti normativi:

Norms are prescriptive sentences, used to enjoin, to permit or to prohibit certain actions (i.e. sentences which say that certain actions ought to be done, may be done or must not be done). Normative propositions are expressed by descriptive sentences, used to convey information about norms or about the obligations, permission or prohibition issued by norms.⁹

it., *Norma e azione. Un'analisi logica*, il Mulino, Bologna 1989; pp. 185-86.

⁷ Ivi, p. 186.

⁸ Ivi, pp. 186-187.

⁹ Carlos E. Alchourròn, Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien -New York 1971, p.122.

Sebbene l'articolazione del linguaggio deontico in un livello prescrittivo, nel quale sono enunciate le norme, e in uno descrittivo, nel quale sono enunciate proposizioni esistenziali *sulle* norme sembri modellata sul discorso giuridico, nell'ambito del quale si possono distinguere gli enunciati inclusi nei sistemi normativi o da essi logicamente derivabili e gli enunciati che esprimono proposizioni *sui* sistemi normativi, non sembra improprio estendere la distinzione all'ambito prettamente morale. Si può immaginare infatti che le norme morali, cioè le proposizioni prescrittive che definiscono certe azioni come moralmente obbligatorie, permesse o proibite, siano l'oggetto di teorie morali descrittive. Queste ultime conterrebbero proposizioni riguardanti le prescrizioni *in vigore* o *in forza* non in quanto presenti un qualche codice giuridico positivo, ma in quanto moralmente obbliganti. Analogamente alle norme giuridiche, le prescrizioni morali non sarebbero né vere né false, ma lo sarebbero le proposizioni sulle prescrizioni morali contenute nelle teorie morali. Relativamente a un codice giuridico, proposizioni che affermassero che esso includa prescrizioni incompatibili non potrebbero essere considerate contraddittorie, in quanto meramente descrittive. Per quanto riguarda le teorie morali, sosterrò che, in modo analogo alle descrizioni dei codici giuridici, *in generale esse possono affermare il sussistere di obblighi incompatibili senza divenire contraddittorie.*

Diverse ragioni sono state avanzate a sostegno della realtà dei conflitti tra obblighi *morali*. In particolare, si possono ricordare l'argomento del *regret*, cioè del perdurare, in seguito alla scelta di trascurare un obbligo per assolverne un altro con esso incompatibile, di un sentimento di rincrescimento morale ritenuto non irrazionale, l'argomento dell'incommensurabilità dei diversi valori morali in riferimento ai quali si darebbero gli obblighi e l'argomento dei conflitti di obblighi in riferimento a uno stesso dovere morale. A loro volta, a queste tesi sono stati opposti diversi contro argomenti, dalla contestazione che il sentimento del *regret* possa effettivamente segnalare il perdurare di un autentico obbligo morale, a diverse ipotesi di graduazione dell'obbligazione morale (distinzione tra obblighi *prima facie* e obblighi *all things considered*, distinzione tra obblighi intuitivamente considerati e obblighi criticamente esaminati, distinzione tra obbligo di compiere un'azione e obbligo di scegliere il miglior corso d'azione disponibile). Inoltre, la possibilità di conflitti tra obblighi morali è stata incorporata in argomenti di natura metaetica, in particolare, al fine

di contestare una concezione cognitivista dell'etica e la possibilità di assegnare valori di verità alle proposizioni morali.¹⁰

Se si ammette la possibilità di conflitti tra obblighi egualmente vincolanti (tra obblighi, cioè che siano entrambi *all things considered*, che siano stati criticamente esaminati e che non siano graduabili in base al principio del miglior corso di azione disponibile) rimane tuttavia aperta la possibilità di salvaguardare la coerenza della teoria morale abbandonando uno o più degli assiomi D1-D5, come vedremo nel dettaglio nel prossimo paragrafo. Gli assiomi D1-D5 sembrano tuttavia possedere una forza intuitiva di cui si può rendere conto mediante l'analogia con assiomi corrispondenti della logica modale, sostituendo all'operatore *obbligatorio* (O) l'operatore *necessario* (\Box) e a permesso (P) l'operatore *possibile* (\Diamond). Una considerazione a parte deve essere fatta per l'assioma D3, in quanto l'operatore M può essere interpretato come esprimente una proprietà dell'azione (il suo poter essere compiuta) oppure come una relazione tra l'agente - tra ogni agente sottoposto all'obbligo di compiere un'azione - e l'azione stessa (la possibilità da parte dell'agente di compiere l'azione), oppure esso stesso come un'espressione della modalità della possibilità. In quest'ultimo caso, la riformulazione in termini modali dell'assioma D3 sarebbe identica a quella di D4 e i significati di possibilità di un'azione intesa come sua fattibilità e di permissibilità risulterebbero riuniti nella nozione modale di possibilità. Ciò apparirebbe del resto coerente con l'intuizione per la quale la permissibilità di un'azione sarebbe una forma di possibilità e

¹⁰ Si vedano in particolare, per l'argomento del *regret*, Bernard Williams, *Ethical Consistency* da *Problem of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, Cambridge 1973, pp. 166-86, per l'argomento dell'incommensurabilità, Thomas Nagel, *The Fragmentation of Value*, da *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge 1979, pp. 128-141, per la derivazione di conflitti tra obblighi da un unico principio morale, vedi Ruth Barclan Marcus, *Moral Dilemmas and Consistency*, in "The Journal of Philosophy" 77 (1980), pp. 121-136, per la distinzione tra obblighi *prima facie* e *all things considered* David Ross, *The Right and the Good*, Oxford University Press, pp. 16-34; 41-42, per l'idea che i conflitti tra obblighi precedano l'esame critico di questi ultimi, Richard Marvin Hare, *Moral Thinking*, Oxford University Press, 1981 pp. 25-62, per la nozione di *obbligo di fare la cosa migliore*, Philippa Foot, *Moral Realism and Moral Dilemmas*, in "The Journal of Philosophy" 80 (1983), pp. 379-98. Per la tesi dell'opposizione tra conflitti tra obblighi e realismo morale, si veda ancora Bernard Williams, *Ethical Consistency*, cit., criticato in Philippa Foot, *Moral Realism and Moral Dilemma*, cit. Ora tutti in Christopher W. Gowans, *Moral Dilemmas*, 1987 cit.. Una prospettiva che connette i dilemmi morali non solo a conflitti di natura valoriale o incompatibilità tra le prescrizioni di norme, ma all'opposizione tra diverse ragioni per agire, tutte ritenute valide da un soggetto, che proprio per questo si trova vede messa drammaticamente in questione la proprio identità di agente morale, si veda Carla Bagnoli, *Dilemmi morali*, De Ferrari, Genova 2006. Una negazione della possibilità del conflitto tra principi morali fondata su considerazioni logiche si trova in Donald Davidson, *How is Weakness of Will Possible?*, in Joel Feinberg (ed by) *Moral Concepts*, Oxford University Press, Oxford 1970; contro il quale argomenta Damiano Canale sostenendo che il requisito di coerenza riguardi le teorie morali e non le "moral positive". Riprendendo Thomas Nagel, Canale sostiene che queste ultime ammettano "punti ciechi" nei quali non possono fungere da guida alla deliberazione e riprendendo Alasdair McIntyre, che non siano assimilabili a sistemi deduttivi, per la natura aperta dell'insieme delle loro premesse Vedi Damiano Canale, *Conflitti pratici*, Laterza Bari 2017, pp. 51-52, Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 127, Alasdair McIntyre, *Moral Dilemmas*, in "Philosophy and Phenomenological Research," Supplementary Volumes L, 1990, pp. 372-373.

specificamente la *possibilità morale* dell'azione. Analogamente, l'obbligo morale costituirebbe una *necessità morale* esplicantesi secondo le medesime regole di coerenza e di inferenza della necessità modale. In tale quadro interpretativo, così come l'affermazione della necessità di una certa proposizione sarebbe ovviamente in contraddizione con l'affermazione della necessità della sua negazione, così l'affermazione di un obbligo sarebbe in contraddizione con l'affermazione dell'obbligo opposto.

Rispetto alla maggior parte dei temi della discussione sui conflitti tra obblighi morali non intendo di seguito prendere posizione. In particolare, non intendo prendere posizione circa l'esistenza o l'inesistenza di tali conflitti. Ciò richiederebbe la scelta, esplicita o implicita, di una teoria morale, o di un insieme di principi, dai quali si possa dire che tali conflitti derivano o meno, o al minimo la diretta indicazione di obblighi contraddittori e non ordinabili gerarchicamente. Nemmeno intendo prendere posizione circa la questione se il sentimento del *regret* possa essere ritenuto indicativo di un autentico conflitto morale. Non intendo neppure sostenere una particolare teoria metaetica, prendere posizione riguardo al cognitivismo e al non-cognitivismo etico. Mi limiterò invece a sostenere che, nell'ambito di una specifica interpretazione della nozione di obbligo morale, è possibile ammettere conflitti tra obblighi senza che ciò implichi una contraddizione logica nella teoria morale che li prevede. Da ciò segue anche, per altro, che, essendo possibile descrivere un insieme di obblighi, anche contraddittori, in termini vero-funzionali, i conflitti tra obblighi non costituiscano un'obiezione a una concezione cognitivista dell'etica, senza però che ciò implichi la correttezza di questo punto di vista. Questa tesi relativa agli obblighi morali può essere generalizzata ad ogni *descrizione* di un codice normativo. La descrizione di un codice contenente conflitti tra obblighi non contiene di per sé nessuna contraddizione e la non contraddittorietà di una teoria morale che implichi conflitti tra obblighi morali può essere intesa come un caso particolare di questa regola generale.

1.1.1 – Conflitti tra obblighi morali

L'idea centrale a sostegno della coerenza logica di teorie che prevedano conflitti tra obblighi è che tutti gli obblighi debbano essere intesi come condizionali al verificarsi di determinati stati di cose del mondo. Ogni $O(a)$ dovrebbe cioè essere inteso come forma abbreviata di "Obbligatorio a, dato X" o $X/O(a)$, dove X è una proposizione atomica, o una congiunzione di proposizioni atomiche, sul *mondo*. In questa interpretazione di $O(a)$ possono

rientrare a pieno titolo anche gli obblighi categorici, validi in ogni situazione: è sufficiente intendere che abbiamo come condizione antecedente una tautologia. Sebbene X possa essere una congiunzione di più proposizioni atomiche essa deve essere considerata come una condizione indivisibile della proposizione prescrittiva, nel senso che nessuna sua parte potrebbe essere intesa come condizione dell'obbligo se non in congiunzione con le altre. Gli obblighi condizionali possono essere considerati come diretta conseguenza di principi morali, cioè come conclusioni di inferenze della forma $P \rightarrow X/O(a)$, dove P è un principio morale. Oppure, gli obblighi possono essere considerati come conclusioni di sillogismi pratici, aventi per premesse un principio morale e una condizione fattuale, nella forma $P \wedge X \rightarrow O(a)$.

Si richiede poi che *una medesima condizione fattuale antecedente* non sia collegata a obblighi conflittuali. In questo modo, dato X, tutti gli assiomi deontici D1-D5 possono essere accettati senza generare contraddizioni. Invece, è ammissibile che condizioni antecedenti distinte e logicamente indipendenti, X e Y, quando X non implichi Y né $\neg Y$, generino obblighi conflittuali¹¹, e ciò non genererà contraddizioni se si sarà disposti ad abbandonare alcuni assiomi deontici relativamente ai rapporti tra tali obblighi: in particolare, l'assioma del permesso e il principio "dovere implica potere". L'abbandono di tali assiomi apparirà giustificato precisamente dall'implausibilità delle inferenze che ne deriverebbero: si tratta di un'applicazione alla logica deontica dell'equilibrio riflessivo tra regole inferenziali e inferenze¹².

Per rendersi conto di come assioma del permesso e principio del "dovere implica potere" generino inferenze implausibili, se applicati ad obblighi dipendenti da condizioni fattuali indipendenti, è utile un confronto condizionali del tipo "se X allora A". Una tale

¹¹Situazioni di questo tipo sono definite come *paranomie* da Amedeo Giovanni Conti. Una paranomia è distinta per Conte da un'antinomia proprio dal fatto che le norme che la costituiscono sono logicamente compatibili, ma in una qualche circostanza di fatto, il rispetto di una di esse comporta la violazione dell'altra. Vedi Amedeo Giovanni Conti, *Codici deontici*, in *Intorno al "codice*, La Nuova Italia, Firenze 1975, pp.13-25, Ib, *Parerga leibniziana*, in Costantino Ciampi, Enrico Maretti, Antonio Anselmo Martino *Logica, informatica, diritto*, tomo I, Le Monnier, Firenze 1978, pp. 217-255, Confronta inoltre Georg H.von Wright, *An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action*, North Holland, Amsterdam 1968

¹² Si veda Nelson Goodman, *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge 1983, trad. it. *Fatti, ipotesi e previsioni*, Laterza, Bari 1985, p. 171: "I principi di inferenza deduttiva sono giustificati in base alla loro conformità alla pratica deduttiva accertata. La loro validità dipende dall'accordo con le particolari inferenze deduttive che in effetti produciamo e approviamo. Se una regola produce inferenze inaccettabili, la cancelliamo considerandola invalida. La giustificazione delle regole generali riposa perciò su verdetti con i quali respingiamo o accettiamo singole inferenze deduttive". Tale equilibrio riflessivo, prenderà in considerazione diverse possibilità di modificare gli assiomi deontici in rapporto alle inferenze deontiche da essi prodotti. Esso dovrà dunque essere un "wide reflective equilibrium" in senso rawlsiano solo relativamente a teorie morali che permettano di assegnare un significato etico alle conclusioni di inferenze problematiche.

proposizione è certamente in contraddizione con l'affermare "se X allora $\neg A$ ", mentre non vi è contraddizione tra l'affermare "se X allora A" e "se Y allora $\neg A$ ", qualora X e Y siano condizioni indipendenti (e come A siano affermazioni circa stati di cose del mondo). Poiché (A e $\neg A$) è una contraddizione, i due condizionali implicheranno ($\neg X \vee \neg Y$). Si tratta di un'inferenza plausibile che applica la comune regola inferenziale del *modus tollens*. Ci chiediamo se sia possibile, in analogia con questa inferenza, sostenere che due obblighi condizionali conflittuali implichino la falsità di una o dell'altra delle loro condizioni, ovvero dei principi morali che li implicano o delle condizioni fattuali che sono occasione dell'applicazione di questi principi.

Supponiamo dunque che valgano

$$1) P1 \wedge X \rightarrow O(a)$$

e

$$2) P2 \wedge Y \rightarrow O(\neg a)$$

Allora

$$3) P1 \wedge P2 \rightarrow O(a) \wedge O(\neg a)$$

e quindi, per il principio di aggregazione,

$$4) (P1 \wedge P2) \wedge (X \wedge Y) \rightarrow O(a \wedge \neg a)$$

Ora, in primo luogo $O(\neg a) \rightarrow \neg P(a)$, mentre $O(a) \rightarrow P(a)$, per il principio del permesso. Poiché $P(a)$ e $\neg P(a)$ sono contraddittorie, dovrebbe valere $\neg(O(a) \wedge O(\neg a))$. In secondo luogo, poiché $\neg M(a \wedge \neg a)$ (è impossibile che qualcuno tenga la linea di condotta a $\wedge \neg a$), si avrà per il principio "dovere implica potere", $\neg O(a \wedge \neg a)$. Applicando il *modus tollens*, si avrebbe allora

$$((P1 \wedge P2) \wedge (X \wedge Y) \rightarrow O(a) \wedge O(\neg a)) \wedge \neg(O(a) \wedge O(\neg a)) \rightarrow \neg(P1 \wedge P2 \wedge X \wedge Y)$$

e anche

$$((P1 \wedge P2) \wedge (X \wedge Y) \rightarrow (O(a \wedge \neg a) \wedge \neg O(a \wedge \neg a))) \rightarrow \neg(P1 \wedge P2 \wedge X \wedge Y),$$

Da $\neg(P1 \wedge P2 \wedge X \wedge Y)$ segue

$$5) (\neg P1 \vee \neg P2) \vee (\neg X \vee \neg Y)$$

Si avranno dunque le seguenti due implicazioni

$$6) P1 \wedge P2 \rightarrow \neg X \vee \neg Y$$

e

7) $X \wedge Y \rightarrow \neg P1 \vee \neg P2$

L'inferenza 6) sembra implausibile. La ragione di ciò può essere attribuita all'eterogeneità tra principi morali e condizioni di fatto. Non è infatti chiaro come, dalla validità di un insieme di principi morali, si possa inferire il non verificarsi di almeno una circostanza di fatto. Sempre per questa eterogeneità tra principi morali e condizioni fattuali, appare implausibile anche l'inferenza 7). Perché la congiunzione di alcune circostanze di fatto dovrebbe implicare l'invalidità di almeno un principio morale? L'implicazione apparirebbe plausibile nel caso il sistema morale includesse un'ulteriore premessa circa le condizioni fattuali per l'applicazione dei principi P1 e P2, perché in tal caso il verificarsi della circostanza Y potrebbe rendere P1 non vigente (e dunque l'essere in vigore di P1 implicherebbe per converso il non verificarsi di Y) e il verificarsi della circostanza X potrebbe rendere non vigente P2 (e dunque l'essere in vigore di P2 implicherebbe per converso il non verificarsi di X), ma l'ipotesi è che nelle circostanze X e Y i principi P1 e P2 *implichino*, rispettivamente, a e $\neg a$, ed è possibile immaginare teorie morali nelle quali un principio valga in una qualche circostanza indipendentemente dalle variazioni di tutte le altre circostanze. L'inferenza 7) dovrebbe allora far concludere che una simile circostanza fattuale sia necessariamente definita in modo tale da non poter accadere in concomitanza con un'altra circostanza nella quale valga un principio che avrebbe conseguenze conflittuali con quelle del primo. La circostanza X, per esempio, potrebbe essere definita dalla congiunzione di una certa descrizione di stati di cose con $\neg Y$ (oppure Y potrebbe essere definita da una serie di descrizioni di stato congiunte a $\neg X$). Non vi è nessuna necessità logica, tuttavia, per la quale una teoria morale dovrebbe specificare così le condizioni di applicazione fattuale di un principio.

Supponiamo che, all'interno di una certa teoria morale Tm1 i principi morali P1 e P2 siano giustificati, per esempio sulla base di un principio morale superiore P0. I principi prescrivono inderogabilmente, rispettivamente, la condotta a nella circostanza X e la condotta $\neg a$ nella circostanza Y. Ora *se* P0 è una ragione sufficiente per adottare i principi P1 e P2, non si vede come la concomitanza delle circostanze di fatto X e Y possa di per sé invalidare questa ragione, rendendo P1 o P2 invalidi. Se P0, viceversa, non è una ragione sufficiente per P1 o per P2 (o per entrambi), fin dall'inizio non vi sono ragioni per accettare entrambi questi principi, ma, ancora una volta, la concomitanza di X e Y è irrilevante. Si noti che affermare che, nella circostanza $X \wedge Y$ uno dei due principi dovrebbe prevalere sull'altro

equivarrebbe in realtà a *sostituire* uno dei due principi. Infatti, P1 e P2 prescrivono inderogabilmente, rispettivamente nelle circostanze X e Y, a e $\neg a$. Affermare, per esempio, che nella circostanza $X \wedge Y$ l'obbligo di a prevale sull'obbligo di $\neg a$, equivale allora a sostituire il principio P2 che prescrive a ogni volta che si verifica X, con un altro principio, che prescrive di compiere a ogni volta che si verifica X, a meno che non si verifichi anche Y. La sostituzione o la semplice rinuncia a uno dei due principi morali comporta quindi anche la sostituzione della teoria morale Tm1, caratterizzata dal vigore di un certo insieme di principi con un'altra teoria morale, Tm2, caratterizzata dal vigore di un altro insieme di principi.

Ammessa l'implausibilità delle inferenze 6 e 7, è possibile eliminarle adottando tre strategie alternative: 1) l'abbandono della regola inferenziale del *modus tollens*, 2) l'abbandono dell'assioma del permesso e del principio di aggregazione, 3) l'abbandono dell'assioma del permesso e del principio "dovere implica potere".

La prima strategia permette di bloccare il processo inferenziale prima di aver raggiunto la proposizione 5, ma il suo costo appare esorbitante. Il *modus tollens* si applica alle inferenze normative semplicemente in virtù della loro forma inferenziale: se nella proposizione 4 sostituiamo al contenuto delle parentesi e alla conseguenza deontica nomi generici di proposizioni, otteniamo l'inferenza $A \wedge B \rightarrow C$, e se ad essa aggiungiamo $\neg C$, ne segue ancora $\neg(A \wedge B)$. Per invalidare il *modus tollens* in riferimento alle inferenze normative, pertanto, sembrerebbe necessario fare altrettanto in riferimento a tutte le inferenze.

Assioma del permesso, principio di aggregazione e principio "dovere implica potere" sono condizioni d'uso degli operatori deontici. Sostituendo questi operatori con altri operatori, o anche scambiandoli tra di loro, si otterrebbero assiomi la cui interpretazione semantica sarebbe molto diversa rispetto a quella degli originali e che spesso risulterebbero meno plausibili di questi ultimi. Per esempio, invertendo gli operatori "O" e "P" si otterrebbe l'assioma $P(a) \rightarrow O(a)$, che generalmente sarebbe ritenuto invalido in quanto il permesso di una certa linea di condotta non sembra implicarne l'obbligatorietà. Sostituendo l'operatore P ad O nel principio di aggregazione si ottiene $P(a) \wedge P(b) \rightarrow P(a \wedge b)$, che esclude la possibilità che pur essendo a e b separatamente permessi non lo siano congiuntamente. L'assioma $P(a) \rightarrow M(a)$, sarebbe un principio "permesso implica potere" ben diverso, e forse meno plausibile, da "dovere implica potere". In ogni caso, l'accettazione di un assioma del primo gruppo non implicherebbe quella del corrispondente assioma del secondo gruppo, e

viceversa. In generale, sostituendo gli operatori deontici operatori generici, i tre assiomi non risulterebbero intuitivamente validi *per la loro forma*, indipendentemente dall'interpretazione semantica dell'operatore. Un enunciato del tipo “ $*a \rightarrow +a$ ”, cioè, non è colto come principio inferenziale valido (o invalido) se il significato degli operatori $*$ e $+$ non è almeno parzialmente specificato. Ciò garantisce la possibilità che l'abbandono degli assiomi D1, D3 e D4 riguardi solo l'ambito della logica deontica, senza richiedere modifiche di principi inferenziali più generali.

La scelta si restringe dunque alla seconda e alla terza strategia, e poiché esse condividono la rinuncia all'assioma del permesso, a quella tra la rinuncia al principio di aggregazione e la rinuncia al principio “dovere implica potere”.

Sarebbe possibile negare che la congiunzione dell'obbligo di a e dell'obbligo di b implichi l'obbligo della congiunzione di a e b , per esempio affermando che in alcuni casi, come quello di obblighi contraddittori, ad essere implicata sarebbe la *disgiunzione* dei due obblighi. Ciò basterebbe a garantire che non si producano obblighi impossibili del tipo $O(a \wedge \neg a)$, in violazione del principio “dovere implica potere”. In generale non è chiaro tuttavia come, in assenza dell'obbligo di compiere *entrambe* le azioni a e b , si possa ritenere che continuino a sussistere l'obbligo di compiere a e quello di compiere b .

L'abbandono congiunto dell'assioma del permesso e del principio “dovere implica potere” potrebbe essere interpretato semanticamente come una tesi sulla natura degli obblighi morali: *che essi possano riguardare condotte vietate e condotte impossibili*. Riguardando le caratteristiche degli obblighi che potrebbero essere prescritti da una teoria morale, questa sarebbe una tesi sulla corretta teoria morale. Essa potrebbe essere sostenuta affermando:

- 1) che la corretta teoria morale include obblighi inderogabili;
- 2) che sono ipotizzabili combinazioni di circostanze, che potremmo definire *tragiche* in relazione alla quale valgono obblighi inderogabili conflittuali, o obblighi inderogabili a comportamenti impossibili.

Questa tesi, sia essa corretta o scorretta, non è tuttavia scartabile in base a mere considerazioni logiche, proprio perché equivale al rigetto di due regole inferenziali deontiche e in generale una tesi sull'ammissione o sul rifiuto di una regola di inferenza logica (non derivata da altre regole) non potrà essere argomentata su base logica. D'altro canto, il fatto che la terza strategia possa essere compresa come una tesi sulla corretta teoria morale sembra rendere il suo costo inferiore a quello della prima e della seconda strategia: da un lato, a

differenza della prima strategia essa non elimina una regola inferenziale di validità generale, come il *modus tollens*, dall'altro, a differenza della seconda, è compatibile con le comuni condizioni d'uso del termine "obbligo".

Essa è sufficiente a rendere non contraddittorie le conseguenze dell'applicazione ai rapporti tra gli obblighi conflittuali del principio di aggregazione, dell'obbligatorietà delle conseguenze logiche di ciò che è obbligatorio, e della proibizione della linea di condotta opposta a quella obbligatoria (assiomi D1, D2 e D5).

Supponiamo infatti che valgano gli obblighi $O(a)$ e $O(b)$, con $b \rightarrow \neg a$. Allora, per D2 (obbligatorietà delle conseguenze logiche di ciò che è obbligatorio), varrà anche $O(\neg a)$. Da $O(a)$ e $O(\neg a)$ seguirà, per D1 (principio di aggregazione) $O(a \wedge \neg a)$. Il contenuto di tale obbligo è una linea di condotta impossibile, ma se si rifiuta il principio "dovere implica potere", $M(a \wedge \neg a)$ non è una condizione necessaria perché valga $O(a \wedge \neg a)$. Inoltre, supponiamo che valgano $O(a)$ e $O(\neg a)$, si avrà allora, per D5, che $O(\neg a) \rightarrow \neg P(a)$ (e $O(a) \rightarrow \neg P(\neg a)$), ma se si rifiuta l'assioma del permesso, $P(a)$ non è una condizione necessaria per $O(a)$ e $P(\neg a)$ non è una condizione necessaria per $O(\neg a)$.

Si può invece sostenere che sarebbe contraddittoria una teoria morale per la quale una stessa condizione fattuale fosse collegata da uno principio o da un insieme di principi a obblighi conflittuali. Ciò equivarrebbe ad affermare che un principio morale avrebbe come conseguenza che in una certa circostanza sarebbe obbligatorio tenere la linea di condotta a e la linea di condotta $\neg a$. Ricordo che la circostanza in questione sarebbe descritta, secondo quanto ho assunto, da una proposizione atomica, o da una congiunzione di proposizioni atomiche nessuna delle quali, presa isolatamente, sarebbe collegata dal principio o dai principi ai due obblighi (altrimenti i due obblighi dipenderebbero da una *concomitanza* di circostanze). Pertanto, non si potrebbe spiegare la compresenza degli obblighi conflittuali connettendo a una circostanza l'obbligo di compiere un'azione e a un'altra circostanza l'obbligo di ometterla, e alla congiunzione la congiunzione dei due obblighi. La circostanza nella sua interezza sarebbe dunque, in base al principio o ai principi, una condizione necessaria e sufficiente per il conseguire di ognuno dei due obblighi dal principio morale e non si potrebbe immaginare una circostanza modificata verificandosi la quale dal principio o dai principi seguirebbe solo l'obbligo dell'azione o solo l'obbligo dell'omissione. Esempi di implicazioni di due obblighi conflittuali da una singola circostanza potrebbero essere: "se un

uomo è in pericolo di vita è moralmente obbligatorio aiutarlo e non aiutarlo”, “se si trova un oggetto smarrito è moralmente obbligatorio restituirlo e non restituirlo”, “se tua madre è malata è moralmente obbligatorio assisterla o non assisterla”, “se il tuo paese è stato invaso è moralmente obbligatorio combattere gli invasori e non combatterli”, “se si ha talento per la musica è moralmente obbligatorio dedicarsi alla musica e rinunciare alla musica”.

Sembra difficile immaginare un singolo principio che giustifichi implicazioni di questo tipo, mentre potrebbero svolgere questo ruolo principi distinti privi di eccezioni. Per esempio i principi “rispetta la proprietà” e “punisci i distratti” potrebbero giustificare l’implicazione “se si trova un oggetto smarrito è moralmente obbligatorio restituirlo e non restituirlo”. Teorie morali che colleghino principi *distinti*, in una medesima circostanza fattuale, a obblighi conflittuali, potrebbero essere considerati non contraddittori, in quanto in quanto i principi morali in questione sarebbero logicamente indipendenti tra loro e dalla circostanza fattuale. Tuttavia, la congiunzione dei due principi avrebbe come conseguenza la prescrizione di obblighi conflittuali in una certa circostanza fattuale, per cui, al verificarsi di tale circostanza, sarebbe comunque impossibile adempiere a tutti i propri obblighi morali. Una condizione di coerenza delle teorie morali più stringenti richiederebbe che obblighi conflittuali non dipendano da una singola circostanza fattuale (ma soltanto, eventualmente, da due circostanze fattuali distinte, da ognuna delle quali dipenda, in congiunzione a uno o più principi, uno dei due obblighi)

Non è nemmeno chiaro come un principio morale potrebbe avere come conseguenze proposizioni che affermino che, data una certa circostanza, sarebbe in vigore un certo obbligo se, data quella stessa circostanza, tale obbligo fosse impossibile da soddisfare. Potrebbe però esistere un sistema morale che prevedesse l’obbligo incondizionato, non dipendente da nessuna circostanza, di compiere certe azioni, pur prescrivendo l’impossibile in certe circostanze, non sembra che tale sistema dovrebbe essere considerato contraddittorio: la corretta teoria morale, infatti, potrebbe prescrivere obblighi impossibili da soddisfare in alcune circostanze. Diverso sarebbe il caso di una teoria che facesse dipendere tali obblighi, proprio dal verificarsi di tali circostanze.

Se si ammettono il principio “dovere implica potere” e l’assioma del permesso in riferimento alle conseguenze di principi morali *data una determinata circostanza fattuale*, si può formulare un principio generale circa la corretta teoria morale, in base al quale

Se un insieme (anche unitario) di principi morali prescrive, in una medesima situazione possibile, due linee di condotta incompatibili, esso non può far parte della corretta teoria morale. Ciò vale anche se l'insieme di principi morali prescrive, in ogni occorrenza di una certa circostanza fattuale, ma non in ogni altra circostanza, una linea di condotta che quella stessa circostanza rende impossibile.

La plausibilità di una siffatta condizione di coerenza delle teorie morali, che incorpori la distinzione tra il caso di obblighi dipendenti da condizioni fattuali logicamente distinte e il caso di obblighi conflittuali dipendenti da una stessa condizione fattuale, può essere colta mediante un'interpretazione del concetto di obbligo in termini di mondi possibili. Dato un insieme di mondi possibili W , una relazione di accessibilità A e due mondi i e j inclusi in W , stabiliamo che si avrà Aij se e solo se in j sarà vero tutto ciò che è obbligatorio in i . Allora, affermare che in un mondo i valgono due obblighi non compostibili ad a e $\neg a$, e dunque, per il principio di aggregazione, l’obbligo impossibile di una contraddizione, equivale ad affermare che per i non esiste nessun mondo possibile j incluso in W con il quale valga la relazione A . Allo stesso modo, affermare che in i si verifichi una certa circostanza che renda impossibile assolvere un obbligo valido in i significa affermare che la relazione A non valga con nessuno mondo possibile nella quale si verifichi la circostanza in questione, e permanga la sua incompatibilità con l'assolvimento dell'obbligo. La relazione non vale ovviamente nemmeno con i , che è un mondo incluso in W . In generale, A non è una relazione riflessiva, dato che nel mondo i potrebbero non essere rispettati alcuni degli obblighi che vi valgono anche se fra questi non vi fossero obblighi conflittuali o obblighi a contraddizioni. Nel caso di obblighi a contraddizioni, però, la relazione Aii non vale per nessun mondo possibile i in cui valgano, e inoltre per nessun mondo possibile i in cui valgano esiste un mondo possibile j per cui valga Aij . Allo stesso modo, la relazione Aii non vale per nessun mondo possibile in cui valga l'obbligo di compiere un'azione impossibile in base a una certa caratteristica (o stato di cose incluso nella descrizione) di quel mondo, e per nessun mondo possibile i da una

cui caratteristica dipenda l'impossibilità di assolvere un certo obbligo valido esiste un mondo possibile j che abbia quella caratteristica e nel quale essa sia collegata a quell'impossibilità per cui valga A_{ij} .

Comunque la relazione di accessibilità A sia definita, essa non permetterà l'accesso a mondi nei quali è soddisfatto l'obbligo a una contraddizione, dato che non esistono mondi possibili nei quali si verificano stati di cose contraddittori. Supponendo che in un mondo i valga un obbligo non soddisfacibile per via delle leggi fisiche del mondo e che la relazione A permetta l'accesso a mondi possibili con differenti leggi fisiche, si potrà avere una relazione A_{ij} con un mondo possibile j nel quale l'obbligo j è rispettato. Allo stesso modo, se gli obblighi di un insieme di obblighi valido in un mondo i risultano non composibili in i a motivo delle leggi fisiche di i , e A è definita in modo da rendere accessibili mondi con leggi fisiche differenti, esisterà un mondo possibile j per il quale varrà A_{ij} . Invece, per quanto ampia sia la relazione di accessibilità A , essa non varrà per un mondo nel quale valga l'obbligo a una contraddizione, dato che in nessun mondo possibile una contraddizione è vera: nessuna relazione di accessibilità permette l'accesso a mondi logicamente contraddittori.¹³ Allo stesso modo, in nessun mondo possibile sarà vero ciò che in quel mondo è impossibile. Quindi, data una certa circostanza, in ogni mondo possibile in cui essa si verifichi e sia connessa con l'impossibilità di una linea di condotta, l'obbligo di tale linea di condotta non sarà assolvibile. L'obbligo alla contraddizione tuttavia, varrà nel mondo i , secondo la nostra ricostruzione, in virtù dell'applicazione del principio di aggregazione agli obblighi ad a e a $\neg a$, i quali a loro volta varranno in modo condizionale a condizioni fattuali X e Y . Se consideriamo allora un insieme di mondi possibili W^* e in esso un mondo possibile i^* nel quale X e Y non si verifichino congiuntamente, W^* (quindi per ogni mondo possibile in cui non si verifichino né X né Y e per ogni mondo in cui si verifichi X ma non Y o viceversa) potrà includere mondi possibili j^* per i quali valga la relazione $A_{i^*j^*}$. In altri termini, se dai principi morali individuati dalla corretta teoria morale derivano obblighi conflittuali condizionali rispetto a circostanze di fatto indipendenti allora esiste comunque un mondo possibile i dal quale è accessibile un mondo possibile j nel quale tutto ciò che è obbligatorio in i è vero. Per contro, se un principio morale, o un insieme di principi morali, determinasse obblighi conflittuali condizionati al verificarsi di una stessa circostanza X , non esisterebbe nessun mondo possibile nel quale se valesse uno dei due obblighi conflittuali,

¹³ Da un mondo possibile i in cui valgano $O(a)$ e $O(b)$ e $b \rightarrow \neg a$, potrebbe tuttavia essere accessibile un mondo possibile in cui siano veri sia a che b qualora l'implicazione $b \rightarrow \neg a$ non fosse vera in tutti i mondi possibili.

non varrebbe anche l'altro. Quindi, per qualsiasi insieme W^* di mondi possibili, e per qualsiasi mondo i^* incluso in W nel quale sia vera X , non esisterà nessun mondo possibile j^* per il quale valga la relazione $A_{i^*j^*}$. Allo stesso modo, se in un mondo i^* valesse l'obbligo di tenere una certa linea di condotta in qualunque circostanza, e si verificasse una circostanza nella quale la linea di condotta fosse impossibile, in un mondo possibile j^* nel quale la circostanza non si verificasse l'obbligo sarebbe assolvibile (anche qualora, verificandosi, la circostanza rendesse l'obbligo impossibile da assolvere) e varrebbe dunque la relazione $A_{i^*j^*}$. Se però l'obbligo *dipendesse* dal verificarsi della circostanza, in nessun mondo possibile nel quale valesse la connessione tra circostanza e impossibilità di assolvere l'obbligo j^* sarebbero assolvibili tutti gli obblighi validi in i^* e dunque con nessun di tali mondi varrebbe $A_{i^*j^*}$. Gli sarebbero assolvibili, e la relazione varrebbe, con il più ristretto insieme di mondi possibili nei quali la connessione tra circostanza e impossibilità non valesse. Se però tale connessione fosse di natura *logica* (come per esempio, la relazione tra la circostanza di essere sposati e l'impossibilità di assolvere l'obbligo di contrarre matrimonio per la prima volta), l'insieme di tali mondi possibili sarebbe vuoto e la relazione $A_{i^*j^*}$ non varrebbe per nessun j^* .

Su questa base è possibile formulare una condizione di coerenza per un insieme di principi morali. Supponiamo che "O" sia l'insieme di tutti gli obblighi che *possono* conseguire da un insieme di principi morali, avendo come condizione il verificarsi di certe circostanze fattuali. Definiamo inoltre "sottoinsieme massimale" di "O" un sottoinsieme di "O" che contenga il massimo numero possibile di obblighi appartenenti ad "O" tra loro non conflittuali. Allora, un insieme di principi morali P è consistente se e solo se dato un insieme W di mondi possibili, una relazione A che consenta l'accesso da un mondo possibile in cui si verifica una circostanza fattuale che è condizione della validità di un obbligo ad un mondo possibile in cui tale circostanza fattuale non si verifica e un mondo possibile i nel quale vale un *qualsiasi* sottoinsieme massimale dell'insieme O derivato da P, esiste almeno un mondo possibile j incluso in W tale che A_{ij} , cioè tale che in esso tutto ciò che è obbligatorio in i è vero. Questa condizione è soddisfatta per sistemi di principi che colleghino obblighi conflittuali a condizioni fattuali distinte e indipendenti, ma non da sistemi di principi che colleghino obblighi conflittuali a una stessa condizione fattuale. In tutti i mondi possibili i^* nei quali tale condizione si verificasse e in cui valesse anche un sottoinsieme massimale di

“O”, infatti, varrebbe anche un obbligo conflittuale con uno degli obblighi di questo sottoinsieme. Pertanto, in nessun mondo possibile j^* sarebbe vero tutto ciò che sarebbe obbligatorio nei mondi possibili i^* .¹⁴

Allo stesso modo, se nel sottoinsieme massimale degli obblighi validi in un certo mondo i fosse incluso l'obbligo di tenere una certa linea di condotta dato il verificarsi di una certa circostanza e tale circostanza rendesse impossibile in i tale linea di condotta, allora A_{ij} varrebbe solo per mondi possibili nei quali non valesse la relazione tra circostanza e impossibilità di assolvere l'obbligo e, se tale necessità fosse logica, per *nessun* mondo possibile. Anche una teoria morale che prescrivesse di tenere una certa linea di condotta posto che si verifici una circostanza tale da rendere tale linea di condotta impossibile, quindi, dovrebbe, secondo il criterio qui proposto, essere considerata contraddittoria.

Ciò per quanto riguarda l'imposizione di obblighi conflittuali a un medesimo soggetto, ma che cosa comporta l'imposizione di obblighi conflittuali a soggetti distinti? L'imposizione, per esempio, dell'obbligo di cantare ad un soggetto (o a una classe di soggetti) X e dell'obbligo di non cantare a un soggetto (o a una classe di soggetti) Y non creerebbe alcun conflitto, dato che entrambi gli obblighi potrebbero essere soddisfatti dai loro titolari senza interferenze reciproche. Il fatto che X compia una certa azione (appartenente a uno certo *type*) non impedirà a Y di omettere quella stessa azione (di non commettere alcuna azione di quel *type*). Soltanto obblighi che includano specificazioni spaziotemporali, riguardanti dunque *token* determinati dell'azione, possono entrare in conflitto, nel caso in cui l'azione di un agente X renda impossibile ad un altro agente Y non compiere a sua volta la stessa azione. Se si ritiene (o si stipula) che una condizione di possibilità per l'omissione di un'azione sia la possibilità di compierla, a quest'ultimo caso dovrebbe inoltre aggiungersi quello in cui l'azione di X renda impossibile a Y compiere la

¹⁴ Questa proposta è una variazione di quella avanzata da Ruth Barcan Marcus in *Moral Dilemmas and Consistency*, pp 194-99, in C. W. Gowans *Moral Dilemmas*, 1987 cit.: “we can define a set of rules as consistent if there is some possible world in which they are all obeyable in all circumstances in that world”.

Il problema di questa formulazione mi sembra risiedere nel fatto che porterebbe ad ammettere o la coerenza di insiemi di regole che ne includano una della forma “Se si verifica X allora fai a e $\neg a$ ” o l'incoerenza di insiemi di regole che ne includano una della forma “Se si verificano congiuntamente X e Y allora fai a e $\neg a$ ”. Infatti: supponiamo di aggiungere a un insieme di regole tra loro coerenti la regola “Se si verificano X e Y allora fai a e non $\neg a$ ”.

La condizione posta da Marcus perché l'insieme delle regole rimanga coerente è che esista un mondo in cui questa regola è “obbedibile”, ma che cosa significa esattamente obbedibile? Una di queste due cose: o esclusivamente fare a e $\neg a$ qualora si verificano le circostanze X e Y o, anche, non fare a e $\neg a$ nel caso in cui non si verificano congiuntamente X e Y. Se a “obbedibile” è attribuito il primo significato, la regola non è obbedibile e l'insieme è inconsistente. Se a “obbedibile” è attribuito il secondo significato, anche la regola “Se si verifica X allora fai a e $\neg a$ ” è obbedibile nel caso in cui non si verifichi X e l'insieme di regole che la include è coerente.

medesima azione.¹⁵ Tuttavia, si può ritenere che l'obbligo giuridico di omettere una determinata azione sia rispettato anche da chi non sia in condizione di compiere tale azione e che l'obbligo di compierla sia rispettato anche da chi non sia in condizione di ometterla. Questa stipulazione è coerente con l'idea che imponendo certi obblighi un legislatore abbia lo scopo di ottenere che ci si comporti in un certo modo. Di fatto, anche chi non compie un'azione perché non può compierla si comporta come presumibilmente il legislatore avrebbe voluto che si comportasse imponendogli l'obbligo di astenersi da quell'azione (e chi compie un'azione perché non può non compierla si comporta come il legislatore avrebbe voluto che si comportasse imponendogli l'obbligo di compierla), e appare quindi legittimo considerare che abbia rispettato il suo obbligo. Pertanto, nel caso a cui a X sia prescritta un'azione e a Y l'omissione di quell'azione, gli unici casi di conflitto di obblighi si avrebbero nei casi in cui l'azione di X renda impossibile l'omissione di Y o l'omissione di Y renda impossibile l'azione di X.

Altri tipi di conflitto insorgerebbero tra obblighi a compiere azioni determinate (diversi *token* di azioni) a vario titolo incompatibili. Si avrebbe per esempio un conflitto tra obblighi (in capo a differenti soggetti) ad azioni definite come determinazioni di stati di cose in regioni spazio-temporali determinate (quindi obblighi a compiere specifici *token* di azioni), qualora questi stati di cose risultassero incompatibili. Per esempio, se a X venisse imposto l'obbligo di distruggere un oggetto, e a Y quello di assicurarsi che rimanga indefinitamente integro, tra le due prescrizioni si genererebbe un conflitto, nel senso che esse non potrebbero essere entrambe soddisfatte. Ancora, conflitti insorgerebbero tra obblighi imputati a individui differenti a compiere la *stessa* azione in uno stesso spazio in uno stesso periodo di tempo. Per esempio, se X avesse l'obbligo di tenere un discorso, in una certa ora di un certo giorno a tutti i presenti in una certa sala e Y avesse a sua volta l'obbligo di tenere un discorso nelle stesse identiche circostanze, ciò genererebbe un conflitto. Quest'ultimo tipo di conflitto non è comunque che un caso particolare di conflitto tra obblighi a compiere azioni che rendano l'una impossibile l'altra. Per esempio, l'obbligo di coltivare un campo sarà incompatibile con l'obbligo di costruirvi un edificio. In generale, l'obbligo di utilizzare una risorsa per uno scopo in modo tale da renderla inutilizzabile per un altro scopo entrerà in conflitto con l'obbligo di utilizzarla per quest'ultimo scopo. utilizzarla e genererà un conflitto.

¹⁵ Georg H. Von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1963, trad. it. *Norma e azione, un'analisi logica*, il Mulino, Bologna 1989, p. 87.

Poniamo che Xa significhi: “l’agente X tiene la linea di condotta a ”, si avrà dunque che affermare che $O(a)$ per un agente X genererà un conflitto con $O(b)$ per un agente Y qualora $b = \neg a$ e $Xa \rightarrow \neg MY \neg a$, qualora $b = a$ e $\neg M(X(a) \wedge Y(a))$, cioè non sia possibile che sia a X che Y compiano a , oppure a disuguale b e $(Yb \rightarrow \neg MXa) \vee (Xa \rightarrow \neg MYb)$, cioè l’esecuzione di b da parte di Y renda impossibile l’esecuzione di a da parte di X o viceversa. In tutti questi casi soddisfacendo il proprio obbligo, almeno uno di due agenti distinti interferirebbe con la soddisfazione del proprio obbligo da parte dell’altro. Pertanto, affermare che vigano entrambi gli obblighi equivarrebbe ad affermare il *dovere* degli agenti di *entrare in conflitto*. Nessuna incoerenza logica sarebbe comunque rilevabile nell’insieme di queste prescrizioni.

1.1.2 _Conflitti tra obblighi in codici giuridici positivi

Se non è possibile ravvisare in un conflitto tra obblighi una contraddizione di natura logica, è tuttavia possibile scorgere in esso una violazione di condizioni di razionalità della scelta, considerando l’imposizione di obblighi come l’atto volontario di un legislatore. Nel rifiuto opposto all’idea della possibilità di conflitti tra obblighi morali dalle filosofie che concepiscono questi ultimi come dettati da un legislatore razionale, divino o trascendentale, si può forse ravvisare l’effetto dell’idea di fondo che tale legislatore non potrebbe, proprio in quanto razionale, formulare prescrizioni tra loro incompatibili.¹⁶ Rimanendo neutrale circa la questione se la morale possa o meno essere concepita come l’opera di un legislatore razionale, intendo tuttavia sostenere che assumendo che quest’ultimo persegua il fine generico di ottenere che si agisca in accordo con i suoi comandi, effettivamente non potrebbe formulare prescrizioni contraddittorie. L’aggettivo *razionale* deve qui essere inteso nel senso della teoria della scelta razionale, e dunque come conformità agli assiomi di quest’ultima. Inoltre, è cruciale la determinazione del fine del legislatore, in quanto in generale le condizioni di razionalità della scelta si applicano in relazione a un fine determinato. Assumiamo perciò, con Von Wright, che “chi dà un ordine vuole che accada il risultato prescritto”¹⁷ e che dunque il legislatore sia guidato nell’assegnazione del carattere deontico dell’obbligatorietà a determinate azioni o omissioni dallo scopo generico di ottenere certi

¹⁶ Si veda per esempio Alan Dogan, *Consistency in Rationalist Moral Systems*, in “The Journal of Philosophy” 81 (1984), pp. 291-309, ora in C.W. Gowans, *Moral Dilemmas*, 1987 cit. .

¹⁷ George H. Von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1963, trad. it. *Norma e azione, Un’analisi logica*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 170.

comportamenti da parte degli agenti, ovvero che certe azioni vengano compiute o omesse: allora egli non dovrebbe imporre obblighi contraddittori a un medesimo agente. Di per sé, invece, l'imposizione di obblighi contraddittori ad agenti diversificati non è in contraddizione con la struttura formale della razionalità della scelta in riferimento al fine generico, ma soltanto, come sosterrò, con possibili fini maggiormente specifici del legislatore. Infatti, un legislatore potrebbe volere che un agente (o una classe di agenti) tenga una certa linea di condotta e che un altro (o un'altra classe) tenga la linea di condotta opposta, e sarebbe allora perfettamente razionale nel comandare ad uno la prima e all'altro la seconda.

Sia l'interpretazione dei comandi come volti a ottenere i risultati prescritti, sia l'applicazione degli operatori deontici a comportamenti sono stipulazioni. Esse sono adeguate a rendere conto dei sistemi normativi, che possono essere interpretati come sistemi di comandi relativi ad azioni e omissioni, volti a ottenere i risultati prescritti, ma non sono tuttavia necessarie, perché i sistemi normativi potrebbero essere interpretati anche in altro modo. In particolare, come sistemi di comandi relativi a stati di cose e volti alla somministrazione di sanzioni. Tuttavia, come sosterrò di seguito, la prima coppia di assunzioni sembra preferibile perché fornisce un'interpretazione dei sistemi giuridici più semplice, più generale e più aderente al modo comune di intenderne gli scopi.

Linee di condotta vs stati di cose

Le azioni e le omissioni possono produrre, preservare, impedire o distruggere stati di cose, tuttavia considerare le prescrizioni come relative ad azioni e omissioni piuttosto che a stati di cose sembra permettere un grado maggiore di generalità, in quanto alcune azioni o omissioni potrebbero non essere connesse di per sé a nessun ulteriore mutamento o conservazione di stati cose (l'unico stato di cose da esse introdotto nel mondo è che una certa azione, per esempio, l'esecuzione di un brano musicale, è stata compiuta, o omessa), mentre la maggior parte dei comandi relativi a stati di cose implicherebbero azioni o omissioni volte a produrre, preservare, impedire o distruggere tali stati di cose. Le uniche eccezioni si avrebbero nei casi in cui uno stato di cose si produca, permanga, non si produca o cessi indipendentemente da ogni azione o omissione umana e in quelli in cui nessuna azione o omissione umana possa produrlo, preservarlo, impedirlo o distruggerlo. Tuttavia anche in questi casi – per altro certamente non frequentemente oggetto di prescrizioni nei codici

giuridici positivi di fatto esistenti - pur non potendo prescrivere il compimento di nessuna azione definita, il comando potrebbe prendere la forma della prescrizione di un'azione o di un'omissione del tipo "produci (non produrre) lo stato di cose s" o "distruggi (non distruggere) lo stato di cose s" o "conserva (non conservare) lo stato di cose s". Comandi di questo tipo potrebbero essere ritenuti privi di senso se si ammettesse che una precondizione logica perché viga un obbligo sia che esista la possibilità di soddisfarlo o di non soddisfarlo. La prima parte di questa condizione è il principio "dovere implica potere" che più sopra ho sostenuto non essere necessariamente valido per i sistemi normativi. Neanche la seconda parte della condizione appare necessariamente valida, perché si può ritenere che gli obblighi in questione siano sempre rispettati. Se un legislatore prescrivesse, per esempio, di "preservare l'azione della forza di gravità", il semplice fatto che la forza di gravità continui ad agire dovrebbe bastare a considerare l'obbligo assolto da ogni agente. Ciò sarebbe in contrasto con un'interpretazione del termine "preservare" come "agire (o non agire) in modo da determinare causalmente il permanere di un certo stato di cose" invece che come "agire in modo che un certo stato di cose non scompaia". Assumendo la prima interpretazione, tuttavia, l'obbligo riguarderebbe la determinazione causale dello stato di cose quanto lo stato di cose stesso e non sarebbe più ritraducibile nella prescrizione di un obbligo avente per argomento il solo stato di cose. A sua volta, dunque, la prescrizione di un obbligo di agire (o non agire) in modo da determinare causalmente un certo stato di cose non potrebbe essere la traduzione in termini di azioni della prescrizione di un obbligo avente per argomento uno stato di cose. La prescrizione del permanere di uno stato di cose avrebbe cioè un significato differente dalla prescrizione della conservazione di tale stato di cose, in quanto quest'ultima, secondo questa interpretazione, richiederebbe all'agente di causare la permanenza dello stato, mentre la prima sarebbe soddisfatta anche se lo stato di cose permanesse indipendentemente da ogni azione dell'agente. L'obbligo di agire in modo da determinare causalmente la permanenza di uno stato di cose che, indipendentemente da questa azione, non potrebbe non permanere, sarebbe inoltre l'obbligo di fare qualcosa di impossibile e non l'obbligo di fare qualcosa di necessario, come invece sarebbe l'obbligo di agire in modo che si preservi lo stato di cose in questione. Se l'obbligo invece non riguardasse l'azione, ma il solo stato di cose che non potrebbe non permanere, sembrerebbe strano pensare che si tratti di un obbligo impossibile da soddisfare (visto che il suo argomento si verificherebbe necessariamente) e più plausibile pensarlo o come privo di senso o come un obbligo che non potrebbe non essere

soddisfatto. L'obbligo di "preservare lo stato di cose a " interpretato come "agire determinando causalmente lo stato di cose a ", in sintesi sarebbe un obbligo diverso dall'obbligo di a , e sarebbe l'obbligo a compiere un'azione.

La presupposizione della soddisfazione dell'obbligo dovrebbe inoltre valere anche per le prescrizioni di agire in modo tale che non si potrebbe agire diversamente (per esempio: la prescrizione di occupare un luogo nello spazio) o di omettere azioni che non si possono compiere (per esempio: la prescrizione di non occupare lo stesso luogo nello spazio occupato da un altro oggetto fisico): tutte dovrebbero essere considerate soddisfatte sempre e universalmente. Ciò perché in tutti i casi gli agenti terrebbero necessariamente una linea di condotta tale da produrre, conservare o distruggere un certo stato di cose, in accordo con la prescrizione del legislatore. L'assenza di un legame causale tra questa linea di condotta e lo stato di cose, o l'inevitabilità della linea di condotta, possono essere considerati irrilevanti, dato che in nessun caso l'agente causerebbe, alla fine di un processo di produzione, conservazione o distruzione, uno stato di cose opposto a quello indicato dal legislatore.

Prescrivendo invece l'impossibile (anziché l'inevitabile), il legislatore introdurrebbe obblighi in violazione dell'assioma "dovere implica potere". I suoi comandi, assegnando questi obblighi, potrebbero essere considerati come rivelatori di preferenze non realizzabili, ma non di un ordinamento delle preferenze inconsistente, quale quello che sarebbe rivelato, come sosterrò, dalla prescrizione di obblighi contraddittori. Correlativamente, i suoi comandi avrebbero comunque un significato definito, a differenza del comando di compiere l'azione (o di determinare lo stato di cose) a e $\neg a$.

Un ulteriore vantaggio dell'interpretazione degli obblighi come riferiti alle condotte è dato dalla possibilità di distinguere tra violazioni intenzionali delle prescrizioni di realizzare o impedire determinati stati di cose e fallimenti nell'assolverle e tra compimento delle azioni o delle omissioni prescritte e semplice verificarsi dei risultati che esse avrebbero potuto conseguire. Se a un agente X , per esempio, è attribuito l'obbligo di "agire in modo da determinare lo stato di cose a ", a può nondimeno non verificarsi sia perché X non ha agito come avrebbe dovuto, sia perché la sua azione ha fallito, per esempio perché sono intervenute circostanze indipendenti dai suoi comportamenti che lo hanno impedito. Si tratta di due casi evidentemente diversi, com'è diverso il caso in cui uno stato di cose a è la conseguenza della condotta di un agente e quello in cui a si produce nonostante il fatto che la condotta dell'agente non fosse atta a produrlo. Invece, se l'argomento dell'obbligo fosse lo

stato di cose a ogni tipo di non conseguimento varrebbe allo stesso modo come violazione, e ogni verificarsi dello stato di cose varrebbe come assolvimento dell'obbligo.

Inoltre, i codici giuridici positivi di fatto prescrivono o proibiscono tipi azioni (per esempio, prescrivono il soccorso in situazioni di emergenza e vietano l'omicidio), collegano ad altre tipologie di azioni ulteriori conseguenze (per esempio, indicano gli obblighi derivanti dalla stipulazione di contratti). Tali norme, se il sistema fosse interpretato come volto a produrre stati di cose, dovrebbero essere reinterpretate: si dovrebbe affermare cioè che esse, pur riferendosi ad azioni e omissioni, prescrivono gli stati di cose che queste azioni e queste omissioni possono determinare. I sistemi giuridici positivi di fatto distinguono anche tra violazioni intenzionali e inintenzionali degli obblighi e tra assolvimento di un obbligo e semplice verificarsi di quella che sarebbe potuta essere una conseguenza di tale assolvimento, e un sistema di obblighi relativi a stati di cose, come si è notato non sembra poter rendere facilmente conto di questa caratteristica.

Ottenere il risultato prescritto vs comminare sanzioni

Pur essendo generico, lo scopo di "ottenere il risultato prescritto" non sussume tutti i possibili scopi di un comando. Se la violazione di un comando è connessa a una sanzione, al comando potrebbe infatti essere attribuito lo scopo che la sanzione venga inflitta. Perfettamente adeguato a questo scopo sarebbe un comando impossibile da eseguire, come pure un insieme di comandi contraddittori. Poiché l'inosservanza o della linea di condotta a o della linea di condotta $\neg a$ è una necessità logica, collegare ad essa, data una circostanza X , l'obbligo di una sanzione equivale a rendere logicamente necessario che, nella circostanza X , viga l'obbligo di infliggere la sanzione (lo stesso può dirsi di un obbligo di compiere a in una circostanza X che renda logicamente impossibile a). Una complicazione apparente si avrebbe nel caso in cui una sanzione più elevata fosse stabilita per la violazione di uno degli obblighi in conflitto. Supponiamo che sia prevista una sanzione s per la violazione di $O(a)$ e una sanzione $s+n$ per la violazione di $O(\neg a)$. In un simile caso, il legislatore starebbe semplicemente stabilendo l'applicazione o l'applicabilità di una sanzione s nella circostanza X e una sanzione n per l'inosservanza di $O(\neg a)$ nella circostanza X . Poiché s sarebbe comunque applicata, di fatto solo $O(\neg a)$ sarebbe sanzionato in una simile circostanza, per cui nel suo complesso un sistema normativo così concepito favorirebbe il comportamento a

(indipendentemente dal fatto che la sanzione *s* legata alla circostanza *X* presumibilmente ridurrebbe l'efficacia della sanzione *n*). Esso sarebbe dunque interpretabile come rivolto allo scopo generico di "ottenere il risultato prescritto", a differenza di un sistema che sanzionasse nello stesso modo i due comportamenti contraddittori, che potrebbe essere interpretato soltanto come volto a imporre la sanzione.

Anche quest'ultimo sistema, comunque, conterrebbe prescrizioni che sarebbero interpretabili come volte a ottenere lo scopo prescritto, cioè le prescrizioni delle sanzioni. D'altro canto, ogni sistema che preveda obblighi e divieti connessi a sanzioni e che prescriva queste ultime potrà essere interpretato come la congiunzione di un sistema normativo che abbia per conseguenze normative obblighi che possiamo definire primari a compiere certe azioni o ad astenersi da esse e di un altro sistema che abbia come conseguenze normative obblighi, che potremo definire secondari, a comminare sanzioni per le violazioni degli obblighi primari. Un'alternativa potrebbe essere rappresentata da sistemi normativi che non impongano che le sanzioni siano somministrate, ma che le rendano soltanto lecite. In un tale sistema alle violazioni degli obblighi primari non sarebbero connessi obblighi di sanzioni, ma permessi e nel caso di obblighi primari conflittuali si determinerebbe allora la facoltà di punire o non punire la necessaria violazione di uno di questi obblighi. Anche un sistema simile potrebbe essere interpretato come composto da un sistema normativo che abbia per conseguenze normative obblighi e da un altro sistema normativo che colleghi *possibili* sanzioni alle violazioni di tali obblighi.

Ogni legislatore che abbia per scopo la somministrazione di una sanzione, o anche semplicemente la sua liceità può quindi ottenerlo prescrivendo in una data situazione *X* obblighi conflittuali e collegando la loro violazione all'obbligo o al permesso di sanzioni, ma può nondimeno ottenere lo stesso risultato con un sistema normativo più semplice che colleghi l'obbligo o il permesso di sanzioni semplicemente al verificarsi della situazione *X*. La sostituzione della semplice imposizione di una sanzione con un insieme di obblighi conflittuali potrebbe certamente essere resa necessaria per il legislatore da circostanze politiche che renderebbero impossibile l'adozione della prima formula legislativa. Si deve tuttavia osservare che una piena comprensione delle conseguenze dell'imposizione degli obblighi conflittuali dovrebbe portare a un'opposizione altrettanto forte di quella riservata alla semplice prescrizione della sanzione. È soltanto confidando nella possibilità di ingannare gli oppositori di una prescrizione espressa nella forma più semplice che un legislatore

potrebbe trovare politicamente più efficace dare la medesima prescrizione in una forma più complessa. Una volta intese le conseguenze delle prescrizioni contraddittorie, invece, queste si rivelano equivalenti a un sistema normativo più semplice, avente per scopo il verificarsi dei comportamenti da esso prescritti. In tale sistema si stabilisce soltanto l'obbligo di infliggere, nella circostanza X , una certa sanzione a determinati soggetti (quelli ai quali nel sistema più complesso sarebbero imputati gli obblighi di a e di $\neg a$).

Mentre anche comandi collegati a sanzioni possono essere interpretati come volti a conseguire il risultato prescritto, comandi non collegati a sanzioni non possono evidentemente essere spiegati come volti alla somministrazione di sanzioni. L'interpretazione di un sistema normativo contenente obblighi conflittuali come volto a somministrare sanzioni potrebbe essere applicata, dunque, solo a sistemi che connettano violazioni delle loro prescrizioni a sanzioni. Inoltre il significato ordinariamente attribuito a un comando, anche quando la sua violazione è collegata a sanzioni, è l'ingiunzione a fare ciò che prescrive di fare o a non fare ciò che prescrive di non fare. È certamente possibile attribuire a chi formula il comando uno scopo differente da quello espresso da tale significato, e dunque considerare il comando come uno strumento volto a ottenere non già il risultato prescritto, ma qualche altro risultato come per esempio il determinarsi di una situazione di inadempienza ai comandi e conseguentemente la liceità o l'obbligatorietà delle sanzioni collegate a questa violazione ed è anche plausibile che vi siano casi nei quali lo scopo primario di un legislatore non sia identificabile facendo riferimento ai significati prescrittivi dei suoi comandi. Tuttavia, dato che le norme non hanno in generale lo scopo di giustificare la somministrazione di sanzioni e non sono necessariamente collegate a sanzioni si può immaginare un sistema normativo che includa obblighi contraddittori (a e $\neg a$) e non li colleghi a nessuna sanzione, ed ha senso chiedersi che cosa esso comandi e quale sia la volontà del legislatore nell'imporre sia l'obbligo di a che quello di $\neg a$. Ora, senza alcun riferimento a una sanzione, risulta impossibile stabilire *che cosa voglia* chi renda obbligatoria, nelle medesime circostanze e per il medesimo agente, la linea di condotta a e la linea di condotta $\neg a$. Egli non può proporsi di ottenere una condotta diversa sia da a che da $\neg a$, sia perché non vi è una terza possibilità tra l'adottare una linea di condotta e il non adottarla, sia perché positivamente ha stabilito l'obbligatorietà sia di a che di $\neg a$. Non può proporsi che venga adottata la linea di condotta a , dato che l'ha proibita rendendo obbligatoria $\neg a$, né, viceversa, può proporsi che venga adottata la linea di condotta $\neg a$, dato che ha proibito anche questa rendendo obbligatoria a .

Sempre in virtù di queste proibizioni, si può escludere che abbia inteso permettere, indifferentemente, a e $\neg a$. Resta pertanto soltanto la possibilità che egli abbia voluto sia a , sia $\neg a$. È evidentemente impossibile, per uno stesso agente e nelle medesime circostanze, tenere sia la condotta a che la condotta $\neg a$. Inoltre, a differenza che nel caso di impossibilità non di natura logica, non esiste nessun mondo possibile nel quale un agente possa tenere, nella medesima circostanza, la linea di condotta “ $a \wedge \neg a$ ”. Per qualunque congiunzione di stati di cose, sarà falso che “ X compie a e $\neg a$ ”. Il legislatore che voglia (rendendolo obbligatorio) $a \wedge \neg a$, pertanto, non vorrà nessuna congiunzione di stati di cose (non vorrà nessun mondo possibile). Per contro, il legislatore che voglia un’azione (o un’omissione) non logicamente impossibile vorrà tutte le combinazioni di stati di cose non escluse da altre norme che includano il verificarsi di quell’azione o omissione (vorrà tutti i mondi altrimenti possibili, e non proibiti da altre norme, nei quali venga compiuta o una certa azione impossibile – l’azione per esempio, di occupare il luogo dello spazio occupato da un altro oggetto fisico o ne venga omessa un’altra inevitabile – l’azione, per esempio, di occupare un qualsiasi spazio fisico). Il legislatore che prescriva linee di condotta non logicamente impossibili, pertanto, a differenza di quello che prescriva linee di condotta logicamente impossibili, avrà una volontà determinata (per quanto irrealizzabile).

Un’ulteriore possibilità¹⁸ è che il legislatore che formuli prescrizioni conflittuali miri alla situazione di confusione creata dall'imposizione di un simile “doppio vincolo”. La volontà del legislatore sarebbe in questo caso determinata e consisterebbe precisamente nel voler produrre lo stato di perplessità che ci si può aspettare in chi riceva l'ordine di compiere un'azione di ometterla. Mi sembra però che se così fosse le proposizioni formulate dal legislatore non varrebbero in realtà come prescrizioni, ma come strumenti per ingenerare uno stato mentale. Il “legislatore” non formulerebbe propriamente norme e nemmeno comandi, perché i suoi atti linguistici non avrebbero lo scopo di veicolare un significato prescrittivo, ma quello di manipolare le menti dei destinatari della comunicazione, inducendovi una condizione di confusione e al limite di follia. La volontà sarebbe dunque , effettivamente determinata, ma non sarebbe espressa in alcun modo dalle norme, che resterebbero prive di significato. In questo senso, l'azione di chi imponesse un doppio vincolo per produrre sconcerto non sarebbe propriamente attribuibile a un legislatore, e infatti non sarebbe

¹⁸Suggeritami da Ian Carter

valutabile secondo criteri di adeguatezza tra mezzi e fini propri del diritto, ma semmai secondo criteri di adeguatezza psicologici.

Un legislatore che prescriva $a \wedge \neg a$, in quanto *legislatore* non avrà una volontà discernibile, perché non potrà essere obbedito in nessun mondo possibile, così come un legislatore che una linea di condotta a in una circostanza X che la renda logicamente impossibile.

Nel caso in cui il legislatore colleghi l'obbligo di a e l'obbligo di $\neg a$ a condizioni differenti, indipendenti e compostibili (tra loro e con gli obblighi ad esse rispettivamente collegati), la sua volontà sarà determinata nel caso in cui si verifichi una sola delle due condizioni, ma indeterminata nel caso in cui si presentino entrambe. Se un codice giuridico prevede $X/O(a)$ e $Y/O(\neg a)$, in esso è in vigore l'obbligo di a nel caso in cui si verifichi la sola condizione X e l'obbligo $\neg a$ nel caso in cui si verifichi la sola condizione Y , mentre, nel caso in cui si verifichino entrambe le condizioni, si ricade nel caso precedente, con $(X \wedge Y)$ come unica condizione aggregata sia di a che di $\neg a$. La volontà del legislatore dunque, pur essendo determinabile nei casi $X \wedge \neg Y$ e $\neg X \wedge Y$, non lo sarà nel caso $X \wedge Y$, nonostante la possibilità della sua occorrenza fosse riconoscibile da un decisore razionale e informato della compostibilità e indipendenza di X e Y .

Infine, l'imposizione di due obblighi conflittuali che abbiano come condizione un comportamento volontario implicherà la proibizione di quel comportamento. Quest'ultima costituirebbe un possibile scopo delle prescrizioni del legislatore, che però sarebbe stato perseguibile anche mediante la semplice proibizione diretta del comportamento in questione. Potrebbe darsi il caso, tuttavia, che il conflitto tra obblighi si produca soltanto in virtù della concomitanza tra il comportamento volontario e qualche condizione ulteriore, per cui lo scopo delle prescrizioni sarebbe di proibire il comportamento nei casi in cui si verifichi tale concomitanza e di imporre uno o l'altro dei due obblighi nei casi in cui la concomitanza non si verifichi.

Con queste eccezioni, stabilire il contenuto della volontà di un legislatore che prescriva obblighi conflittuali non collegati a sanzioni risulta impossibile. A questa impossibilità corrisponde, interpretando gli operatori deontici come ordinamenti delle preferenze del legislatore, l'incoerenza dell'ordinamento di queste ultime. Le condizioni richieste dalla

teoria della scelta razionale perché un individuo abbia un ordinamento di preferenze ed esso sia coerente sono tre:

- Riflessività: ogni opzione deve essere valutata almeno quanto se stessa
- Completezza: date due opzioni qualsiasi, esse sono confrontabili e ordinabili
- Transitività: date tre opzioni a b c , se a è preferita a b e b è preferita a c , allora a è preferita a c

L'idea che la prescrizione di un obbligo riveli una preferenza del legislatore può essere precisata come segue: essa rivelerebbe una relazione d'ordine tra le preferenze di quest'ultimo. In particolare, assumiamo che:

1) date due linee di condotta a e b , se (nel codice normativo) valgono $O(a)$ e $O(b)$, allora, nell'ordinamento di preferenze del legislatore, $a=b$, ovvero se il legislatore sceglie di prescrivere come obbligatorie due linee di condotta, esse si equivalgono nel suo ordinamento di preferenze;

2) se $O(a)$ e $\neg P(b)$, allora $a>b$, ovvero un legislatore preferisce una linea di condotta che egli prescrive come obbligatoria a una che proibisce;

3) date tre linee di condotta a, b , e c , se $O(a)$, $P(b)$, $P(\neg b)$ e $\neg P(c)$, $a>b>c$, ovvero il legislatore preferisce una linea di condotta che egli rende obbligatoria a una che rende facoltativa, e quest'ultima a una che proibisce.

Date queste premesse, l'imposizione di obblighi contraddittori, $O(a)$ e $O(\neg a)$ violerà la condizione di completezza e quella di riflessività, rendendo incoerente l'ordinamento delle preferenze del legislatore. Infatti, da $O(a)$ e $O(\neg a)$ segue, per 1), $a=\neg a$. Poiché $O(a)$ implica $\neg P(\neg a)$, si avrà anche $a>\neg a$. D'altro canto, $O(\neg a)$ implica $\neg P(a)$, e quindi $\neg a>a$. Da $a>\neg a$ e $\neg a>a$, infine, seguono, $a>\neg a>a$ e $a<\neg a<a$ e quindi, per la condizione di *transitività* $a>a$ e $a<a$, cioè a strettamente maggiore e strettamente minore di a , in violazione della condizione di *riflessività*.

La coerenza degli obblighi imposti a un singolo agente è dunque un requisito di razionalità di un sistema normativo volto a ottenere il risultato prescritto. Per questo, è anche necessaria la coerenza degli obblighi *universali*, cioè imposti a tutti gli agenti o a tutti i membri di una certa sottoclasse di agenti, dato che se essi fossero in conflitto anche gli obblighi imposti ad ogni singolo agente sarebbero conflittuali.

Un'altra questione è se obblighi e permessi assegnati a soggetti differenti debbano essere compossibili. Dati due soggetti X e Y è un requisito di razionalità di un sistema normativo che X e Y possano agire entrambi in accordo con tutti i loro obblighi? E lo è che possano agire entrambi compiendo una qualsiasi delle azioni che sono loro permesse? In relazione allo scopo generico di "ottenere il risultato prescritto" la risposta a queste domande appare negativa.

Il caso dei permessi può essere a sua volta articolato in due sottocasi:

i) a un medesimo soggetto sono permesse sia la linea di condotta a che la linea di condotta $\neg a$

ii) a un soggetto X è permessa la linea di condotta a e a un soggetto Y è permessa la linea di condotta b , adottando la quale renderebbe impossibile a X adottare a .

Nel caso i), si può semplicemente supporre che per il legislatore sia indifferente che l'agente adotti la linea di condotta a o la linea di condotta $\neg a$ o in altri termini che nel suo ordinamento di preferenze $a \sim \neg a$, un'eguaglianza che verificherebbe per a e $\neg a$ la condizione di completezza. Inoltre, da essa seguirebbe, per ogni a , $a \geq \neg a \geq a$ e dunque, per la condizione di transitività $a \geq a$, che verificherebbe la condizione di riflessività.

Nel caso ii) si possono distinguere altri due sottocasi, a seconda che $\neg a$ e $\neg b$ siano proibiti o permessi:

ii.1) $P(a) \wedge P(\neg a)$ per X, (a facoltativa per l'agente X) e $P(b) \wedge P(\neg b)$ per Y (b facoltativa per l'agente Y)

ii.2) $P(a) \wedge \neg P(\neg a)$ per X (a obbligatoria per l'agente X) e $P(b) \wedge P(\neg b)$ (b facoltativa per l'agente Y), equivalente al caso inverso in cui a sia facoltativa per X e b obbligatoria per Y e raggruppabile con esso nel caso generale di conflitto tra l'obbligo di un agente e la facoltà di un altro.

In entrambi i casi non esiste incoerenza nell'ordinamento delle preferenze tra a , $\neg a$, b , $\neg b$. Ciò che si riscontra è invece che il legislatore ammette la possibilità dell'insorgere di un conflitto tra X e Y qualora essi adottino, rispettivamente, le linee di condotta a e b . Nel caso ii.1) l'insorgere di tale conflitto dipende interamente dalle scelte dei due agenti, lasciate libere dal legislatore. Nel caso ii.2), Y sarebbe tenuto ad adottare la linea di condotta b , e tuttavia il conflitto potrebbe comunque non insorgere, dato che X potrebbe da parte sua astenersi dal cercare di adottare la linea di condotta a .

Il caso

ii.3) $P(a) \wedge \neg P(\neg a)$ per X e $P(b) \wedge \neg P(\neg b)$ per Y

rientra anche nel secondo caso della ripartizione più generale, quello cioè degli obblighi conflittuali imposti a soggetti differenziati. Mentre non vi è in generale alcun conflitto tra obblighi, e nessuna contraddizione, nell'imporre a due soggetti distinti l'obbligo di a e l'obbligo di $\neg a$ (per esempio, non vi è conflitto, né contraddizione, tra l'imporre a un individuo di cantare e a un altro di non cantare), imponendo a uno l'obbligo di una linea di condotta a e all'altro quello di un'altra linea di condotta b che renda impossibile la prima si genererebbe *di diritto* un conflitto tra obblighi. Il legislatore cioè, che imponesse tali obblighi non si limiterebbe ad ammettere l'insorgere *di fatto* di un conflitto tra i loro titolari, ma lo *prescriverebbe*. Si può osservare, per completezza, che in questo caso rientrano anche alcune situazioni nelle quali la linea di condotta b imposta a Y è $\neg a$, e a è imposta a X. Ciò si verificherebbe, in particolare, nei casi in cui la linea di condotta risulti attuabile da X soltanto cooperando con Y. Se a X fosse ordinato, per esempio, di giocare a tennis e a Y di non giocare a tennis, e in una certa situazione Y fosse l'unico avversario disponibile per Y, i due ordini produrrebbero un conflitto tra obblighi. Una situazione analoga, nel caso in cui X e Y fossero gruppi di individui e non singoli, si avrebbe qualora al gruppo X fosse ordinato di cantare in coro e al gruppo Y di non cantare in coro, e, in una data circostanza, Y fosse l'unico possibile gruppo che, aggregato a X, consentisse di raggiungere un numero di unità sufficiente a formare un coro.

Comunque, l'imposizione di obblighi conflittuali a soggetti differenziati, pur generando un conflitto non comporterebbe nessuna incoerenza nel sistema di preferenze del legislatore. Ciò perché il contenuto delle prescrizioni, e dunque l'oggetto delle preferenze del legislatore, includerebbe il riferimento all'agente che si vorrebbe tenesse una certa linea di condotta piuttosto che un'altra: l'ordine del legislatore non sarebbe, in questi casi, semplicemente che "si tenga la linea di condotta a " o che "si tenga la linea di condotta $\neg a$ ", ma che "X tenga la linea di condotta a " e che "Y tenga la linea di condotta $\neg a$ ". Allo stesso modo, le sue preferenze non sarebbero semplicemente a e $\neg a$, ma "che X tenga la linea di condotta a piuttosto che la linea di condotta $\neg a$ " e "che Y tenga la linea di condotta $\neg a$ piuttosto che la linea di condotta a ". Chiamiamo la prima opzione X/a e la seconda $Y/\neg a$. Si può allora assegnare al legislatore l'ordinamento di preferenze $X/a > X/\neg a$ e $Y/\neg a > Y/a$ e $X/a = Y/\neg a$,

che è riflessivo, completo e transitivo. Lo stesso vale per la coppia X/a e Y/b , dove b è un'azione incompatibile con a , cioè $Y/b \rightarrow \neg X/a$.

Il fatto che le condotte incompatibili siano rese obbligatorie per X e Y , e non siano soltanto loro permesse, comporta però che il conflitto tra i due per decidere quale di tali condotte verrà di fatto adottata insorga per via degli obblighi degli agenti e non dell'esercizio di una loro facoltà (di tenere o non tenere una certa linea di condotta, permessa e non obbligatoria). Imponendo tali obblighi, pertanto, il legislatore imporrà al contempo il conflitto circa la loro realizzazione. Ammesso che egli abbia previsto questa conseguenza delle sue scelte legislative si potrà dunque affermare che abbia prescritto, e dunque voluto, oltre che le linee di condotta obbligatorie, il conflitto intorno ad esse. Ne segue che, all'opposto, un legislatore che non voglia provocare l'insorgere di conflitti circa l'assolvimento di doveri, non dovrebbe imporre obblighi conflittuali ad agenti differenziati.

La prescrizione di obblighi contraddittori a uno stesso agente può essere considerata una manifestazione dell'irrazionalità del legislatore indipendentemente dal contenuto della sua volontà (o un segnale del fatto che la sua volontà non è espressa dalle sue prescrizioni, ma ha per contenuto effetti prevedibili di queste ultime, quali l'applicazione di sanzioni), la prescrizione di obblighi conflittuali ad agenti differenziati può essere considerata come espressione di irrazionalità soltanto in riferimento ad un fine determinato: quello appunto di non produrre conflitti tra individui impegnati a soddisfare i propri obblighi, ovvero situazioni nelle quali due individui non possano entrambi assolvere un proprio obbligo.

L'assegnazione non di obblighi, ma di permessi conflittuali comporta l'insorgere di un altro tipo di conflitto. Se a un individuo è assegnato il permesso di tenere una linea di condotta a e a un altro individuo è assegnato il permesso di tenere una linea di condotta b che renderebbe impossibile al primo a , si produce un conflitto tra le facoltà dei due individui di adottare le due linee di condotta. Definisco pertanto questo secondo tipo di conflitto come una situazione nella quale è impossibile a un individuo tenere una determinata linea di condotta - che gli è permessa - se un altro individuo tiene un'altra linea di condotta che pure gli è permessa.

L'eliminazione totale di questo tipo di conflitti richiederebbe che per ogni permesso assegnato a un agente, ogni altro agente manchi del permesso di agire in modo da rendere impossibile al primo agire in accordo con tale permesso, ovvero che ad ogni permesso

assegnato a un individuo corrispondesse un obbligo imputato ad ogni altro individuo di non interferire con la libertà assegnata da questo permesso in modo tale da renderla non esercitabile. Ad ogni *libertà* hohfeldiana assicurata ad un individuo il legislatore dovrebbe dunque associare una *pretesa* alla non interferenza. In termini hohfeldiani, infatti, alla libertà di un individuo è associato il non-diritto degli altri individui a che egli si astenga dalla linea di condotta che è libero di tenere, mentre è soltanto alla pretesa dell'individuo di non subire interferenze nella sfera della sua libertà che è associato il dovere di ogni altro individuo di astenersi da tale interferenza.

Si noti che, associando questa regola di distribuzione all'esclusione dei conflitti tra obblighi, sia per un singolo individuo che tra individui diversi, si avrebbe un sistema di obblighi e permessi interamente corente. Infatti, l'esclusione dei conflitti tra obblighi implica che ogni linea di condotta obbligatoria sia permessa (che non sia obbligatoria la linea di condotta opposta), mentre l'esclusione dei conflitti tra permessi implica che ogni linea di condotta permessa sia protetta da un obbligo di non interferenza.

La distribuzione non conflittuale degli obblighi e dei permessi non potrebbe tuttavia essere effettuata soltanto sulla base della regola volta ed evitare conflitti tra di essi, in quanto questa sarebbe compatibile con una varietà di diverse distribuzioni. Per quanto riguarda gli obblighi esse varierebbero evidentemente in relazione alla decisione circa che cosa debba essere obbligatorio e per chi. Anche per quanto riguarda i permessi si porrebbe evidentemente il problema di cosa debba essere permesso, ma l'associazione di ogni permesso con una pretesa alla non interferenza implicherebbe l'ulteriore necessità di definire che cosa debba contare come interferenza con un'azione permessa.

Questa definizione, a sua volta, dipende almeno in parte dalla scelta degli argomenti degli operatori deontici. Se essi fossero identificati con stati di cose, anche la concorrenza, per esempio, dovrebbe sempre essere considerata un'interferenza con la libertà di produrre un determinato stato di cose. Se all'individuo X fosse attribuito il permesso di "essere il monopolista" nella vendita di un certo bene o di diventarlo, all'individuo Y dovrebbe essere negato il medesimo permesso, dato che divenendo il monopolista Y impedirebbe ad X di fare altrettanto. Invece, fintantoché gli argomenti di obblighi e permessi sono azioni e omissioni definite indipendentemente dai loro esiti, permessi di partecipare a processi competitivi possono essere assegnati a più individui. Ciò varrebbe anche, si può notare, per una competizione riguardante l'uso di una qualsiasi risorsa scarsa. Il permesso dato a X di agire

in modo tale da essere il primo a seminare un campo incolto non è in conflitto con lo stesso permesso dato a Y. Ovviamente, ogni competizione, inclusa quella per l'uso di risorse scarse potrà poi essere vincolata da altri permessi e obblighi. Se sottoposto a un codice che proibisca l'omicidio, per esempio, X non potrà uccidere Y né per vincere una gara di corsa, né per acquisire il monopolio di un certo mercato, né per riuscire a coltivare per primo un campo incolto.

L'esempio della proibizione dell'omicidio si collega a quello che appare come il nucleo centrale, ineliminabile, di ogni plausibile definizione di interferenza con la sfera di libertà degli individui. Definiamo coercizione ogni comportamento che (se messo in atto con successo) renda impossibile il comportamento di un altro individuo. Allora, ogni coercizione sarà una forma di interferenza con la libertà di un individuo.

Si noti che, di per sé, anche la proibizione della sola coercizione, come quella di un più ampio spettro di possibili interferenze, è compatibile con una varietà di distribuzioni non conflittuali di permessi. Essa sarebbe compatibile, per esempio, con l'assegnazione di tutti i permessi ad un solo individuo e di tutti gli obblighi a tutti gli altri, con il riconoscimento al primo di una pretesa di non impedimento verso qualsiasi linea di condotta decida di assumere e, conseguentemente, con la negazione della pretesa di ogni altro al non impedimento di qualsiasi linea di condotta intenda assumere. Allo stesso modo, una minoranza o anche una maggioranza tiranniche assegneranno soltanto obblighi ai non membri. Queste configurazioni, per quanto criticabili sotto il profilo morale, non saranno tuttavia conflittuali. Qualsiasi definizione di interferenza rende invece conflittuale la distribuzione di permessi della "libertà naturale", che assegna ad ogni individuo la facoltà di adottare qualsiasi linea di condotta, dal momento che essa rende legittime interferenze, comunque definite, di ogni individuo nelle linee di condotta di chiunque altro. Dalla richiesta formale di distribuire i permessi in modo non conflittuale, associata ad una determinata definizione di interferenza, si ricava dunque soltanto la necessità che ai permessi siano associate pretese, e correlativi obblighi di non interferenza, e che l'insieme di queste posizioni hohfeldiane sia consistente: al permesso dato a un certo individuo di tenere una certa linea di condotta sarà associata una pretesa di non interferenza (specificata secondo una certa definizione di interferenza) e a questa pretesa dovrà corrispondere un obbligo alla non-interferenza per ogni altro individuo.

La scelta tra le diverse possibili distribuzioni consistenti di permessi e di obblighi richiede poi l'introduzione di un ulteriore principio distributivo. Un gruppo di decisori

razionali che si vincolino preventivamente a una regola di unanimità, potrebbero accordarsi su una qualsiasi ripartizione degli obblighi e dei permessi che assegni a tutti i membri del gruppo almeno un permesso. Infatti nessun accordo significherebbe nessun permesso legalmente riconosciuto, e nessuna pretesa legittima alla non interferenza a sua protezione, una situazione peggiore per ogni membro del gruppo dei decisori rispetto a quella nella quale almeno un permesso, protetto da una pretesa, è legalmente garantito. Tra le ripartizioni possibili vi è anche quella che prevede una ripartizione eguale di obblighi e permessi. La preferenza per quest'ultima distribuzione, a meno di non introdurre assunzioni circa la sua maggiore stabilità, non potrà essere giustificata sulla base di mere considerazioni prudenziali, ma dovrà dipendere da una valutazione della sua preferibilità morale, presumibilmente in base a una qualche forma di principio egualitario. Circa il vincolo iniziale di unanimità, che esclude le distribuzioni nelle quali a qualcuno non è assegnato nessun permesso, invece, si deve osservare che sebbene esso possa essere giustificato anche in base a un principio morale, vi è nondimeno un motivo ulteriore per prendere in esame in modo privilegiato i risultati ipotetici di situazioni nelle quali un gruppo distribuisce obblighi e permessi al suo interno richiedendo l'accordo di tutti i membri: qualunque gruppo che non assegni nessun permesso ad alcuni dei suoi membri potrebbe essere considerato composto da due sottogruppi, quello di coloro che godono di almeno un permesso e quello di coloro che non godono di alcun permesso. Questa distribuzione dei permessi e degli obblighi sarebbe equivalente a una delle distribuzioni che potrebbe essere stabilita dal sottogruppo privilegiato se agisse come una coalizione del gruppo più vasto vincolata al suo interno dalla regola di unanimità. Si può presumere che gli individui dell'altro sottogruppo, privi di permessi (e gravati da obblighi) non approvino la distribuzione e dunque che la coalizione, di fatto, non sia più ampia del sottogruppo privilegiato. D'altro canto, la coalizione dei decisori potrebbe essere più ristretta di questo sottogruppo, ed assegnare comunque alcuni permessi ai non membri, ma, a meno di non introdurre altre assunzioni (ipotesi sulla stabilità per esempio, o vincoli morali autoimposti dai membri della coalizione), questa distribuzione sarebbe sotto-ottimale per la coalizione dei decisori rispetto a quelle nelle quali i permessi sono assegnati ai soli membri.

Un'altra questione è se il titolare della pretesa possa rinunciare ad essa, liberando dall'obbligo di non impedimento coloro che ne sono gravati. L'ipotesi del legislatore razionale che voglia evitare l'insorgere di conflitti di diritto non dice nulla al riguardo.

Infatti, lo scopo di un tale legislatore sarà raggiunto sia permettendo la condotta *a* e proibendo in modo inderogabile la condotta *b*, che renderebbe impossibile *a*, sia permettendo *a* e proibendo *b* a meno che non vi consenta colui che in conseguenza di essa non potrà compiere *a*. Infatti, l'interferenza *b* con l'azione *a* di un individuo X, effettuata in accordo con quest'ultimo da un altro individuo Y non costituirà una violazione della facoltà di X di adottare e non adottare la linea di condotta *a*.

Dalla richiesta di coerenza nella distribuzione dei permessi non segue dunque una particolare concezione dei diritti, perché essa di per sé non implica né che le pretese associate ai permessi siano accompagnate dalla possibilità di scegliere se farle o meno valere, né che non lo siano. D'altro canto, non implica nemmeno che i permessi riguardino libertà a cui gli agenti siano in qualche modo interessati, né che non lo siano. L'associazione tra permessi e pretese, e la richiesta della coerenza tra permessi e obblighi correlativi che segue dall'ipotesi, cioè, possono dar luogo sia a un sistema di diritti concepiti come poteri di scelta circa i doveri altrui, sia a un sistema di diritti concepiti come tutele di interessi, non disponibili nemmeno ai loro titolari. Tuttavia, vi è almeno una conseguenza dell'ipotesi che, se non costituisce un argomento a favore della *Will Theory* dei diritti, contribuisce non di meno a depotenziare un argomento contro di essa,¹⁹ come abbiamo visto, le aggressioni fisiche, attuali o credibilmente minacciate, rientreranno in ogni ragionevole definizione del concetto di coercizione, e dunque di interferenza. Per questo, la loro proibizione, nel sistema normativo creato dal legislatore che abbia come fine l'evitare conflitti di diritto potrà essere dipendente dai permessi degli individui ad agire in certi modi essendo liberi da interferenze. La proibizione dell'omicidio da parte del codice penale, per esempio, potrà dipendere dal permesso accordato agli individui di svolgere le loro funzioni vitali e sarà concepibile come un dovere di non interferenza con queste funzioni. Il divieto di aggredire passanti per strada, allo stesso modo, potrà dipendere dal permesso di camminare per strada e sarà concepibile come un dovere di non interferenza con questo atto. Entrambi i divieti potrebbero, per altro anche essere indipendenti dai permessi corrispondenti, che potrebbero anche non essere presenti nel codice (vivere e camminare per strada potrebbero per esempio non essere proibiti, ma nemmeno esplicitamente permessi dalle norme e dalle loro conseguenze

¹⁹ Confronta Matthew H. Kramer *Rights Without Streaming*, in M. H. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate Over Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p.71: "Under the criminal law, according to the Will Theorists, no one has any right to be free from unprovoked assaults. Everyone has only a claim or has no individual entitlement whatsoever. To somebody not enamoured of the *Will Theory*, however, this notion – the notion that each individual under the civil law has a right to be free from assaults whereas each individual under the criminal law has at most only a claim to be free from assaults is bound to appear strained".

logiche). Non vi è comunque necessità di concepire la proibizione dell'aggressione come indipendente dai diritti di libertà degli individui, né di considerarla indisponibile alla scelta dei titolari di questi ultimi. È infatti concepibile un sistema di diritti nei quali gli individui possano liberare altri dal dovere di non compiere atti che, senza il loro consenso, sarebbero considerati aggressioni. Sarebbe il caso, per esempio, di un sistema legale che ammettesse l'eutanasia. Ed è il caso, più banalmente, dei sistemi legali che ammettono gli incontri di pugilato o di lotta. Ciò che, anche nel sistema legale ipotizzato, potrebbe essere realmente indisponibile al titolare dei diritti sarebbe piuttosto l'obbligo delle autorità di sanzionare l'autore di un'aggressione riconosciuta come tale. Mentre X potrebbe decidere di permettere a Y di prenderlo a pugni, per esempio in incontro di pugilato, potrebbe d'altro canto non poter decidere che Z, che lo ha preso a pugni senza il suo consenso nel corso di un litigio, non venga punito. Anche questa indisponibilità per X tuttavia, potrebbe essere giustificata sulla base di scelte di altri individui. L'aggressione di Z ai danni di X costituirebbe un precedente. Un'analoga aggressione potrebbe ripetersi ai danni di un interlocutore di Z diverso da X e costui, a tutela della propria libertà, potrebbe pretendere che Z venga punito. È tuttavia possibile immaginare che l'obbligo delle autorità di punire Z possa essere annullato dalla rinuncia a far valere il proprio diritto da parte di tutte le potenziali vittime. La proibizione dell'aggressione, le sanzioni ad essa associate e la loro indisponibilità per i singoli individui sono dunque compatibili con una concezione dei diritti come poteri di scelta circa doveri altrui.

Un passo ulteriore permette però di rendere questa concezione quanto meno plausibile. Si tratta dell'aggiunta, all'ipotesi del legislatore razionale che persegue l'assenza di conflitti di diritto, della condizione che tale legislatore stabilisca norme che egli stesso è vincolato ad accettare. Dal momento che abbiamo già stipulato che il legislatore razionale intende soddisfare le proprie preferenze (abbiamo infatti interpretato le prescrizioni come espressione della volontà che accada ciò che si prescrive, e questa volontà come espressione di preferenze) sotto una tale condizione si può ipotizzare che egli intenda formulare norme che gli conferiscano il più ampio potere possibile di scegliere ciò che preferisce. Infatti, dal fatto che X voglia *a* segue che preferisca poter scegliere *a* piuttosto che non poterlo scegliere. È vero che X potrebbe preferire non poter scegliere opzioni diverse da *a*, ed essere dunque obbligato a quest'ultima, temendo che la debolezza della volontà o altri effetti distorsivi lo conducano a scegliere l'opzione meno preferita, ma resta il fatto che per ogni preferenza

effettiva un decisore razionale preferirà necessariamente poterla scegliere piuttosto che essere costretto a un'opzione meno preferita. Ammettendo inoltre che il legislatore razionale non conosca in anticipo quali saranno le sue preferenze in un qualsiasi momento futuro (che non sappia, per esempio, se in un certo giorno del futuro preferirà fare una passeggiata o disputare un incontro di pugilato, o se preferirà vivere o porre fine alle sofferenze di una lunga malattia), il modo per garantirsi la più ampia possibilità di scegliere l'opzione preferita sarà quello di associare alle sue pretese di non impedimento all'esercizio delle sue libertà il potere di rinunciarvi, permettendo che altri compiano azioni che egli potrà desiderare compiano, benché incompatibili con linee di condotta che, in altre circostanze, avrebbe potuto desiderare adottare. Vale a dire che un legislatore razionale, che voglia evitare l'insorgere di conflitti di diritto e che legiferi anche circa se stesso si assegnerà "diritti" definiti, oltre che da correlativi doveri degli altri individui, dal potere di estinguere questi doveri.

1.2- Completezza

Per quanto riguarda la richiesta della *completezza* di un codice, ci si trova in qualche modo in una situazione speculare rispetto a quella relativa alla richiesta di coerenza. Mentre in quest'ultimo caso non vi è una ragione di presumere che i nostri obblighi morali non siano conflittuali, ed è l'assenza di obblighi conflittuali in un codice positivo a poter essere intesa come una condizione di razionalità dell'azione del legislatore, nel primo caso è l'insieme delle qualificazioni morali delle nostre possibili linee di condotta a dover essere pensato come completo per motivi logici, mentre non vi sono motivi di tale natura per presumere la completezza di un codice positivo.

Data una linea di condotta a , vi sono quattro possibili caratterizzazioni deontiche di a e dell'opposta linea di condotta $\neg a$: $O(a) \wedge O(\neg a)$, che è il caso del conflitto tra obblighi, $O(a) \wedge \neg P(\neg a)$, $\neg P(a) \wedge O(\neg a)$, che sono casi di coerenza tra l'obbligo di tenere una certa linea di condotta e l'obbligo di non tenere la linea di condotta opposta, e $P(a) \wedge P(\neg a)$, che è il caso in cui sia a che $\neg a$ sono facoltative. La semplice combinazione degli operatori O e P darebbe anche le possibilità $O(a) \wedge P(\neg a)$ e $P(a) \wedge O(\neg a)$, che sono però proposizioni contraddittorie, in

quanto $P(a)$ equivale a $\neg O(\neg a)$ e $P(\neg a)$ a $\neg O(a)$. Che almeno una delle rimanenti caratterizzazioni deontiche debba essere in vigore segue dalla considerazione che una qualsiasi linea di condotta non potrebbe essere né obbligatoria, né proibita, né facoltativa: o si è moralmente tenuti a compiere un'azione, o si è tenuti a non compierla, o non si è tenuti né a compierla né a non compierla. Vale a dire, traducendo ogni permesso di una linea di condotta nella non obbligatorietà della linea di condotta opposta, che per ogni a si ha la dicotomia $O(a) \vee \neg O(a)$, per ogni $O(a)$ si ha la dicotomia $(O(a) \wedge O(\neg a)) \vee (O(a) \wedge \neg O(\neg a))$ e per ogni $\neg O(a)$ si ha la dicotomia $(\neg O(a) \wedge O(\neg a)) \vee (\neg O(a) \wedge \neg O(\neg a))$.

Anche le linee di condotta impossibili rientrano necessariamente in una di queste categorie.

Data una condizione X l'impossibilità di una linea di condotta a implica, per l'assioma "dovere implica potere" $X/\neg O(a)$. Per $\neg O(a)$, d'altro canto, si ha la dicotomia $(\neg O(a) \wedge O(\neg a)) \vee (\neg O(a) \wedge \neg O(\neg a))$ e la circostanza che, essendo impossibile a , sia impossibile non tenere l'opposta linea di condotta $\neg a$, non influisce sull'essere quest'ultima obbligatoria o facoltativa. Il fatto che non si possa fare a meno di seguire una certa linea di condotta non può cambiare la circostanza che, qualora fosse stato possibile non seguirla sarebbe stato obbligatorio seguirla, oppure quella che sarebbe stato facoltativo. Correlativamente, se $\neg a$ fosse obbligatoria l'azione impossibile a sarebbe proibita, se invece $\neg a$ fosse facoltativa, anche a sarebbe facoltativa. Soltanto nel caso in cui a una condizione X sia connesso un $O(a)$ e a una condizione indipendente Y un $O(\neg a)$ si avrà invece l'*obbligo* di una linea di condotta impossibile perché contraddittoria, alla quale non si applicherà l'assioma "dovere implica potere" e che avrà quindi in ogni caso un carattere deontico determinato (in questo caso quello dell'obbligatorietà).

Nel caso dei codici positivi, invece, la completezza non appare garantita. Ciò in primo luogo per il fatto che dall'assenza sia dell'obbligo di tenere una certa linea di condotta, non seguirebbe necessariamente il permesso di tenerla. Come è stato rilevato, si possono assumere, in riferimento a un sistema normativo, due significati di permesso. In un senso debole, il permesso di una certa linea condotta significa, in riferimento a un sistema normativo, l'assenza dell'obbligo di astenersi da tale linee di condotta tra le conseguenze del sistema normativo. In senso forte, permesso significa la presenza di un permesso tra queste conseguenze normative²⁰.

²⁰ C.E. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, 1971, cit., p. 122.

Ora, di per sé l'assenza di un obbligo di tenere una certa linea di condotta a , e dunque di un divieto della condotta $\neg a$, dalle conseguenze normative di un certo sistema normativo positivo comporta soltanto un permesso in senso debole di tenere la linea di condotta $\neg a$. Proprio la natura positiva del codice fa sì che un permesso in senso forte possa essere garantito solo da una norma che lo formuli in modo esplicito o da una *norma di chiusura* che affermi *che tutto ciò che non è proibito (obbligatorio che non) è permesso*. La presenza o l'assenza di norme di questo tipo in un codice giuridico positivo dipenderanno a loro volta dal verificarsi o meno di un atto legislativo, e non da implicazioni logiche dell'*assenza* di norme. Per altro, un sistema normativo potrebbe essere chiuso anche da una regola che stabilisse che *tutto ciò che non è esplicitamente permesso è proibito*. Una simile regola comporterebbe però la possibilità di divieti e obblighi conflittuali: infatti se un sistema normativo non avesse tra le sue conseguenze né l'obbligo di a né l'obbligo di $\neg a$, la regola comporterebbe come conseguenze normative sia il divieto di a ($\neg P(a)$) sia quello di $\neg a$ ($\neg P(\neg a)$) (e quindi sia l'obbligo di a che quello di $\neg a$): dovrebbe dunque essere scartata in base al requisito di coerenza dei sistemi normativi.

Anche la regola di chiusura che permette tutto ciò che non è proibito non è comunque richiesta dalle condizioni di razionalità dell'azione del legislatore. Se si assumono ordini e divieti come indicatori dell'ordinamento preferenze di chi li prescrive, l'assenza degli uni e degli altri non rivela nessuna incoerenza di questo ordinamento. Se si ammette che la presenza in un codice di $O(a)$ riveli che, nella relazione d'ordine delle preferenze dell'autore del codice $a > \neg a$, l'assenza dell'obbligo può essere interpretata, al pari di un permesso esplicito come la negazione di tale disequaglianza. Se d'altro canto dal codice è assente anche $O(\neg a)$, anche la relazione inversa $\neg a > a$ sarà assente dall'ordinamento delle preferenze del legislatore, il che lascia aperta solo la possibilità dell'indifferenza: $a = \neg a$. Assumiamo inoltre che il legislatore non voglia a e $\neg a$ né più né meno di se stesse, e dunque $a = a$ e $\neg a = \neg a$. L'ordinamento delle opzioni a e $\neg a$ rispetterebbe dunque gli assiomi di riflessività e completezza.

Questo ordinamento di preferenze sarebbe manifestato da un legislatore indifferente a che gli agenti adottino la linea di condotta a o la linea di condotta $\neg a$, motivo per cui non ne prescriverebbe e non ne proibirebbe nessuna delle due, ma d'altro canto interessato a mantenersi libero di dichiarare successivamente che una delle linee di condotta era proibita

senza dover abrogare un precedente permesso, motivo per cui non ne permetterebbe positivamente nessuna.

Uno dei possibili motivi per quest'ultima scelta sarebbe la volontà di essere giuridicamente liberi di comminare sanzioni per comportamenti non esplicitamente proibiti dal codice. Tra l'opzione in cui è possibile collegare sanzioni alla condotta a e alla condotta $\neg a$, e quella in cui ciò non è possibile, il legislatore preferirebbe la prima e anche questo ordinamento sarebbe coerente. Tale possibilità comporterebbe una violazione della regola del *nulla poena sine lege*, e, in modo ancor più specifico, di quella della non retroattività delle leggi penali, che però sono applicazioni della regola di chiusura "tutto ciò che non è proibito è permesso" ai divieti collegati a sanzioni e pertanto non sarebbero necessariamente in vigore in un sistema che non includesse questa regola più generale.

Un sistema normativo può essere definito incompleto anche in una differente accezione. Infatti, possono esistere sistemi normativi nei quali tutte le condotte sono deonticamente qualificate, e in particolare sono indicate tutte le condotte obbligatorie, ma non sono indicati gli agenti cui questi obblighi sono imputati. Particolarmente rilevante rispetto ai diritti è il caso di un sistema giuridico che assegni pretese e poteri hohfeldiani, ma non specifichi a chi siano assegnati i relativi doveri e le relative soggezioni.

Se si analizzano le conseguenze normative di questo sistema, si trova che dall'assegnazione di una pretesa a un individuo segue logicamente l'obbligo per almeno un altro individuo di tenere la linea di condotta che soddisferebbe tale pretesa. Inoltre, dall'assegnazione di un potere giuridico ad un individuo segue la soggezione di almeno un altro individuo a tale potere. Questa soggezione non comporta direttamente qualificazioni deontiche per l'individuo che ne è affetto. Comporta soltanto che se il titolare del potere ne facesse uso, determinati obblighi o permessi verrebbero attribuiti all'individuo soggetto a tale potere.

Che almeno un individuo sia titolare di un obbligo giuridico se in un sistema giuridico è assegnata a qualcuno una pretesa giuridicamente valida e che almeno un individuo sia titolare di una soggezione giuridica in un sistema in cui a qualcuno è assegnato un potere giuridico è una conseguenza del significato di "pretesa" e "potere". Sia una pretesa che un potere sono relazioni bilaterali tra individui, correlative alle relazioni simmetriche di dovere e soggezioni tra gli stessi individui: se X ha una pretesa nei confronti di Y , Y ha un dovere nei confronti di

X e se X ha un potere nei confronti di Y, Y ha una soggezione nei confronti di X. Per estensione, una pretesa e un potere attribuiti ad un individuo X possono valere nei confronti di più individui, come somma delle relazioni bilaterali di X nei confronti di ciascuno di essi.

Ciò che non segue dal significato di “pretesa” e di “potere” è che l’individuo o gli individui che costituiscono gli altri termini di queste relazioni bilaterali debbano essere specificati all’interno di un codice giuridico positivo perché in esso la pretesa e il potere di un individuo siano giuridicamente validi. Affermare che l’individuo X ha una qualche pretesa legittima ad *a*, significa affermare che almeno un individuo ha l’obbligo di *a*, e questa è un’affermazione perfettamente dotata di senso anche se questo individuo non è noto. Affermare che un individuo X ha un potere giuridico significa affermare che almeno un individuo è soggetto a questo potere, e anche questa è un’affermazione perfettamente dotata di senso anche se tale individuo non è noto.

Se si considera un sistema normativo come un oggetto statico e non soggetto a modifiche, isolando la sua configurazione in un certo segmento temporale dalle successive modifiche che essa può subire ad opera del legislatore, la specificazione degli individui cui sono imputati obblighi e soggezioni correlative a pretese e poteri appare tuttavia necessaria affinché l’enunciazione di pretese e di poteri abbia, direttamente nel caso delle pretese, o indirettamente nel caso dei poteri, un significato prescrittivo, perché in assenza di questa specificazione a nessuno sarà prescritto di soddisfare pretese pure riconosciute dal codice e, allo stesso modo, poteri giuridici riconosciuti dal codice non potranno essere esercitati, e non avranno effetto, nei confronti di alcuno. L’attribuzione a individui specifici di obblighi e soggezioni è dunque una condizione necessaria perché sistemi normativi statici che attribuiscono a certi individui pretese e poteri siano mezzi adeguati al fine di “ottenere il risultato prescritto”. Ciò non è lo stesso che affermare che esse siano condizioni di razionalità dell’azione del legislatore, in quanto l’ordinamento delle preferenze di quest’ultimo potrà essere coerente anche in assenza di tali attribuzioni. Attribuendo a X la pretesa legittima a che si tenga nei suoi confronti una certa linea di condotta *a* un legislatore esprimerebbe (o quanto meno: la sua volontà potrebbe essere così interpretata) la preferenza per la situazione “*a*” nella quale almeno un individuo tiene verso X la linea di condotta *a* rispetto alla situazione “ $\neg a$ ”, in cui tutti tengono verso X la linea di condotta $\neg a$. Tuttavia, senza l’attribuzione ad almeno un individuo dell’obbligo di tenere la condotta *a* nei confronti di X, il riconoscimento di questa pretesa sarebbe un mezzo inadeguato al fine di ottenere la

situazione “*a*”, perché ognuno potrebbe legittimamente ritenersi esentato dall’obbligo di tenere la linea di condotta *a*. Analogamente, attribuendo a *X* un certo potere giuridico, il legislatore esprimerebbe (o la sua volontà sarebbe così interpretabile) una preferenza per la situazione “*p*” nella quale *X* può esercitare il potere giuridico in questione nei confronti di almeno un individuo rispetto alla situazione “ $\neg p$ ” nella quale *X* non può esercitarlo nei confronti di nessun individuo. Tuttavia, senza indicare almeno un individuo soggetto al potere giuridico attribuito a *X*, non conseguirebbe lo scopo di conferire a *X* il potere giuridico di attribuire ad almeno un individuo obblighi e permessi giuridicamente vincolanti, perché a nessun atto di *X* si potrebbe attribuire efficacia giuridica nei confronti di un qualsiasi individuo.

Se invece si considera un sistema normativo come dinamico, e quindi soggetto ad essere modificato dalle successive azioni del legislatore pretese legittime, poteri normativi in assenza di obblighi e soggezioni per individui determinati potranno in ogni momento essere integrati da questi ultimi, rendendo pienamente effettivi i primi. In questo quadro, anche l’enunciazione delle sole pretese e dei solo poteri normativi non sarà però priva di un’efficacia parziale. La sola enunciazione della legittimità di una pretesa di un individuo, unita alla consapevolezza che in un momento successivo il legislatore potrà imputare a uno o più individui il dovere di soddisfarla, potrebbe per esempio spingere preventivamente più individui a compiere questo dovere. L’attribuzione di un potere giuridico potrà determinare la validità di atti giuridici che, in seguito alla successiva determinazione degli individui ad essi soggetti, attribuiranno a questi ultimi obblighi e permessi. In un contesto dinamico dunque un sistema normativo, per essere uno strumento pienamente efficace per ottenere i risultati prescritti, dovrà in un dato momento essere completato imputando obblighi e soggezioni a individui specifici, ma non dovrà essere completo in questo senso in ogni momento della sua esistenza. Pertanto, in un certo momento *t*, approntare un insieme di norme incomplete, nel senso di prive della specificazione degli individui cui imputano obblighi e permessi, potrà essere per il legislatore un’azione appropriata in vista del fine di conseguire il risultato prescritto.

La completezza in entrambi i sensi qui discussi è tuttavia necessaria ad un fine più specifico che il legislatore potrebbe proporsi: quello della prevedibilità degli effetti giuridici dei comportamenti. Questo fine può essere considerato come indicativo di una particolare posizione ideologica, non riducibile a ragioni di carattere logico. In particolare, la regola

nullum crimen sine lege è vista come distintiva dell'ideologia giuridica del liberalismo.²¹ Tuttavia, esiste un decisore razionale che può essere considerato interessato a che il sistema giuridico sia chiuso. Si tratta dell'individuo che, in un sistema non chiuso, non sarebbe in grado di preveder gli effetti dei suoi comportamenti, se cioè essi producano o meno sanzioni. Ancora una volta, se si assume che il legislatore sia un auto-legislatore e si suppone che abbia il fine di rendere prevedibili gli effetti giuridici delle sue azioni, la completezza del sistema normativo può essere considerata un requisito di razionalità *in relazione a questo fine*.

1.3 -Universalità

La richiesta che un codice di diritti positivi soddisfi la condizione di *universalità* equivale alla richiesta che i diritti siano attribuiti ad *ogni* membro della classe dei loro titolari.

L'“universalità” deve dunque essere intesa come *quantificazione* universale dei titolari dei diritti. Essa si oppone alla *singolarità*, intesa anch'essa come quantificazione, in questo caso esistenziale, in forza della quale a un diritto corrisponderebbe “un titolare o più contitolari determinati, con esclusione di tutti gli altri”.²²

Riprendo la condizione di universalità da Luigi Ferrajoli, che identifica in essa la caratteristica distintiva dei *diritti fondamentali* in opposizione agli altri *diritti soggettivi* e in particolare ai diritti che Ferrajoli definisce “patrimoniali”, ovvero diritti di proprietà su beni reali e diritti personali di credito, che sono invece caratterizzati come singolari.²³ “Diritto soggettivo” è per Ferrajoli “qualunque aspettativa di prestazioni o di non lesioni”²⁴, laddove prestazione è “qualunque atto la cui commissione sia argomento di un interesse” e lesione “qualunque atto la cui omissione sia oggetto di un interesse”.²⁵ “Diritti fondamentali” sono “i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci di agire o in quanto cittadini capaci di agire”.²⁶ Tale definizione di diritti fondamentali è “formale”, nel senso che ci dice “*che cosa sono* i

²¹ C.E. Alchourron, E. Bulygin, *Normative Systems*, 1971, cit., p. 142.

²² Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. I Teoria del diritto*, Laterza, Bari 2007, p.761.

²³ Ivi, p.729.

²⁴ Ivi, p.641.

²⁵ Ivi, p.640.

²⁶ Ivi p.727.

diritti fondamentali, o meglio cosa conveniamo di intendere con questa espressione, e non certo *quali sono* i diritti fondamentali e quali classi di soggetti ne sono titolari”.²⁷ La classe delle “persone naturali” e le sottoclassi dei “cittadini”, dei “capaci di agire” e dei “cittadini capaci di agire” sono appunto le classi cui, nella “nostra esperienza giuridica”²⁸, sono attribuiti diritti universali. Di per sé si potrebbero dunque immaginare diritti universali attribuiti a classi diverse da quelle di fatto rilevanti negli odierni sistemi costituzionali. Per esempio, diritti universali potrebbero essere attribuiti ai membri di una casta, o di una religione. Oppure potrebbero essere estesi a soggetti non identificati come persone, venendo attribuiti alla classe degli esseri senzienti, o all’ambiente naturale. Anche tenendo ferme le categorie indicate da Ferrajoli, comunque, si deve osservare che la definizione non ne specifica l’estensione, che di fatto è determinata in modi differenti all’interno dei concreti ordinamenti giuridici. Allo stesso modo gli interessi a prestazioni o non lesioni tutelati dai diritti non sono determinati dalla definizione, ma soltanto dagli ordinamenti giuridici. L’universalità dei diritti ha dunque “un carattere puramente logico non risultando determinate né la natura di tali interessi né l’estensione delle classi di soggetti riconosciuti, nei diversi ordinamenti, come persone naturali e/o come cittadini e/o come capaci di agire”.²⁹ All’universalità dei diritti fondamentali si oppone la “singolarità” che negli ordinamenti giuridici positivi caratterizza eminentemente i diritti patrimoniali. Anch’essa è una caratterizzazione logica, che, in ordinatamente giuridici possibili, potrebbe essere attribuita a diritti diversi da quelli patrimoniali.³⁰ Per esempio, in un ordinamento giuridico nel quale la libertà personale fosse garantita solo a uno o più individui determinati, quello che negli stati costituzionali è senz’altro identificabile, seguendo il criterio di Ferrajoli, come un diritto fondamentale (della persona), sarebbe un diritto singolare, analogo ai diritti patrimoniali degli ordinamenti giuridici di mercato. Per converso, gli stessi diritti patrimoniali potrebbero essere diritti fondamentali se potesse essere loro attribuita la caratteristica dell’universalità, ovvero se i loro titolari fossero quantificati universalmente. Per esempio, se a tutti i cittadini di uno Stato fosse attribuito il diritto al possesso del territorio nazionale, esso, pur essendo un diritto su un bene reale, sarebbe un diritto fondamentale nel senso di Ferrajoli.

²⁷ Ivi, p.725.

²⁸ Ivi, p.726.

²⁹ Ivi, p.728.

³⁰ Ferrajoli stabilisce anche di chiamare “diritto patrimoniale ogni diritto disponibile” (cfr Ivi, p.760) e la disponibilità dei diritti implica d’altro canto, come si vedrà più sotto, la singolarità. Tuttavia, non esclude la possibilità di diritti patrimoniali non disponibili.

L'opposizione fondamentale tra universalità e singolarità si esplica poi, nella ricostruzione di Ferrajoli, in una serie di altre opposizioni tra caratteristiche opposte logicamente derivanti, rispettivamente, dall'una e dell'altra: tra disponibilità e indisponibilità, eguaglianza e diseguaglianza, inclusione ed esclusione, disposizione da parte di norme tetiche e predisposizione da parte di norme ipotetiche. Per comprendere la rete di relazioni logiche istituita da Ferrajoli tra questi concetti occorre tener presente che, a partire da quella tra universalità e singolarità, queste opposizioni sono partizioni, cioè sono mutuamente esclusive ed esaustive: per ogni coppia di caratterizzazioni ogni diritto ricadrà necessariamente in una della sottoclassi identificata da una delle due opzioni, ad esclusione dell'altra. La quantificazione di un diritto può essere infatti soltanto universale o esistenziale, I diritti inoltre o sono indisponibili, cioè inderogabili e inalienabili, o sono disponibili, cioè derogabili e/o alienabili, o sono attribuiti in modo eguale a tutti i loro titolari o sono loro attribuiti in modo diseguale, o sono inclusivi, cioè accessibili a tutti i membri di una classe, o sono esclusivi, cioè riservati solo ad alcuni membri di una classe ad esclusione di tutti gli altri. Infine, in un sistema giuridico positivo, o i diritti saranno attribuiti ai loro titolari da una norma, o lo saranno dal compimento di atti che avranno questo effetto giuridico in virtù di una norma. Il primo caso è quello indicato da Ferrajoli come *disposizione da parte di una norma tetica*, il secondo è quello della *predisposizione da parte di una norma ipotetica*.

Passando ad esplicitare i nessi implicativi tra le opposte caratterizzazioni dei diritti, si osserverà, in primo luogo, che l'universalità implica l'indisponibilità e, per contro, la singolarità la disponibilità dei diritti:

I diritti patrimoniali [...] in tanto sono singolari in quanto sono, e solo in quanto, possono essere materia di scambio nella sfera del mercato oltre che – per esempio nell'ordinamento italiano, come prevede l'art. 42, comma 3 della costituzione – di espropriazione per pubblica utilità. I diritti fondamentali, inversamente, in tanto sono universali in quanto sono esclusi dalla sfera della disponibilità privata, sia da quella della disponibilità pubblica, non potendo nessuno privarsene nemmeno esserne privato o menomato (se non come si vedrà a suo tempo nella forma delle pene legalmente previste e regolate), senza con ciò cessare di essere universali, e, quindi fondamentali.³¹

La possibilità dell'alienazione dei diritti fondamentali da parte dei loro titolari, o quella di derogare da essi da parte di altri, determinerebbe cioè una situazione contraddittoria, nella

³¹ Ivi, p.762.

quale un diritto attribuito per definizione a tutti i membri di una classe non sarebbe più attribuito a tutti i membri di tale classe, non essendo più attribuibile, appunto, a colui o coloro che se ne fossero privati di propria volontà o ne fossero privati da terzi (per esempio, dall'intervento dello Stato). L'universalità implica pertanto l'indisponibilità, sia come inalienabilità che come inderogabilità. Per contro, la singolarità dei diritti patrimoniali dipende per Ferrajoli dal loro essere disponibili e più specificatamente alienabili, quindi acquistabili e cedibili mediante atti legalmente efficaci (oltre che derogabili mediante procedure di esproprio). Le modalità di acquisto dei diritti patrimoniali sono strettamente legate cioè alla possibilità legale della loro cessione, e da quest'ultima, d'altro canto, dipende la circostanza che essi siano attribuibili soltanto a individui esistenzialmente quantificati, non a classi di individui. Se i diritti patrimoniali *non fossero alienabili*, e dunque disponibili, ma fossero attribuiti inderogabilmente a ogni membro di una classe di titolari senza che egli avesse la possibilità privarsene, nemmeno sarebbero singolari, per cui la singolarità implica la disponibilità. Allo stesso tempo, la disponibilità implica la singolarità, proprio perché diritti disponibili non possono essere attribuiti universalmente a una classe di titolari, dato che alcuni di essi potrebbero privarsene o esserne privati e che, come nel caso dei diritti di patrimoniali, la stessa acquisizione dei diritti potrebbe richiedere atti legali che possono essere o non essere compiuti.

In secondo luogo, i diritti universali sono caratterizzati come *eguali*, nel senso che sono assicurati in *egual misura* a tutti i membri della classi dei loro titolari. La condizione di universalità dei diritti fondamentali equivale, nella definizione di Ferrajoli, a una condizione di eguaglianza: “i diritti fondamentali sono diritti *universali*, cioè spettanti a tutti in condizione di *uguaglianza*”.³² L'universalità implica l'eguaglianza perché comporta l'attribuzione del *medesimo* diritto ad ogni membro della classe dei titolari (nella teoria di Ferrajoli: persone naturali, cittadini, capaci di agire, cittadini capaci di agire) in quanto membro di questa categoria. L'eguaglianza dei membri di una classe di titolari di un diritto consiste del resto nell'essere tutti titolari dello stesso diritto. In generale l'eguaglianza giuridica è definita da Ferrajoli come titolarità “delle medesime situazioni universali, quali sono per esempio i divieti penali e i diritti fondamentali”.³³ In senso più ristretto, “l'uguaglianza giuridica tra persone e, per altro verso, tra cittadini e tra capaci di agire consiste nell'eguaglianza nei diritti fondamentali, che sono appunto diritti assicurati in egual

³² Ivi, p.728.

³³ Ivi, p.786.

misura a queste tre classi di soggetti dalla quantificazione universale della sfera dei loro titolari”.³⁴ L’eguaglianza nell’attribuzione di un diritto implica dunque la sua universalità. Per converso, l’universalità implica eguaglianza, perché se un diritto fosse attribuito a taluno, membro di una certa classe *in misura diversa* rispetto a quella cui fosse attribuito agli altri membri della classe, sarebbe in definitiva un diverso diritto e dunque non si avrebbe un’attribuzione universale del medesimo diritto a tutti i membri della classe: per esempio, se l’inviolabilità della libertà personale fosse ristretta per una certa sottoclasse di persone, lo stesso diritto all’inviolabilità della libertà personale non sarebbe attribuito universalmente alla classe delle persone umane. Universalità ed eguaglianza possono anche essere pensate come modi diversi di affermare una doppia implicazione tra l’essere titolari di un diritto fondamentale ed essere membro di una classe di titolari di diritti fondamentali.³⁵ Vi è invece *diseguaglianza* tra i titolari di diritti singolari e i non titolari, e può esservene anche tra titolari di diritti singolari dello stesso tipo. I diritti patrimoniali per esempio, verteranno su beni reali o su crediti che non potranno che essere diseguali almeno sotto qualche aspetto: anche se l’individuo X e l’individuo Y avessero diritto a un’eguale *quantità* di beni, questi ultimi sarebbero comunque oggetti fisici distinti.

In terzo luogo, i diritti universali sono caratterizzati anche, proprio in quanto eguali, come “inclusivi”: essendone titolari in modo eguale tutti i membri di una classe, tra di essi non vi possono essere situazioni di rivalità, per le quali il diritto di un individuo comporti il non diritto o la limitazione del diritto di un altro, mentre i diritti singolari sono perciò stesso “esclusivi, ossia *excludendi alios*”.³⁶

In quarto luogo, i diritti universali sono disposti da quelle che Ferrajoli definisce *norme tetiche*, mentre i diritti singolari sono pre-disposti da quelle che Ferrajoli definisce *norme ipotetiche*. “Norma” nella definizione di Ferrajoli è “qualunque regola che sia effetto di un atto”, laddove si deve intendere “effetto” e “atto” giuridici. “Norma tetica” è qualunque “norma consistente in una regola tetica”, laddove “regole tetiche sono le regole che dispongono modalità o aspettative positive o aspettative negative o status”, mentre “norma ipotetica” è “qualunque norma consistente in una regola ipotetica” laddove “regole ipotetiche

³⁴ Ibidem.

³⁵ Tale doppia implicazione è espressa in formule dal Teorema 11.9 del sistema di Ferrajoli: $(y) (DFOy \rightarrow ((DIRy \wedge ((z)(TITzy \equiv PNAz) \vee (z)(TITzy \equiv CITz))) \vee (DIPy \wedge ((z)(TITzy \equiv CAAz) \vee (z)(TITzy \equiv CITz) \wedge CAAz))))$, Ivi, p.728; da leggersi: Per ogni y, y è un diritto fondamentale implica o che per ogni z, z è titolare di y se e solo se z è una persona naturale, o che per ogni z, z è titolare di y se e solo se z è un cittadino o che y è un diritto potestativo e per ogni z z è titolare di y se e solo se z è capace di agire o z è un cittadino capace di agire.

³⁶ Ivi, p.761.

sono le regole che predispongono modalità o aspettative positive o aspettative negative o status”. Nessuna norma tetica può essere ipotetica, e viceversa, e ogni norma può essere solo tetica o ipotetica. Infatti, o status, modalità e aspettative legali saranno (legalmente) in vigore in virtù di una norma (cioè saranno da essa disposti), o lo saranno in virtù di atti che saranno efficaci nel metterli in vigore in virtù di una norma (cioè saranno predisposti dalla norma). “Disposizione” e “predisposizione” sono termini che includono l’istituzione degli status, laddove modalità e aspettative possono essere considerate, in modo più specifico *prescritte* dalle norme dal momento che necessariamente sono o implicano obblighi. I diritti (aspettative positive o negative nel sistema di Ferrajoli) sono dunque prescritti dalle regole tetiche categoricamente, indipendentemente dal verificarsi di circostanze ulteriori, laddove le regole ipotetiche li prescrivono in modo condizionale al verificarsi di circostanze quali, nel caso dei diritti patrimoniali, gli atti legalmente efficaci di acquisizione e scambio e l’assenza di atti legalmente efficaci di cessione volontaria o di esproprio. La connessione tra norme ipotetiche e singolarità, e quindi tra norme tetiche e universalità, si ricava dalla definizione di “diritto disponibile” fornita da Ferrajoli, in base alla quale “disponibile è qualunque diritto soggettivo singolare non disposto da norme tetiche, ma predisposto da norme ipotetiche”.³⁷ Ne segue, se si ammette che ogni diritto singolare sia disponibile, che ogni diritto singolare è predisposto da norme ipotetiche. D’altro canto, se ogni diritto predisposto da norme ipotetiche e non da norme tetiche è disponibile, e le norme sono o tetiche o ipotetiche, ogni diritto indisponibile non può che essere predisposto da norme tetiche e dunque ogni diritto universale, essendo indisponibile non può che essere predisposto da norme tetiche. Ogni diritto garantito in modo eguale ai membri della classe dei suoi titolari non può che essere disposto da norme tetiche, perché non può che essere universale (la singolarità dei diritti implica la disegualianza), e l’universalità implica la disposizione da norme tetiche. Per contro, ogni diritto che istituisca una disegualianza non può che essere predisposto da norme ipotetiche, perché non può che essere singolare (l’universalità implica l’eguaglianza) e la singolarità implica la disposizione da norme ipotetiche. Infine, ogni diritto inclusivo è predisposto da norme tetiche in quanto universale (la singolarità implica l’esclusività) e ogni diritto esclusivo è predisposto da norme ipotetiche in quanto singolare (l’universalità implica l’inclusività).

³⁷ Ivi, p.760.

Eguaglianza, inclusività e universalità da un lato e diseguaglianza, esclusività e singolarità dall'altro sono strettamente connesse nella teoria di Ferrajoli al significato delle proposizioni normative, tetiche nel primo caso, ipotetiche nel secondo, che attribuiscono i diritti. Le condizioni di eguaglianza di un diritto, cioè le condizioni che devono essere soddisfatte perché si possa affermare che il diritto sia fruito in modo eguale da tutti i suoi titolari coincidono con le condizioni dell'inclusività del diritto, cioè con le condizioni per cui la circostanza che un individuo usufruisca del diritto non può eliminare o limitare la capacità di fare altrettanto di ogni altro individuo membro della classe dei titolari. Inoltre esse coincidono con la specificazione di ciò che il diritto universale comporta per ogni suo singolo titolare e quindi delle condizioni che devono essere soddisfatte per l'universalità del diritto, cioè perché esso valga per ogni membro di una classe.

Perciò l'enunciazione di un eguale diritto a una certa prestazione o non lesione richiederà che sia specificato mediante apposite norme di "garanzia" come tale prestazione o non lesione possa concretamente essere garantita in modo eguale ai titolari del diritto. Il diritto all'incolumità personale, per esempio, è un'aspettativa alla non lesione di un bene (appunto il bene dell'incolumità) che, una volta che sia specificato che cosa conti come lesione, varrà egualmente per tutti i suoi titolari, nel senso che tutti saranno giuridicamente protetti da tutto ciò che sarà riconosciuto come lesione. Naturalmente, le differenze tra gli individui potranno far sì che determinati atti possano produrre conseguenze identificate come lesioni per alcuni e non per altri titolari del diritto (per esempio: fumare in presenza di qualcuno affetto da una grave forma di asma potrebbe essere una lesione della sua incolumità personale, mentre farlo in presenza di qualcuno in normali condizioni di salute potrebbe non esserlo), ma ciò non determinerà una diversa validità del diritto per questi diversi individui, ma soltanto un diverso modo di garantire la fruizione di un eguale diritto alla non lesione dell'incolumità personale. Anche nel caso dei diritti singolari, la definizione di ciò che essi comportano per i loro titolari implica la specificazione del modo in cui questi ultimi risulteranno trattati in modo legalmente diseguale (privilegiato) e conseguentemente delle modalità di esclusione dei non titolari. Per esempio nel caso di un diritto patrimoniale, la diseguaglianza tra il titolare e i non titolari consisterà nel possesso di uno specifico bene reale o nell'aspettativa di un credito quantitativamente determinato da parte del primo, con l'esclusione dei secondi. Anche nel caso di un diritto singolare non riconducibile alla categoria dei diritti patrimoniali – supponiamo per esempio, in una società di antico regime,

un'esenzione fiscale connessa a un civile o ecclesiastico (acquisito in base a certe vicende) (?)– la definizione del diritto al tempo stesso indicherà il modo in cui il titolare sarà diverso dai non titolari e sancirà l'esclusione di questi ultimi dal diritto. Inoltre, essa fornirà il criterio per individuare il singoli o i singoli titolari del diritto e distinguerli sulla base di questa titolarità dagli altri membri di una stessa classe.

A differenza delle condizioni di coerenza e completezza, che riguardano il sistema dei diritti preso nel suo complesso e i rapporti logici tra proposizioni, la condizione di universalità riguarda dunque le singole proposizioni che dispongono i diritti. Se riferita a un ordinamento giuridico nel quale i diritti siano attribuiti a classi di individui, comunque definite (la classe delle persone umane, la classe dei cittadini, la classe dei capaci di agire, ecc.) essa è una condizione tautologica, in quanto equivale alla richiesta che proposizioni che quantificano in modo universale i titolari dei diritti quantifichino in modo universale. L'attribuzione dei diritti a classi di individui, anziché a singoli quantificati esistenzialmente, d'altro canto, non è una necessità logica, perché sono evidentemente logicamente ammissibili sia proposizioni normative attributive di diritti che quantifichino universalmente i loro titolari, sia proposizioni che li quantifichino esistenzialmente. Un sistema di diritti stabiliti da proposizioni normative di quest'ultimo tipo, per esempio un sistema di diritti patrimoniali nell'accezione di Ferrajoli, soddisferebbe anch'essa in modo tautologico la corrispondente condizione della singolarità.

Che un certo diritto debba essere assegnato universalmente a tutti i membri di una certa classe dipenderà da assunti etico-politici, così come che un certo diritto debba essere indisponibile. Ciò che dipenderà da una struttura di correlazioni logiche sarà l'asserita necessità che all'universalità di un diritto sia associata la sua indisponibilità la natura tetica della norma che lo dispone, così come , per converso, che alla singolarità di un diritto sia associata la sua disponibilità e la natura ipotetica della norma che lo predispone

Di seguito proporrò un quadro revisionistico di queste correlazioni logiche. Sosterrò, anzitutto, l'esistenza di un nesso tra la maggior parte dei diritti universali e diritti singolari da essi implicati, l'inesistenza di un nesso implicativo tra universalità e teticità e tra singolarità e ipoteticità, e la possibilità, dato un gruppo di diritti singolari omogenei perché riguardanti beni o prestazioni dello stesso tipo, di esprimerli mediante una norma quantificata universalmente. In secondo luogo sosterrò l'inesistenza di un nesso implicativo tra

universalità e indisponibilità, Per contro, sosterrò che l' indisponibilità dipenda dalla natura tetica o ipotetica della proposizione normativa che lo prescrive. (paragrafo 1.3.1). Proporrò quindi, come condizioni che possono essere imposte alle proposizioni normative di un sistema di diritti su basi esclusivamente formali *l' indisponibilità dei diritti singolari disposti da norme tetiche* e *la specificazione delle condizioni che devono verificarsi perché i diritti singolari predisposti dalle norme ipotetiche siano disponibili* (paragrafo 1.3.2). Infine discuterò alcune rilevanti eccezioni alla possibilità ammettere la disponibilità di diritti singolari implicati da diritti universali. (paragrafo 1.3.3).

1.3.1 - Norme tetiche e ipotetiche

È vero che una norma attributiva di un diritto che quantifica universalmente i suoi titolari non può quantificarli esistenzialmente e viceversa. Tuttavia, il rapporto tra diritti universali e diritti singolari non è semplicemente di reciproca esclusione, perché un diritto universale può implicare diritti singolari e, per converso, l'assegnazione di diritti singolari a individui quantificati universalmente può in molti casi essere espressa anche come attribuzione di un diritto universale (ipotetico) a una classe che includa tali individui.

Consideriamo innanzitutto un esempio di come un diritto universale può implicare diritti singolari: il diritto alla salute³⁸ implica condizionalmente, secondo una sua ragionevole interpretazione, il diritto a cure mediche gratuite qualora esse si rendano necessarie. Un diritto universale (nel senso di attribuito a tutti i membri di una data classe) a cure mediche gratuite, d'altro canto, implica per ogni individuo membro della classe dei titolari il diritto ipotetico a un certo quantitativo di risorse materiali necessarie a garantire tali cure nel caso in cui si rendano necessarie, e, per coloro che ne abbiano di fatto bisogno, il diritto incondizionato a un determinato quantitativo di risorse (che potrà essere uguale o inferiore al quantitativo garantito dal diritto ipotetico). I diritti a queste risorse determinate, che saranno beni o prestazioni situati nello spazio e nel tempo, saranno singolari. Dal momento che questi diritti non saranno assegnati a tutti i membri di una classe i loro titolari non saranno quantificati universalmente, ma esistenzialmente: per ogni risorsa o prestazione oggetto di un diritto singolare a cure mediche esisteranno uno o più titolari di tale diritto. L'implicazione è qui condizionale, nel senso che i diritti singolari sono predisposti nel caso si verifichino circostanze ulteriori, in questo caso naturali e non giuridiche come in quello dei diritti

³⁸ Che per Ferrajoli è un diritto fondamentale, cfr, *ivi* p.744.

patrimoniali. Inoltre, a differenza del diritto condizionale a ricevere cure mediche qualora si renda necessario, i diritti incondizionati a queste cure singolari saranno disponibili, nel senso che i loro titolari potranno rinunciare rifiutandole. Questa forma di disponibilità è certamente diversa da quella dei diritti patrimoniali, sia perché quest'ultima include la possibilità di trasferirli ad altri, scambiandoli o cedendoli, sia perché la rinuncia in un certo momento al diritto a una certa specifica cura di regola non comporterà la rinuncia a poterla ottenere in seguito, a differenza di quanto accade con la rinuncia a un bene patrimoniale, ma è tuttavia una forma di disposizione, che elimina, almeno temporaneamente, l'obbligo correlativo al diritto di fornire un certo bene o una certa prestazione. Inoltre, è anche ipotizzabile che la rinuncia a un diritto singolare a una prestazione o a un bene medici comporti che non si possa di fatto più accedere in seguito a tale prestazione o a tale bene e persino che il diritto ad essi sia trasferito (come nel caso in cui si ceda il proprio posto nella lista d'attesa per un trapianto).

Nel sistema di Ferrajoli, una norma “tetica” attribuisce un diritto in modo incondizionato, indipendentemente dal verificarsi di ulteriori condizioni, mentre una norma ipotetica lo attribuisce in modo condizionale al verificarsi di determinati atti legali. Tuttavia, sembra che possano darsi norme tetiche connesse a diritti condizionali, come nel caso del diritto alla salute. È vero che esso può anche essere considerato incondizionato, perché in nessuna circostanza a un malato potrebbero essere negate le cure garantitegli dalla legge. Se si ammette che questo basti a qualificare come tetica la norma prescrittiva del diritto a cure mediche, però, ogni norma ipotetica potrà essere considerata tetica, date le condizioni da essa previste. In alternativa, si possono considerare norme tetiche soltanto quelle che dispongono i diritti in qualsiasi circostanza possibile e norme ipotetiche tutte quelle che predispongono diritti condizionali al verificarsi di qualsiasi tipo di circostanza, e non solo degli atti legali istitutivi dei diritti patrimoniali. Per esempio, una norma che attribuisse a tutte le persone umane il diritto di non essere torturate, e che non ammettesse eccezioni, sarebbe una norma tetica. Per contro, anche una norma che attribuisse a tutte le persone umane il diritto all'inviolabilità della libertà personale, a meno che esse non commettano reati penali, sarebbe una norma ipotetica, in quanto il diritto alla non violazione della libertà personale sarebbe condizionale alla non commissione di reati penali. Tuttavia, sia il diritto a non essere torturati, sia il diritto alla non violazione della libertà personale, o il diritto a cure mediche

gratuite, se attribuiti alle persone umane o ai cittadini di uno Stato, sarebbero diritti universali, per via della quantificazione universale dei loro titolari nelle proposizioni che li predisporrebbero. L'universalità non implica dunque la teticità della norma prescrittiva di un diritto (a meno che a "teticità" venga attribuito un significato in base al quale qualsiasi norma potrebbe essere considerata tetica).

L'implicazione dei diritti singolari da parte di una norma universale non dipende comunque dal suo essere formulabile in forma ipotetica. Infatti i diritti singolari potrebbero essere attribuiti a tutti i membri di una classe indipendentemente dal verificarsi di ulteriori circostanze, dunque in modo incondizionato. Per esempio, un diritto universale all'istruzione attribuito a tutte le persone umane comporterebbe diritti singolari a prestazioni: in particolare, accesso a specifici beni, come edifici scolastici o materiali di insegnamento, e ad attività di insegnamento. I titolari di questi diritti sarebbero infatti quantificati esistenzialmente: per ogni singola prestazione o bene la cui disponibilità (di diritto) sia implicata dal diritto all'istruzione, dovrebbero esistere uno o più titolari. Diritti di questo tipo, tuttavia, sarebbero assegnati a tutti i membri della classe dei titolari del diritto universale all'istruzione per il solo fatto di essere membri di questa classe: essi sarebbero disposti e non predisposti, incondizionati e non condizionali.

Essi potrebbero, in certi ordinamenti, essere condizionali a circostanze come l'età (l'istruzione potrebbe essere un diritto per ogni persona umana fino al raggiungimento di un certo limite di età) e il fatto di non ricevere già un'istruzione non da parte di chi ha, correlativamente al diritto, il dovere di fornirla (per esempio lo Stato), ma da altri. Tuttavia, vi potrebbero anche essere ordinamenti nei quali i non istruiti entro una certa età abbiano comunque diritto a ricevere un'istruzione. Inoltre, lasciando da parte il fatto che in certi ordinamenti potrebbe essere anche obbligatorio ricevere un'istruzione da individui determinati (come per esempio insegnanti pagati dallo Stato), il diritto potrebbe essere considerato soddisfatto sia quando le relative prestazioni fossero compiute da titolari di obblighi a compierle, sia quando fossero compiuti da titolari di semplici permessi. In entrambi i casi i diritti singolari a specifici beni e prestazioni sarebbero attribuiti ai membri della classe dei titolari del diritto universale all'istruzione per il mero fatto di essere membri della classe, indipendentemente da ogni ulteriore circostanza. La norma prescrittiva di questi diritti, pertanto, sarebbe una norma tetica che li disporrebbe in modo incondizionato.

L'implicazione di diritti singolari da parte di un diritto universale evidenziata in questi casi può essere generalizzata a ogni diritto universale consistente nell'aspettativa di un bene per garantire il quale sia necessaria una qualche risorsa fisica, vale a dire spazio-temporalmente situata. Tale categoria include le aspettative a prestazioni positive, che richiedono le risorse costituite dal tempo e dai corpi degli individui deputati a fornirle, e anche le aspettative a prestazioni negative, cioè ad astensioni da danneggiamenti o interferenze, dal momento che queste aspettative riguardano non lesioni aventi per oggetto corpi (come nel caso del diritto all'incolumità personale) o azioni compiute da individui nello spazio e nel tempo (come nel caso del diritto alla libertà personale). Soltanto diritti universali consistenti in aspettative a beni o a prestazioni che non implicano, di per sé, l'impiego di risorse fisiche potrebbero a loro volta non implicare diritti singolari. Esempio di un diritto di questo genere è il diritto all'eguaglianza di fronte alla legge. Mentre da un lato è ovviamente necessario l'impiego di risorse per *applicare* la legge agli individui, la richiesta che essa, presupposto che sia applicata, lo sia *equamente* non sembra richiedere alcun significativo *ulteriore* impiego di risorse. In tale affermazione vi è un elemento stipulatorio: garantire l'equità comporta i costi dell'acquisizione di informazioni pertinenti (che possono essere diverse rispetto a quelle necessarie alla sola applicazione della legge: per esempio, in un processo penale per garantire l'equità può essere necessario informarsi, oltre che su un fatto criminale, sulla biografia dell'imputato) e della *valutazione* per decidere quali linee di condotta siano eque. Tuttavia, sembra ragionevole non considerare le risorse necessarie a queste prestazioni come oggetti di diritti singolari dei loro beneficiari. Ciò perché a sua volta l'equità può essere considerata come una qualificazione dell'azione di applicare la giustizia e non essa stessa come il prodotto di un'azione distinta. Generalizzando questa opzione, ogni diritto procedurale (ad esempio il diritto al giusto processo, che richiederà oltre all'equità, l'applicazione di determinate garanzie a tutela degli imputati o delle parti) potrà essere considerato come esclusivamente universale e non come implicante diritti singolari, dal momento che le risorse che sarebbero l'oggetto di questi diritti possono essere considerate come richieste dalla prestazione processuale, cui il diritto procedurale si limita ad imporre vincoli concernenti appunto il *come* debba essere fornita. A sua volta, la prestazione in quanto tale potrà essere o meno l'oggetto di un diritto universale (di un'aspettativa positiva) esso sì implicante diritti singolari a risorse determinate.

I diritti universali esprimibili sotto forma di norme ipotetiche, oltre a poter implicare diritti singolari possono, con alcune eccezioni, essere definiti a partire da questi ultimi. Utilizzando ancora la definizione dei diritti soggettivi proposta da Ferrajoli, si può schematizzare il processo come comprendente quattro fasi:

- 1) una definizione intensionale dei beni e/o delle prestazioni oggetto dei diritti singolari,
- 2) l'affermazione del diritto soggettivo (cioè dell'aspettativa) a questo bene e/o a questa prestazione,
- 3) la definizione (intensionale o estensionale) della classe dei titolari di questo diritto,
- 4) la specificazione della condizione di eguaglianza della soddisfazione del diritto per tutti i membri della classe dei titolari.

Il primo passaggio richiede l'individuazione di un'omogeneità tra i beni o le prestazioni oggetto delle aspettative normative degli individui. Una definizione intensionale individua un'intera classe di singoli beni e/o prestazioni mediante l'indicazione di una loro caratteristica comune. La definizione può riunire beni o prestazioni o anche beni e prestazioni. Per esempio la classe delle "cure mediche" potrebbe comprendere sia beni fisici, come medicinali, sia azioni, come le cure prestate dai medici.

Il secondo passaggio è la vera e propria definizione del diritto universale come aspettativa normativa al bene, alla prestazione o alla classe di beni e prestazioni definiti nel primo passaggio.

Il terzo passaggio è la definizione della classe degli individui titolari del diritto che può essere intensionale o estensionale, cioè consistere in un mero elenco. La classe dei titolari non coincide necessariamente con la classe di coloro che di fatto sono titolari dei diritti singolari, in quanto può essere estesa ad altri che in certe circostanze che di fatto non si verificano diverrebbero titolari di tali diritti singolari. Per esempio, il diritto universale alle cure mediche potrebbe essere attribuito alla classe dei cittadini di un certo stato, o a quella degli esseri umani, mentre i diritti singolari a determinate "cure", per esempio, farmaci o prestazioni mediche, sarebbero attribuiti solo a coloro che ne avessero bisogno. I membri sani della classe dei titolari del diritto universale diverrebbero a loro volta titolari di diritti singolari qualora si verificasse la situazione che li renderebbe per loro significativi, vale a dire se si ammalassero. La coincidenza o meno tra la classe dei titolari dei diritti singolari e

classe dei titolari dei diritti universali determina anche la natura tetica, nel primo caso, o ipotetica, nel secondo, della proposizione prescrittiva del diritto. Infatti, solo se l'attribuzione dei diritti singolari è condizionale a circostanze diverse dall'appartenenza alla classe dei titolari del diritto universale, cioè se è implicata da una norma ipotetica, alcuni di questi possono essere sia titolari del diritto universale che non titolari dei diritti singolari da essi implicati.

Nel quarto passaggio, definendo le condizioni alle quale si può considerare che il diritto sia rispettato in modo eguale si definisce allo stesso tempo il contenuto specifico del diritto. L'eguale diritto a cure mediche sarà per esempio un eguale diritto a un certo ammontare di cure mediche, che potrà essere variamente definito (per esempio come diritto a un *minimo* di cure mediche, come diritto alle cure mediche *sufficienti*, come diritto alle cure mediche ragionevoli in base a una qualche calcolo del rapporto costi benefici, ecc).

Un ulteriore esempio di diritto universale espresso da una norma ipotetica e definito a partire da di diritti singolari potrebbe essere un "diritto al rispetto degli obblighi contrattuali". Supponiamo che un certo numero di individui goda di diritti singolari a beni o a prestazioni loro garantiti da contratti che hanno istituito obblighi a carico di controparti. Tali beni e prestazioni potranno essere riuniti nella classe degli obblighi contrattuali e su questa base potrà essere definito un diritto a veder rispettati gli obblighi contrattuali a proprio favore. La classe dei titolari di tale diritto potrà includere, per esempio, tutti i cittadini dotati di capacità giuridica, o tutte le persone dotate di capacità giuridica. La condizione di eguaglianza verrà definita in relazione alla nozione di obbligo contrattuale: il diritto sarà infatti un eguale diritto al rispetto – da parte della controparte - degli obblighi contrattuali. Così definito, il diritto universale al rispetto dei contratti stipulati sarà una prescrizione universale ipotetica del rispetto dei contratti stipulati.

Un esempio di diritto universale prescritto da una norma tetica, definito a partire da diritti singolari potrebbe invece essere rappresentato da un "diritto al minimo vitale". Supponiamo che alcuni individui godano di diritti singolari al consumo o all'uso di determinate risorse fisiche eterogenee tra le quali, per esempio, alimenti, capi di vestiario, abitazioni. Supponiamo anche che ciascuno di questi beni risulti necessario alla sopravvivenza del suo titolare. Si potrà allora definire la classe dei beni necessari alla sopravvivenza, comprendente non solo i beni effettivamente nella disponibilità degli individui titolari dei diritti singolari, ma qualsiasi bene che *potrebbe* essere necessario per la

sopravvivenza di chiunque. La classe potrebbe poi essere ulteriormente estesa comprendendo alcune delle *prestazioni* di fatto o ipoteticamente necessarie per la sopravvivenza, come le cure parentali nella prima infanzia o certe cure mediche classificabili come “di base”. L’insieme di beni fisici e prestazioni necessari alla sopravvivenza potrebbe essere definito intensionalmente come “minimo vitale”. Su questa base potrebbe allora essere definito un diritto al minimo vitale, inteso come aspettativa positiva a beni o a prestazioni necessari alla sopravvivenza. La classe dei titolari di tale diritto potrebbe coincidere con quella dei titolari dei diritti singolari, oppure essere più ampia. Potrebbe essere definita estensionalmente, mediante un elenco o intensionalmente, per esempio come la classe dei cittadini di uno stato o come la classe delle persone umane. Infine, la condizione di eguaglianza del diritto al minimo vitale verrà definita in relazione alla definizione di quest’ultimo, quindi non come diritto a una quota eguale di risorse o ad eguali prestazioni, ma come un eguale diritto ai beni e alle prestazioni necessari per la sopravvivenza di ciascun individuo. Definito in questo modo, il diritto universale al minimo vitale è prescritto da una norma tetica, che al contempo dispone e non predispone i diritti singolari da esso implicati.

1.3.2 – Condizioni di indisponibilità

Dal momento che i diritti universali possono essere prescritti da norme ipotetiche, e possono implicare diritti singolari, questi ultimi possono essere disponibili, ovvero derogabili da coloro che ordinariamente detengono i correlativi doveri e alienabili dai loro stessi titolari. La deroga o l’alienazione dei diritti singolari disposti da una norma ipotetica, infatti, non comportano una contraddizione tra la quantificazione universale dei titolari del diritto nella norma e la titolarità di fatto da parte solo di alcuni membri della classe dei titolari. Una norma universale ipotetica dispone un diritto universale a diritti singolari ipotetici, e l’eventuale disposizione di questi ultimi non modifica l’universalità del primo, nello stesso modo in cui questa non è intaccata qualora le condizioni previste dalla norma per la titolarità dei diritti singolari si verificano solo per alcuni membri della classe dei titolari del diritto universale. Così come il fatto che i sani non abbiano diritti singolari a cure mediche non implicherebbe la cessazione dell’universalità di un diritto a cure mediche *qualora ci si ammali* attribuito a tutti i membri di una classe (come le persone umane o i cittadini di uno stato) e così come il fatto che coloro che non hanno stipulato contratti non abbiano diritto al rispetto di contratti specifici non intacca l’universalità del diritto al rispetto dei contratti

stipulati, anche la deroga o l'alienazione di diritti singolari predisposti da norme ipotetiche che ne ammettano la disponibilità non intaccherebbero l'universalità dei diritti ipotetici a questi diritti singolari. Il diritto al rispetto dei contratti, per esempio, potrà prevedere diritti contrattuali singolari volontariamente alienabili dai loro titolari, che potrebbero cederli ad altri o semplicemente rinunciarvi. Tuttavia, privandosi dei loro diritti singolari, i contraenti non rinuncerebbero al diritto universale al rispetto dei diritti contrattuali da loro acquisiti e non ceduti. Lo stesso diritto all'inviolabilità della libertà personale, se soggetto a eccezioni specificate dalla legge, implicherebbe diritti singolari derogabili, ma il fatto che alcuni, nelle circostanze previste dalla legge (per esempio, esigenze di sicurezza, o la commissione di un reato) vengano privati di questi diritti singolari non li priva tuttavia del diritto universale alla non violazione della libertà personale se non nelle circostanze previste dalla legge. Ogni diritto patrimoniale su beni reali, poi, potrà essere alienato volontariamente, o espropriato nelle circostanze previste dalla legge, senza che la disposizione dei diritti singolari intacchi il diritto universale di proprietà, definito come il diritto di esercitare i diritti singolari di proprietà sui beni reali di cui si è divenuti proprietari mediante, per esempio, acquisizioni legittime, scambi, donazioni, lasciti.

La teticità di una norma implica invece sempre l'indisponibilità dei diritti singolari da essa disposti. Ciò perché è la norma stessa ad attribuire direttamente i diritti, indipendentemente da ogni ulteriore condizione che potrebbe o verificarsi o non verificarsi. Pertanto, una norma tetica universale non ammette eccezioni al diritto universale che stabilisce e, se esso implica diritti singolari, dispone anch'essi categoricamente. Una norma tetica che direttamente disponga diritti singolari, d'altro canto, non potrebbe ammetterne la transitorietà, a meno che non definisca essa stessa l'arco di tempo nel quale i diritti sarebbero in vigore. In tal caso però sarebbe equivalente a una norma ipotetica in base alla quale uno o più individui sarebbero i titolari di certi diritti singolari data la condizione che un certo periodo di tempo fosse iniziato e non ancora concluso. Come nel caso delle norme universali, la decisione di considerare tetica una tale norma richiederebbe di fare altrettanto con norme prescrittive di diritti singolari legati a una qualsiasi condizione. Se invece si considerasse tetica soltanto una norma che attribuisse categoricamente un diritto esso non potrebbe venir meno con il trascorrere del tempo, nemmeno per essere stato derogato o ceduto dal suo titolare.

La disponibilità di un diritto singolare, d'altro canto, implica l'ipoteticità della norma che lo predispone. Come si è visto nel paragrafo 1.3.1, data una certa classe di individui, se diritti singolari omogenei (cioè che vertono su beni o prestazioni dello stesso tipo) sono attribuiti soltanto a uno o ad alcuni di essi, è possibile, con alcune eccezioni che discuterò in seguito, predisporli mediante una norma universale, cioè che quantifichi su tutti i membri della classe, se essa è ipotetica, cioè se condiziona la titolarità dei diritti al verificarsi di certe condizioni. È cioè possibile, per ogni insieme di diritti singolari omogenei attribuiti ai membri di una sottoclasse, disporre un diritto universale attribuito alla classe nella sua interezza, definito come un diritto (o un meta-diritto) ipotetico ai diritti di fatto attribuiti ai membri della sottoclasse. Questa possibilità è inoltre estesa ai diritti derogabili, per il verificarsi di condizioni chiaramente determinate dalla legge, o alienabili. La circostanza che alcuni membri di una classe siano privi di certi diritti essendone stati privati per il verificarsi delle condizioni previste dalla legge o essendosene essi stessi volontariamente privati attraverso atti legalmente efficaci, non elimina la possibilità di attribuire anche a loro un diritto universale (quantificato su tutti i membri della classe) ipotetico a quei diritti. La disponibilità, come derogabilità o alienabilità dei diritti, è infatti solo un caso particolare della *condizionalità* dei diritti, che è appunto compatibile con la loro predisposizione mediante una norma ipotetica universale. Dal momento che la teticità di una norma implica l'indisponibilità dei diritti da essa stabiliti, inoltre, diritti disponibili possono essere stabiliti *solo* da una norma ipotetica e dunque la disponibilità implica l'ipoteticità. Per contro, l'ipoteticità non implica la disponibilità, proprio perché la disponibilità di un diritto costituisce solo un caso particolare della *condizionalità*.

Una norma tetica, come una norma ipotetica, potrebbe d'altro canto essere essa stessa derogabile. Il nesso logico tra norma tetica universale e indisponibilità dei diritti singolari da essa disposti non esclude questa possibilità, ma soltanto quella che, essendo in vigore il diritto universale disposto dalla norma, non lo siano i diritti singolari da essa implicati. Allo stesso modo, le deroghe previste da una norma ipotetica al diritto da essa stabilito, sono di differente natura rispetto alla possibile deroga alla norma stessa, in base alla quale i diritti singolari da essa implicati potrebbero non essere rispettati nelle stesse condizioni che ordinariamente li prevederebbero.

Rimandando il confronto tra sistemi inderogabili e derogabili di diritti, si possono qui indicare due richieste relative al rapporto tra norme universali e diritti singolari da esse

implicati. Se queste norme sono universali, a seconda che siano tetiche o ipotetiche i diritti singolari dovranno soddisfare diverse condizioni per conservare l'universalità della norma:

1) i diritti singolari implicati da norme tetiche che dispongono diritti universali dovranno essere attribuiti a tutti i membri della classe dei titolari del diritto universali e dovranno inoltre essere indisponibili. Se così non fosse si avrebbe una contraddizione tra la quantificazione universale della norma e la non universalità della titolarità del diritto da essa stabilito. L'implicazione dei diritti singolari da parte del diritto universale comporta infatti, nel caso di norme tetiche, che a chi non fosse attribuito il diritto singolare non sarebbe attribuibile neppure il diritto universale,

2) i diritti singolari predisposti da norme ipotetiche universali potranno essere attribuiti solo ad alcuni dei membri della classe, ma tutti potranno acquisirli in circostanze determinate e potranno esserne privati o privarsene soltanto in circostanze egualmente determinate. Una norma che attribuisce un diritto universale ipotetico ad essere titolari di diritti singolari deve specificare le circostanze nelle quali un individuo è di fatto titolare di questi ultimi. In assenza di questa indicazioni, non vi sarebbe neppure un'attribuzione universale del diritto ipotetico ad essere titolari di diritti singolari, perché non sarebbero determinate le circostanze in cui questo avverrebbe. Inoltre, se tra queste circostanze ve ne sono di negative, quali quelle che *non* si verificano le circostanze che renderebbero lecita una deroga e *non* vengano compiuti atti efficaci di alienazione, anche queste devono essere chiaramente determinate. Ci sono due modi per far questo: determinare esattamente i casi nei quali i diritti singolari sono inderogabili e inalienabili e considerarli derogabili e alienabili in tutti gli altri, oppure determinare esattamente i casi in cui i diritti sono derogabili e alienabili, e considerarli inderogabili e inalienabili in tutti gli altri. La prima soluzione, a meno che il legislatore non producesse un elenco molto lungo di casi di inderogabilità e inalienabilità, comporterebbe il moltiplicarsi dell'incertezza sulla titolarità dei diritti e la conseguente necessità di decidere, in innumerevoli situazioni, se derogare o meno da essi e di accertare il compimento o non compimento degli innumerevoli possibili atti di alienazione dei diritti. Pertanto, è prevedibile che nei sistemi giuridici positivi la via scelta sia costantemente la seconda. In tali sistemi dunque, la specificazione delle circostanze della disponibilità di diritti singolari implicati da un diritto ipotetico universale sarà parte della determinazione del significato di quest'ultimo. Tali condizioni saranno anche condizioni dell'universalità del diritto ipotetico, perché esso potrà essere attribuito a tutti i membri di una classe soltanto se

ognuno di essi sarà titolare dei diritti singolari in ogni circostanza in cui ciò è previsto dalla norma ipotetica e non ne sarà titolare soltanto nelle circostanze ammesse da questa stessa norma. Inoltre, esse saranno condizioni dell'eguaglianza del diritto ipotetico, che sarà attribuibile in modo eguale a tutti i membri di una classe soltanto se ognuno di loro sarà titolare o non titolare dei diritti singolari implicati nelle medesime circostanze. Tale eguaglianza a sua volta è condizione come visto nel paragrafo 1.3.1, dell'inclusività del diritto.

1.3.3 - Eccezioni

Come ho anticipato, vi sono eccezioni alla possibilità di sussumere diritti singolari sotto norme universali ipotetiche. Esse sono rappresentate da diritti singolari la cui condizione sia l'identità personale dei loro titolari o la loro appartenenza a una sottoclasse individuata da una caratteristica non trasferibile. Diritti spettanti a certi individui per il solo fatto di essere tali individui, o per il solo fatto di appartenere a una certa categoria di persone alla quale non si può appartenere che per nascita non sarebbero universalizzabili. Supponiamo per esempio che all'individuo X sia attribuito, in quanto è l'individuo X, un diritto patrimoniale su un certo bene. Tale diritto, essendo innanzitutto attribuito a X in virtù del suo essere X e non del verificarsi di vicende legali quali la legittima acquisizione da parte di X del bene o il legittimo trasferimento di quest'ultimo a X, non sarà alienabile, dato che nessuno che non sia X potrà divenire X. Pertanto, non sarà possibile nemmeno affermare un diritto condizionale degli altri membri della classe a divenire proprietari del bene. Per esempio, se in una monarchia ereditaria al re fosse attribuita la proprietà del regno, essa non sarebbe un diritto di nessun altro e nessun altro avrebbe il *diritto* di acquisirla. Lo stesso varrebbe per ogni diritto singolare attribuito alla persona del sovrano. In caso di morte o di abdicazione del re un altro individuo potrebbe essere designato come depositario dei diritti del sovrano, ma questo non sarebbe un trasferimento volontario dal primo individuo al secondo, in quanto sarebbe la norma a designare, in successione, i singoli individui cui sarebbero attribuiti i diritti del sovrano (ciò presuppone che l'identità del successore sia determinata rigidamente dalle norme del regno: in una monarchia elettiva, o nella quale ogni re potesse indicare il suo successore, gli eleggibili al ruolo di re avrebbero effettivamente il diritto di diventare tali, posto il verificarsi di certe condizioni, e quindi anche il diritto di acquisire tutti i diritti collegati al ruolo di re). Analogamente, se ai membri di una sottoclasse definita in modo da

escludere la possibilità per i non membri di divenirne membri venissero attribuiti diritti in quanto membri di tale sotto-classe, non sarebbe possibile attribuire a tutti i membri della classe più ampia il diritto ai diritti dei membri della sotto-classe. Per esempio, se in una società gerarchica agli appartenenti di un particolare casta, di cui si fosse membri per nascita, fossero attribuiti una serie di diritti dai quali tutti gli altri fossero esclusi, non si potrebbe attribuire alcun diritto universale a quei diritti di casta a tutti i membri della società. Una tale situazione sarebbe diversa da quella di una società cetuale, nella quale alcuni gruppi godessero di diritti loro riservati, ma, pur essendo tali gruppi necessariamente una sottoclasse della classe dei membri della società, fosse comunque possibile accedervi.

Un caso particolarmente importante che rientra nel novero dei diritti singolari non universalizzabili se attribuiti solo ai membri di una sottoclasse è rappresentato dai diritti di proprietà di sé. Supponiamo che all'interno di una classe di individui soltanto i membri di una sottoclasse godano di un *qualche* diritto di proprietà di sé. I non membri, pertanto, non godono di *nessun* diritto di proprietà su di sé e sono quindi o legalmente di proprietà di qualcuno dei membri della sottoclasse dei proprietari di sé o soggetti alla loro libertà d'azione alla stregua di oggetti privi di proprietario. Supponiamo inoltre che i membri della classe dei proprietari di sé siano tali o in virtù della loro identità personale o in virtù di una qualche caratteristica non acquisibile. Allora non sarebbe definibile un diritto universale, valido per tutti membri della classe, alla proprietà di sé, nemmeno come meta-diritto condizionale ad essere proprietari di sé in certe circostanze, dato che i membri della sottoclasse dei non proprietari non potrebbero mai divenire membri della sottoclasse dei proprietari di sé. I due gruppi sarebbero a tutti gli effetti caste chiuse. Potrebbe tuttavia darsi un ordinamento nel quale fosse possibile l'ingresso nella sottoclasse dei proprietari di sé. Ciò potrebbe avvenire in seguito al verificarsi di un evento indipendente dall'azione umana oppure in seguito a un'azione umana, che potrebbe dover essere compiuta dai non proprietari stessi o da altri, già membri della sottoclasse dei proprietari di sé. Per esempio un ordinamento giuridico potrebbe prevedere l'acquisizione del diritto alla proprietà di sé al raggiungimento di un certo limite di età, oppure in seguito all' "affrancamento" compiuto da un proprietario del non proprietario di sé, oppure in seguito a una pubblica dichiarazione di quest'ultimo. Negli ultimi due casi sarebbe inappropriato definire la possibilità di entrare nella sotto-classe dei proprietari di sé un diritto, per il medesimo motivo: l'azione che realizzerebbe questa possibilità non sarebbe in nessuno dei due casi sotto il controllo del

primo proprietario. Nel caso dell'azione compiuta da altri ciò è evidente: sarebbero infatti questi ultimi a doverla compiere. Anche nel caso in cui l'azione debba essere compiuta dal non proprietario, del resto, a quest'ultimo non sarebbero garantite né la libertà di compierla, che potrebbe essere limitata o annullata dall'imposizione di doveri ad essa opposti, né una pretesa alla non interferenza fisica che gli assicuri di non essere impedito dal portarla a termine dall'azione di altri individui, né tanto meno immunità e poteri giuridici nei confronti dei proprietari di sé. Il diritto di divenire proprietario di sé compiendo un'azione, però, richiederebbe il diritto di compiere quell'azione. In assenza di quest'ultimo la possibilità di entrare nella classe dei proprietari di sé non sarebbe, appunto, nient'altro che una possibilità. Lo stesso potrebbe dirsi, abbastanza naturalmente, del caso in cui la possibilità dell'ingresso dipenda da un evento indipendente dall'azione umana, e *incerto*. In questo caso infatti, il non proprietario di sé non avrebbe il "diritto" di divenire proprietario di sé più di quanto il partecipante a una lotteria avrebbe il "diritto" al premio. A differenza di quest'ultimo, che avrebbe almeno il diritto di al premio qualora acquistasse il biglietto vincente, il non proprietario non avrebbe inoltre nemmeno il diritto a divenire proprietario di sé nel caso in cui l'evento si verificasse, perché, mancando di ogni altro diritto su di sé, prima dell'evento favorevole potrebbe essere ucciso, o subire qualsiasi altro intervento che varrebbe a invalidare o a rendere inefficace la sua liberazione. Lo stesso potrebbe avvenire, inoltre, per eventi che prevedibilmente si verificherebbero senza un intervento umano. In un ordinamento giuridico nel quale i non proprietari di sé potessero acquisire il diritto alla proprietà di sé raggiunta una certa età anagrafica essi non avrebbero comunque un diritto condizionale al diritto alla proprietà di sé, perché prima dell'evento potrebbero, per esempio, essere uccisi.

Soltanto un'attribuzione a tutti i singoli membri di una classe dei singoli diritti di proprietà di sé, quindi, consentirebbe la possibilità di attribuire un diritto alla proprietà di sé quantificandolo universalmente sulla classe. Da ciò segue anche la richiesta dell'indisponibilità dei diritti di proprietà di sé. Infatti, se per qualche individuo il diritto alla proprietà di sé fosse derogato, o se egli se ne potesse volontariamente privare, verrebbe a trovarsi, come il non proprietario di sé dalla nascita, in una situazione nella quale non gli si potrebbe attribuire nemmeno un diritto ipotetico a divenire proprietario di sé. Anche in questo caso, che non è altro che una specificazione dell'attribuzione condizionale della proprietà di sé, con la condizione che non ricorrano le circostanze di una deroga e non siano

compiuti atti legalmente efficaci di alienazione, non sarebbe dunque possibile attribuire universalmente nemmeno un diritto ipotetico ad essere proprietari di sé.

Capitolo 2.- Diritti non assoluti

La condizione di coerenza dei sistemi normativi è stata discussa nel primo capitolo in relazione a obblighi assunti come inderogabili, sostenendo che benché non vi siano ragioni logiche per cui obblighi morali inderogabili non possano essere conflittuali, la supposizione della razionalità di un legislatore reale o ipotetico richiederebbe l'eliminazione dei conflitti tra diritti. Resta tuttavia aperta la possibilità che tutti o alcuni degli obblighi conflittuali previsti da un sistema normativo siano derogabili, così che uno di essi prevalga sull'altro in caso di conflitto. In un sistema di obblighi derogabili, la condizione di coerenza risulterebbe modificata, in quanto non richiederebbe che non si diano mai contemporaneamente l'obbligo di compiere una certa azione e l'obbligo di ometterla, o l'obbligo di compiere un'azione e quello di compierne un'altra che la renderebbe impossibile, ma piuttosto che tra obblighi di questo tipo si possa in ogni momento stabilire una gerarchia. Analogamente a quanto avverrebbe nel campo morale secondo le teorie intuizioniste, obblighi *prima facie* potrebbero confliggere, ma un adeguato processo di ponderazione porterebbe *all things considered* a selezionare uno degli obblighi in conflitto, garantendo la coerenza del sistema.

Un tale processo di ponderazione e selezione avverrà, per ciò che riguarda i sistemi giuridici positivi, prevalentemente mediante decisioni giudiziali. Da ciò sembrano derivare alcuni problemi: se non sia, in definitiva, il processo di decisione giudiziale a creare il diritto nel caso in cui sia necessario dirimere conflitti tra obblighi, se tale processo avvenga arbitrariamente o secondo un qualche criterio razionale e infine se tali criteri razionali siano esterni o interni al diritto positivo. Questo problema generale può essere considerato con particolare riferimento ai diritti. Un sistema di diritti connessi a doveri non compossibili potrebbe infatti essere reso coerente prevedendo deroghe e regole di priorità. In un tale sistema i diritti avrebbero un ruolo diverso da quello di vincoli collaterali all'azione, che definiscono ciò che in ogni caso non può essere fatto o non può essere omesso o di decisori di ultima istanza dei conflitti interpersonali (moralmente o circa interessi) e anche da quello di principi etici - o, nel diritto positivo, costituzionali - supremi, cui tutte le norme subordinate di un ordinamento giuridico dovrebbero essere conformi o positivamente, attuandoli, o negativamente, non contraddicendoli.

Riguardo ai diritti costituzionali, Bruno Celano³⁹ ha argomentato che conferire ad essi una validità assoluta sarebbe impossibile e in definitiva assurdo, non solo in riferimento alle caratteristiche contingenti di ordinamenti positivi esistenti, ma anche se si volessero immaginare sistemi ipotetici di diritti compostibili aventi il ruolo di vincoli collaterali, perché ogni diritto, in accordo con qualsiasi ragionevole assunto assiologico, dovrebbe comunque essere limitato nel suo esercizio e nella sua definizione da altri diritti, da clausole limitative anche aperte, da riserve di legge atte a coprire casi non prevedibili nei quali tuttavia si rivelerà ragionevole sospendere o intaccare il diritto.

Ciò renderà necessari, appunto, processi di ponderazione e di decisione circa l'applicazione dei diritti a casi concreti e non volendo affidare questi ultimi a decisioni discrezionali, per esempio del potere giudiziario, criteri per effettuare tali ponderazioni e decisioni. Senza la pretesa di fornire una ricognizione esaustiva delle proposte avanzate in questo senso dalla filosofia del diritto, né delle teorie degli autori ai quali limiterò la mia analisi, intendo di seguito presentarne e discuterne alcune, fornendo nel contempo ragioni a favore di un sistema di diritti non derogabili.

2.1 – I diritti come principi derogabili

Robert Alexy in *A Theory of Constitutional Rights*⁴⁰ definisce i principi come “optimization requirements”, norme che richiedono che certi obiettivi siano realizzati *al massimo grado possibile (to the greatest extent possible)*, e che quindi ammettono diversi gradi di realizzazione. Essi sono quindi caratterizzati in opposizione alle regole che possono essere soltanto rispettate o non rispettate. Da questa prima differenza ne segue poi un'altra, relativa alla risoluzione di casi in cui regole o principi entrino in conflitto. Mentre i conflitti tra regole verranno risolti ammettendone eccezioni o dichiarandone invalida una di esse, i conflitti tra principi verranno risolti attraverso il ricorso a un principio procedurale di ponderazione (*balancing*), per cui uno di essi verrà “outweighed” dall'altro. Ciò non comporterà né l'invalidità del principio messo da parte, perché al contrario questo stesso principio potrà prevalere sull'altro in altre circostanze, né l'ammissione di un'eccezione ad esso, e ciò perché una norma che può essere soddisfatta fino a un certo punto, di per sé non

³⁹ Bruno Celano, *I diritti nello Stato Costituzionale*, il Mulino, Bologna 2013.

⁴⁰ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002.

richiede di essere rispettata in ogni circostanza. Affermare che un principio abbia un “peso” maggiore di un altro significa affermare che in una certa circostanza vi sono ragioni sufficienti per pensare che debba essergli accordata la precedenza:

On any set of concrete facts principle P_1 has greater weight than the opposing principle P_2 when there are sufficient reasons for supposing that in the circumstances of the concrete case, P_1 takes precedence over P_2 .⁴¹

La procedura di ponderazione dei principi approda comunque alla definizione di una *regola* le cui conseguenze legali coincidono con quelle del principio cui viene assegnata la precedenza:

The circumstances under which one principle take precedence over another constitutes the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence.⁴²

Alexy difende la natura razionale della procedura di ponderazione contro Jürgen Habermas, che le muove appunto l'accusa di irrazionalità e arbitrarietà insieme a quella di sottrarre ai principi il ruolo di barriere (*firewall*) normative invalicabili.⁴³

La procedura di ponderazione è invece per Alexy razionale nel senso che è in grado di fornire ragioni atte a giustificare le decisioni finali, dunque non è arbitraria e non abolisce il valore normativo dei diritti costituzionali⁴⁴, che continuano a vincolare le possibili decisioni giudiziarie. Un esempio di procedura di ponderazione razionale dei principi è quanto previsto dalla legge costituzionale tedesca, che inserisce la ponderazione nel più comprensivo principio di proporzionalità. Questo include i sotto-principi di idoneità (*suitability*), di necessità e di proporzionalità in senso stretto.⁴⁵ Il principio di idoneità esclude l'adozione di mezzi che, mentre ostacolano la realizzazione di almeno un principio, non riescono a conseguire lo scopo per il quale li si vorrebbe adottare. Il principio di necessità richiede che tra due mezzi egualmente idonei alla realizzazione di un principio prevalente P_1 si adotti quello che comporti l'interferenza meno intensa con il principio concorrente P_2 (l'applicabilità del principio dipende dall'assenza di interferenze del mezzo con un terzo

⁴¹ Ivi, pp.52-53.

⁴² Ivi, p.54.

⁴³ J. Habermas, (1992), trad.W. Rehg, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge Ma, 1996.

⁴⁴ Sono queste le accuse mosse da J. Habermas alla procedura di ponderazione.

⁴⁵ Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in “Ratio Juris”, vol 16, n.2 (2003), pp.131-140.

principio P₃, nel qual caso si renderebbe necessario un processo di ponderazione tra i costi imposti dai due mezzi).

Il principio di proporzionalità in senso stretto, infine, è identificato da Alexy con una regola procedurale da lui denominata “legge di ponderazione” (*Law of Balancing*), così formulata:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other ⁴⁶

La procedura di ponderazione risulta dunque divisibile in tre stadi: 1) la determinazione del grado di non soddisfazione o del danno (*detriment*) che il prevalere delle conseguenze normative di un principio determinerà per l'altro, 2) la valutazione dell'importanza della soddisfazione del principio rivale e infine 3) la risposta alla domanda se la soddisfazione di quest'ultimo giustifichi la non soddisfazione del primo. La razionalità della procedura dipenderà pertanto dalla possibilità di giudizi razionali circa l'intensità dell'interferenza con il principio lasciato infine cadere, l'importanza della soddisfazione del principio prevalente e la comparazione tra le due misure.

La possibilità di tali giudizi razionali è esemplificata da Alexy analizzando alcune sentenze delle corti tedesche. Una decisione della Corte costituzionale riguardante il dovere dei produttori di tabacco di apporre sui loro prodotti avvisi circa il pericolo del fumo per la salute è stata da essa presentata come l'esito “ovvio” di un bilanciamento tra un danno *lieve* al principio della libertà di scelta dell'occupazione dei produttori di tabacco -che invece sarebbe stato danneggiato in modo serio da un divieto di produzione -e l'alto rischio del fumo per la salute, che fornisce “forti” o “serie” ragioni per l'interferenza.

La procedura di ponderazione è articolata in tre fasi: nella prima si attribuisce all'interferenza con un principio un valore su una scala a tre gradi: *lieve*, *moderato* e *serio*, nella seconda si fa lo stesso con l'interferenza ipotetica del principio in conflitto con il primo, nella terza si valutano comparativamente i “pesi” rispettivi delle due interferenze. Si daranno tuttavia casi nei quali l'intensità relativa dei danni ai diritti in conflitto sarà eguale. Mentre un'interferenza di intensità *seria* e una *lieve* o *media* saranno certamente comparabili, la procedura di ponderazione non permetterà di scegliere tra un'interferenza seria e il danno

⁴⁶ Ivi, p. 136.

altrettanto serio che essa potrebbe evitare. In questo caso, secondo Alexy si dovrà stabilire una priorità in sede legislativa.

L'esemplarità del caso dell'industria di tabacco, nota Alexy, potrebbe essere negato, dato che esso coinvolge valori di cui è possibile fornire almeno una stima di tipo quantitativo, quali il rischio e il danno economico a un settore produttivo. Viene allora presentato un altro esempio relativo a una sentenza su un caso di conflitto tra libertà di espressione e "diritto alla personalità" che non presenta questa limitazione: condannato a un risarcimento per aver definito "assassino nato" e "storpio" un ufficiale paraplegico della riserva il settimanale satirico *Titanic* ricorre davanti alla Corte regionale di appello di Dusseldorf. Da un lato la prospettiva della condanna del settimanale a pagare un risarcimento all'ufficiale viene associata ad un danno serio al principio di libertà di espressione, perché prevedibilmente influenzerà il comportamento futuro del settimanale, spingendolo ad autocensurarsi, dall'altro la definizione dell'ufficiale come "assassino nato" viene associata ad un danno moderato al diritto alla personalità, perché posto nel contesto del frequente ricorso del settimanale a espressioni simili, riconoscibilmente umoristiche. Pertanto, il bilanciamento tra i due possibili danni viene risolto in favore del settimanale per quanto riguarda l'espressione "assassino nato" per la quale il danno che sarebbe inflitto al principio di libertà di espressione dalla condanna a un risarcimento viene giudicato sproporzionato. La violazione del diritto alla personalità rappresentata dall'uso del termine "storpio" viene però giudicata molto seria, perché espressione di "mancanza di rispetto" e umiliante, al punto da rendere tendenzialmente ininfluenza ogni ragione contraria al risarcimento fondata sul diritto alla libertà di espressione. Su questa base, le ragioni dell'appello del settimanale vengono giudicate insufficienti e respinte.

Alla base del dispositivo della sentenza, vi sarebbe per Alexy quello che viene da lui definito "principio di sproporzione". In base ad esso:

An interference with a constitutional right is *disproportional* if it is not justified by the fact that the omission of this interference would give rise to an interference with another principle (or with the same principle with respect to other persons or in other respects) provided that this latter interference is at least as intensive as the first one.⁴⁷

La razionalità della procedura di ponderazione si fonda precisamente sul fatto che i giudizi di proporzionalità sono fondati su giudizi circa gradi di intensità dei danni arrecati ai

⁴⁷ Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, (2003), cit. , p.138.

principi, che costituiscono le *ragioni* dei primi. Tali giudizi sui gradi di intensità assegneranno ai principi un *peso concreto*, distinto dal loro peso assoluto perché relativo ad una certa situazione nella quale un'interferenza con un principio è richiesta per salvaguardarne un altro. Il peso concreto W_{ij} di un principio P_i in una situazione di conflitto con un altro conflitto P_j è definito come il rapporto tra l'intensità dell'interferenza con P_i (cioè del danno causato da una certa azione o omissione) e l'intensità dell'interferenza ipotetica con P_j causata dall'omissione della prima, moltiplicate per il peso assoluto R assegnato al principio e per il grado di affidabilità I delle informazioni empiriche circa le interferenze.⁴⁸

$$W_{ij} = I_i \times W_i \times R_i / I_j \times W_j \times R_j$$

La frazione potrà essere semplificata, eliminando i valori dei pesi assoluti, qualora questi siano eguali. L'introduzione del valore di affidabilità dei dati empirici riflette il principio per cui maggiore sarà l'intensità dell'interferenza con un principio, maggiore dovrà essere l'affidabilità delle informazioni sulla base delle quali essa potrà essere valutata proporzionata e dunque lecita. In base alla formula, infatti, all'aumentare del valore dell'affidabilità delle informazioni su tale interferenza aumenterà anche il valore relativo dei principi.

L'intensità del danno inflitto a un principio potrà essere, come nel caso del danno al diritto alla personalità causato dal chiamare "storpio" l'ufficiale, così elevata da accrescere più che proporzionalmente le ragioni per la sua tutela, rendendo praticamente ininfluyente ogni valutazione comparativa circa i danni ad altri principi e diritti, per cui la funzione dei diritti come vincoli collaterali, sarà salvaguardata dal fatto che oltre un certo livello di danno essi potranno di fatto limiti invalicabili, assoluti:

Constitutional rights gain overproportionally in strength as the intensity of interferences increases. There exists something like a centre of resistance. This serves to erect the "fire wall" that Habermas deems to be missing in the theory of balancing.⁴⁹

⁴⁸ Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in "Ratio Juris", vol 16, n. 4(2003), pp.433-449.

⁴⁹ Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, (2003), cit. , p.140;

Strutturalmente analoga alla concezione della derogabilità dei principi di Alexy è la concezione dei diritti *prima facie* o *all things considered* proposta da Neil MacCormick in *Legal Reasoning and Legal Theory*⁵⁰: un diritto potrebbe risultare inapplicabile in una data situazione concreta perché surclassato da un altro diritto. Tuttavia, il diritto messo da parte non cesserebbe di essere valido all'interno del codice, ma resterebbe in vigore, continuando ad esercitare una "normative pressure", ravvisabile nel fatto che potrebbe prevalere su un altro diritto, o anche sullo stesso diritto che aveva precedentemente prevalso su di esso, in un'altra occasione concreta, nella perdurante necessità di *fornire ragioni* per metterlo da parte e nella necessità di compensazioni anche per diritti derogati.

La derogabilità dei diritti così intesa può essere connessa, nell'ambito del pensiero di MacCormick alla negazione dell'assunto hohfeldiano di correlatività tra diritti-pretesa e doveri. Per MacCormick non si dà automaticamente una corrispondenza biunivoca tra diritti (pretesa) e obblighi, ma i diritti sono piuttosto ragioni per l'attribuzione di doveri. Si tratta di una tesi volta ad evitare la ridondanza della categoria dei diritti rispetto a quella dei doveri e a rendere ragione del carattere dinamico delle decisioni giudiziali relative ai diritti, che possono ampliare l'insieme dei doveri originariamente connessi ai diritti. La connessione tra le due tesi risiede nel fatto che un diritto inteso come ragione per attribuire obblighi sarebbe infatti chiaramente ancora in vigore e capace di esercitare una "pressione normativa" qualora si ritenesse che, in una determinata circostanza, altre ragioni dovrebbero avere la precedenza.

Più recentemente, MacCormick ha per altro modificato la sua concezione della derogabilità, intesa in *Rhetoric and the Rule of Law*⁵¹ come passaggio da un'attribuzione erronea di *validità* a una norma al riconoscimento di condizioni invalidanti. Tali condizioni invalidanti potranno essere esplicite, come nel caso di eccezioni all'applicazione di una regola stabilite da quella stessa regola o imposte come limitazioni da altre regole, oppure come nel caso di eccezioni che conseguano a un principio del sistema normativo oppure potranno essere implicite come nel caso in cui dall'applicazione della norma seguirebbero conseguenze di estrema ingiustizia. Nelle procedure legali, la derogazione delle norme dipenderà dalla circostanza fattuale che qualcuno ne avanzi la richiesta e seguirà criteri differenti a seconda che le condizioni invalidanti invocate siano esplicite, nel qual caso l'onere della prova spetterà a chi sosterrà l'applicabilità della norma (per esempio, a chi

⁵⁰ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978 poi in "The American Journal of Jurisprudence", Volume 25, Issue 1, (1 January 1980), pp. 185-188.

⁵¹ Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law - A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005.

sosterrà l'applicabilità a un caso specifico di un suo diritto legale di cui altri chiederà la deroga) o implicite, nel qual caso l'onere della prova spetterà a chi chiederà la deroga (per esempio di un diritto).

La concezione della deroga come invalidità reale che sostituisce una invalidità apparente sembra dunque comportare sia un cambiamento teorico che un cambiamento pratico. Il cambiamento teorico consiste nel fatto che, se tutte le norme derogate sono invalide nelle circostanze della loro derogazione, le norme valide, cioè le norme quando siano verificate tutte le circostanze delle loro validità e nessuna circostanza che ne comporti l'invalidità, dovranno essere *inderogabili*, mentre la conseguenza pratica consiste nella restrizione delle circostanze della derogabilità: qualora un individuo identificato ne faccia richiesta (e dunque, si deve supporre, in presenza di un interesse identificato alla derogazione della norma), nelle circostanze previste dalle norme, oppure, in circostanze non esplicitamente previste dalle norme nelle quali l'applicazione della legge risulterebbe ingiusta, richiedendo che tale ingiustizia venga argomentata e provata ai fini legali.

Un'alternativa alle procedure di ponderazione per affrontare i conflitti di diritti è proposta da José Juan Moreso⁵² come "specificazionismo". Moreso muove innanzitutto tre critiche alla procedura delineata da Alexy, contestando la possibilità di valutare il peso astratto dei principi, indipendentemente da ogni circostanza in cui essi si realizzerebbero, la possibilità di definire la scala della rilevanza delle interferenze non avendo preventivamente definito in modo chiaro una proprietà sulla quale misurare le sue variazioni e infine il carattere particolaristico del giudizio che esclude modalità tipiche delle procedure giudiziali, quali la sussunzione di un caso singolo sotto casi generali e il ricorso ai precedenti : "concrete balancing is always *ad hoc*".

L'alternativa di Moreso alla procedura di Alexy, consiste nel ridurre l'ambito di applicazione dei principi mantenendo inalterato il grado di rigore ("reducing the scope of principles by preserving their stringency"⁵³). In altri termini, il corretto metodo di ponderazione dei principi in conflitto consiste nel definire con precisione certi casi generali in cui un principio prevale sull'altro (e viceversa) e nell'applicare ogni principio a tutti i casi sussumibili sotto questi casi generali.

⁵² José Juan Moreso, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights - Proportionalism and Specificationism in "Ratio Iuris"*, vol. 25, n. 1 (2012), pp.31-46.

⁵³ Ivi, p.38.

Per esemplificare la procedura, Moreso presenta un processo decisionale a cinque stadi applicato al caso già discusso da Alexy della causa legale che vede coinvolti il settimanale satirico *Titanic* e l'ufficiale paraplegico definito "storpio" sulle sue pagine. L'esito di questo processo decisionale è la definizione di nuove *regole* circa la libertà di espressione e di stampa, definite prendendo in considerazione casi generali prima ignorati dalle norme.

Il primo passo del processo consiste nell'individuare, secondo la terminologia dei *Normative Systems* di C. E. Alchourron ed E. Bulygin, "l'Universo del Discorso" del caso *Titanic*, cioè un insieme finito di azioni possibile di cui è richiesta la qualificazione deontica. Tale Universo è definito nel caso in questione come l'insieme delle "human actions of information in the mass media in questions affecting concrete persons".

Il secondo passo è l'applicazione delle regole e dei principi prima facie applicabili a queste azioni.

Il terzo passo è la definizione di casi paradigmatici pertinenti al caso in questione, che restringeranno il campo dei possibili esiti finali della procedura. che per essere accettabili dovranno rendere conto di tali casi paradigmatici (la regola finale non potrà cioè comportare la proibizione di un caso paradigmatico di esercizio del diritto di informazione negli interessi del pubblico, né la permissione di un caso paradigmatico di abuso)

Nel quarto stadio vengono definite le proprietà rilevanti per il problema, tra le quali Moreso indica come chiaramente rilevanti l'impatto delle notizie, il superamento del *malice test* cioè la non conoscenza dell'eventuale falsità di una notizia, e l'assenza di insulti

Il quinto e ultimo stadio consiste nella formulazione univoca delle nuove regole.

Sulla base della classificazione delle proprietà rilevanti vengono quindi definite due regole definite da Moreso "incontestabili":

R1 News of public interest that overcomes the malice test and does not contains insults is permitted

[...]

R2 News that is not of public interest or that is unable to overcome the malice test or contains insults is forbidden and damages may be awarded.⁵⁴

Si può osservare che di fatto la proposta di Moreso comporta la costruzione nomodinamica di un sistema di diritti e in generale di norme compossibili, gerarchicamente ordinate in diverse

⁵⁴ Ivi, pp.40-41.

circostanze. A differenza che nel sistema di Alexy, infatti, i diritti definiti dal processo delineato da Moreso non potranno trovarsi in posizioni ribaltate gli uni rispetto agli altri in situazioni analoghe a quelle definite dalle regole. Il diritto libertà di espressione prevarrà sempre sul diritto alla personalità nei casi regolati dalla norma R1 e il diritto alla personalità prevarrà sempre sul diritto alla libertà di espressione nei casi regolati dalla norma R2.

Le critiche mosse da Moreso ad Alexy appaiono sostanzialmente convincenti. La difficoltà di definire il “peso” di un principio, che sembra riguardare comunque anche le circostanze concrete nelle quali il diritto è applicato appaiono ancora più considerevoli in riferimento al peso astratto di diritti concepiti senza riferimento alle circostanze della loro applicazione: come stabilire per esempio quale sia il peso astratto del principio della libertà di espressione e quello del principio della tutela della personalità? Ancora più problematica può apparire la determinazione dei pesi relativi attribuiti alle diverse infrazioni dei diritti. Mentre Alexy può sostenere che l’attribuzione dei pesi relativi dei diritti è razionale perché fondata sulle ragioni rappresentate dalle valutazioni delle entità dei danni arrecati ai principi, non vengono di fatto forniti criteri per queste stesse valutazioni.

Né sembra convincente la tesi per la quale l’attribuzione ad alcune violazioni di principi di un peso più che proporzionale ne salvaguardi il ruolo di barriere normative identificando un *centro di resistenza* invalicabile. Infatti, la definizione di questo centro sarà pur sempre affidata al processo di ponderazione e dal momento che avverrà tra principi conflittuali avrà un costo in termini di interferenza con un altro principio. Non è possibile escludere che la salvaguardia del “centro di resistenza” di un principio richieda un’interferenza con il “centro di resistenza” di un altro. I conflitti tra principi con lo stesso peso concreto dovranno, come ricordato, essere risolti dal legislatore, che avrà quindi anche il potere di rimettere in questione principi iscritti negli ordinamenti e presumibilmente anche di autorizzare danni classificati come più che proporzionali nel caso ciò sia necessario ad evitare altri danni classificati come più che proporzionali. Considerazioni analoghe a quelle relative al meccanismo di ponderazione descritto da Alexy possono essere estese all’idea di ponderazione tra diritti *prima facie* inizialmente avanzata da MacCormick: se i diritti sono intesi come ragioni per assegnare obblighi i conflitti tra diritti saranno conflitti tra queste ragioni (che in accordo con la *interest theory* sostenuta da McCormick faranno ultimamente riferimento a interessi da proteggere legalmente). Certamente potranno essere avanzate ragioni per le quali un interesse dovrebbe prevalere su un altro, o per le quali un interesse

dovrebbe essere valutato più rilevante di un altro, ma esse rimarranno plausibilmente aperte a contestazioni, se non sulla loro razionalità e non arbitrarietà, quanto meno sulla loro conclusività.

Una volta ammesse valutazioni dell'intensità delle violazioni dei diritti poi, non è chiaro perché accontentarsi di una scala comparativa a tre valori, e non introdurre stime dell'utilità attesa. In un caso come quello delle industrie di tabacco, tali stime potrebbero essere fondate su previsioni circa il rischio del fumo per la salute, stimate in termini monetari, e circa il danno economico rappresentato dalle fascette di avvertimento ai fumatori, ma anche in un caso come quello del *Titanic* si potrebbero determinare misure omogenee di utilità e disutilità. Si può forse supporre che il motivo per non procedere in questo modo sia la difficoltà che così si facendo si avrebbe a continuare a definire principi quelli che diverrebbero indicatori di utilità sottoposti a trade-off, ma ci si può anche chiedere se il ricorso a una qualificazione comparativa (lieve, moderato, serio) anziché a una quantitativa cambi davvero qualcosa in questo senso: il fatto che un bene sia scambiabile secondo una misura qualitativa e non quantitativa non significa che non sia scambiabile.

La procedura proposta da Moreso appare dunque più atta a salvaguardare la funzione di barriere normative dei principi in gioco. La deroga di un principio in circostanze limitate chiaramente definite, anche qualora queste circostanze non fossero previste dalla legge, non equivarrebbe alla derogabilità del principio ogni qual volta accada che esso venga considerato concretamente meno pesante di un altro principio. La riduzione dell'ambito di applicazione del principio contestualmente al mantenimento del suo grado di rigore definirebbe un nuovo principio. Se, dopo aver ripetuto un certo numero di volte una procedura di riduzione dell'ambito di applicazione di un principio essa terminasse con un principio non più riducibile, tale principio più ristretto sarebbe in definitiva inderogabile. Se invece la procedura dovesse poter essere ripetuta indefinitamente, il diritto sarebbe del tutto derogabile. Dal momento che secondo la procedura di Moreso la derogazione dovrebbe avvenire sulla base dell'individuazione di proprietà chiaramente definite la procedura sarebbe iterabile se l'insieme delle proprietà connesse a possibili derogazioni fosse aperto. Se invece fossero individuate classi definite di proprietà che consentissero la derogazione, essa non sarebbe iterabile indefinitamente. Ciò potrebbe avvenire anche richiedendo che qualsiasi

proprietà debba essere connessa a una proprietà di una certa classe per consentire la derogazione. Se questa classe di proprietà fosse la classe delle violazioni di una certa classe di diritti, la procedura sarebbe compatibile con un sistema di diritti inderogabili.

2.2 -Alcune ragioni a favore dei diritti inderogabili

Un legislatore razionale sceglierebbe un sistema di diritti derogabili o inderogabili? Per fornire una risposta ipotetica a questa domanda ci si può chiedere a quale scopo egli inserirebbe diritti in un sistema normativo. Se si assume che i diritti comporteranno attribuzioni di obblighi verso certi individui, si può supporre che il legislatore razionale intenda proteggere gli interessi degli individui verso i quali i diritti imporranno obblighi, oppure che voglia fornire a tali individui poteri di scelta su tali obblighi. Un'altra ipotesi sarebbe che il legislatore sia invece interessato solo a imporre obblighi verso certi individui, non correlativi né a poteri di scelta né a interessi.

Nell'ipotesi di MacCormick, i diritti non comporterebbero obblighi, ma ragioni per imporre obblighi. Lo scopo del legislatore razionale per introdurre in un sistema legale ragioni per imporre obblighi connesse a determinati individui, che sarebbero i destinatari di tali obblighi, sarebbe comunque presumibilmente quella di rendere possibile che in alcune occasioni le ragioni producano di fatto obblighi. Un legislatore malevolo potrebbe volere che un individuo cui fossero attribuite ragioni per imporre obblighi non riuscisse mai di fatto a ottenere che qualcuno fosse obbligato verso di lui in base a tali ragioni e ne rimanesse frustrato. In un sistema nel quale l'applicazione dei diritti-ragione fosse affidato a un sistema giudiziale indipendente dal legislatore malevolo però, tale strategia sarebbe imprudente in quanto talvolta, probabilmente, giudici indipendenti farebbero prevalere le ragioni legali detenute dall'individuo.

Se assumiamo che il legislatore formuli le sue prescrizioni anche per se stesso, e che sia vincolato a formulare leggi e che non possa privilegiare se stesso, potremo scartare l'ipotesi della malevolenza (assumendo il legislatore razionale non sia disposto a danneggiarsi per danneggiare gli altri) e l'ipotesi che i diritti siano strumenti per assegnare obblighi. Supponiamo invece che essi servano a proteggere gli interessi o i poteri di scelta di coloro cui sono assegnati. Possiamo anche supporre il legislatore razionale si assegnerebbe almeno alcuni diritti che non sarebbero solo ragioni per assegnare obblighi, ma sarebbero correlativi

ad obblighi, perché vorrebbe proteggere certi interessi o assegnarsi certi poteri di scelta molto importanti per lui e anche perché vorrebbe poter prevedere che alcuni individui avrebbero certi obblighi verso di lui. Essendo vincolato a non privilegiare se stesso, egli assegnerebbe simili diritti anche agli altri individui.

Per quale motivo un tale legislatore razionale dovrebbe scegliere, relativamente a tali diritti correlativi a doveri, un sistema di diritti derogabili? Presumibilmente perché sarebbe interessato a che in certe situazioni diritti altrui venissero derogati e lui fosse dispensato dai suoi obblighi. Se fosse un legislatore benevolo potrebbe anche essere interessato a che altri fossero dispensati dai loro obblighi in situazioni nelle quali essi fossero troppo gravosi per loro.

Per quale motivo, invece, il legislatore razionale potrebbe optare per un sistema di diritti inderogabili? Presumibilmente, perché potrebbe trovarsi nella situazione simmetrica rispetto a quella precedente, volendo che il suo diritto venisse rispettato. Se fosse benevolo, potrebbe anche essere interessato a che altri non fossero privati di un diritto che proteggesse un interesse molto importante per loro o che per loro fosse molto importante poter esercitare.

Considerando la simmetria delle due situazioni come potrebbe scegliere il legislatore razionale tra i due sistemi? Se egli scegliesse un sistema di diritti derogabili, si darebbero due possibilità: o egli sarebbe in grado di prevedere quando un diritto sarebbe derogabile o non lo sarebbe. Se lo fosse, potrebbe formulare una regola che assegnerebbe in ogni circostanza rilevante gli obblighi e permessi correlativi al diritto o al non diritto conseguente alla deroga. Questa regola, nei termini di Moreso, sarebbe una riduzione dell'ambito normativo del diritto che manterrebbe però la sua rigidità. La formulazione completa assegnerebbe un nuovo diritto inderogabile applicabile a un numero più ristretto di casi del diritto derogabile, ma, nei casi in cui fosse applicabile, correlativo agli stessi tipi di obblighi del precedente. Se invece il legislatore non fosse in grado di fare questa previsione, il diritto derogabile non darebbe luogo a nessun diritto inderogabile. Se tutti i diritti fossero derogabili in modo imprevedibile, il legislatore razionale sarebbe di fronte a una situazione di incertezza generalizzata circa i suoi diritti che preferirebbe evitare assegnandosi almeno alcuni diritti inderogabili o prevedibilmente derogabili che corrisponderebbero a diritti inderogabili di ambito più ristretto. Quindi, il legislatore assegnerebbe a se stesso ed essendo per ipotesi vincolato a non privilegiarsi anche agli altri almeno alcuni diritti inderogabili.

Si noti che la situazione della simmetria tra le ragioni per scegliere il sistema dei diritti inderogabili e quelli per scegliere i diritti derogabili corrisponde al fatto che spesso i diritti svolgono il loro ruolo normativo in situazioni di conflitto, nelle quali entrambe le parti considerano estremamente importante prevalere. Se un accordo fosse possibile non sarebbe necessario all'obbligazione connessa al diritto. E' proprio in questi casi che la derogabilità di un diritto sarebbe più desiderabile per chi non sia il titolare di tale diritto e più indesiderabile per chi ne sia il titolare. D'altro canto, uno dei motivi per assegnare diritti sarebbe proprio permettere la soluzione di casi conflittuali di questo tipo: scopo che sarebbe annullato da una generale derogabilità dei diritti.

Capitolo 3 – Due concezioni dei diritti: Hillel Steiner e Luigi Ferrajoli

Le condizioni di coerenza, completezza e universalità giustificate per un sistema di diritti inderogabili nei primi due capitoli possono ora essere assunte come criteri di scelta tra sistemi di diritti rivali; in particolare, tra sistemi di diritti proprietari, vale a dire sistemi di *entitlement* proprietari e sistemi alternativi. A questo scopo, intendo presentare e discutere, come anticipato nell'introduzione, due concezioni dei diritti che per molti aspetti appaiono paradigmatiche di questi orientamenti alternativi, quella di Hillel Steiner e quella di Luigi Ferrajoli. Entrambe concepiscono i diritti come inderogabili e perseguono, almeno regolativamente, la coerenza e la completezza del sistema dei diritti. Sia per Steiner che per Ferrajoli, inoltre, i diritti sono assegnati universalmente alla classe dei loro titolari, sebbene a tale assegnazione universale siano attribuiti diversi significati, perché per Steiner l'universalità è soltanto originaria, essendo i diritti sempre alienabili, mentre per Ferrajoli l'universalità implicherebbe l'inalienabilità dei diritti.

La teoria della giustizia di Steiner identifica, sulla base di un'articolata argomentazione che prende avvio da una definizione puramente negativa della libertà e da un'indicazione del ruolo dei diritti, intesi come regole di giustizia, all'interno di una teoria morale, i diritti con i diritti di proprietà. Tali diritti di proprietà sono inoltre concepiti come poteri di scelta del proprietario, che detiene il controllo dei correlativi doveri, potendo

pretenderne il rispetto o dispensare da esso. La teoria del diritto di Ferrajoli, individua invece una classe di diritti stabiliti nei sistemi costituzionali “rigidi”, i cui principi non possono essere modificati dalla legislazione ordinaria: i *diritti fondamentali*, che per motivi formali sarebbero eterogenei rispetto ai titoli di proprietà. In generale, i diritti soggettivi sono inoltre definiti da Ferrajoli come aspettative a prestazioni o omissioni e queste ultime sono oggetto degli interessi dei titolari dei diritti.

Nel quarto capitolo, cercherò di argomentare che proprio il carattere proprietario del sistema di Steiner permetterebbe a un sistema di diritti positivi che ne esemplificasse le caratteristiche formali di soddisfare le condizioni di coerenza e completezza. Inoltre, sosterrò che diritti proprietari disponibili soddisferebbero in effetti una condizione di universalità opportunamente definita. Per contro, argomenterò che proprio la natura non proprietaria del sistema dei diritti fondamentali descritto da Ferrajoli comporta o l'impossibilità di soddisfare sia la condizione di coerenza che quella di completezza o la perdita del carattere di soggettività dei diritti.

Preliminarmente a questa analisi, presenterò sinteticamente, nel paragrafo 3.1, il sistema dei diritti difeso da Hillel Steiner in *An Essay on Rights* e nel paragrafo 3.2, la teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli. Facendo questo cercherò di essere il più possibile aderente alle intenzioni dei due autori, ricostruendo il quadro terminologico e teorico delle loro proposte, e lasciando da parte, temporaneamente, ogni considerazione critica.

3.1 – La concezione dei diritti di *An Essay on Rights*

Nell'intento di presentare una sintetica ricostruzione della teoria dei diritti proposta da Hillel Steiner, mi concentrerò di seguito su cinque tesi interconnesse. La prima e la seconda di queste tesi riguardano la collocazione dei diritti all'interno di un sistema normativo e in particolare, essendo quella di Steiner una teoria della giustizia, di un codice morale, ovvero i rapporti interni al sottosistema normativo dei diritti e quello tra i diritti e le altre norme del codice. La terza e la quarta riguardano la specificazione dell'oggetto dei diritti. La quinta tesi riguarda una caratteristica formale dei diritti. Sinteticamente e in prima approssimazione, esse possono essere così espresse:

- 1) In un codice morale ai diritti è assegnata una condizione di priorità lessicale;
- 2) I diritti devono soddisfare una condizione di compossibilità degli obblighi ad essi connessi;
- 3) Tutti i diritti (fondati su un diritto di eguale libertà) sono diritti di proprietà;
- 4) Tutti i diritti sono distribuzioni normative di libertà negativa pura;
- 5) Tutti i diritti sono alienabili.

La prima e la seconda tesi dipendono entrambe da un assunto (0) circa la *funzione* dei diritti in un codice morale, ovvero che essi debbano permettere la risoluzione di conflitti tra differenti codici morali nel caso in cui essi comportino prescrizioni non compossibili. La terza tesi segue dalla seconda, congiunta alla tesi (2.a) che solo i diritti di proprietà possano soddisfare la condizione di compossibilità. La quarta segue dalla terza, congiunta alla tesi (3.a) che la libertà negativa è il possesso di oggetti fisici. La quinta dipende dalla tesi propria della *Choice* o *Will Theory* dei diritti per cui un diritto comporta in chi lo detiene un potere di controllo sugli obblighi di coloro contro cui il diritto può essere fatto valere. Di seguito presenterò da prima le tesi 1 e 2, poi quelle 3 e 4 e infine la tesi 5

3.1.1- Priorità lessicale e compossibilità dei diritti

La teoria dei diritti proposta da Hillel Steiner in *An Essay On Rights* è una teoria normativa che concepisce i diritti come “costituenti elementari della giustizia”.⁵⁵ La distribuzione di obblighi, permessi e divieti è effettuata dai diritti indipendentemente dai valori morali che essi possono conseguire o preservare. Le prescrizioni delle norme di giustizia sono infatti indipendenti da beni e valori morali: un diritto può sempre essere un diritto di comportarsi in modo moralmente sbagliato (*right to do wrong*), almeno in riferimento alle norme di un possibile codice morale.⁵⁶ Questo perché ai diritti ci si appellerà nei casi di conflitto tra i diversi codici morali di diversi individui, ovvero nelle situazioni di “stallo” (*deadlock*) nelle quali il codice morale di un individuo prescriverebbe una certa linea di condotta (azione od omissione) e quello di un altro individuo un'altra azione od omissione che renderebbe impossibile la prima. Tali conflitti costituiscono

⁵⁵ Hillel Steiner, *An Essay On Rights*, Blackwell, Oxford 1994, p.2.

⁵⁶ Ivi, p.208.

[...] the most intractable form of interpersonal conflict: conflicts between different persons' moral values. "Most intractable" because, in this case, a particular act which one person denounces as impermissible the other defends as permissible and even obligatory.⁵⁷

Assegnando a uno dei due individui il *diritto* di agire secondo il suo codice morale e negandolo all'altro, si stabilirà dunque, in base al codice morale del secondo individuo, precisamente un *diritto ad agire in modo moralmente sbagliato*. Tuttavia, un codice morale può coerentemente includere una norma che imponga il rispetto dei diritti ad agire in modo moralmente sbagliato, semplicemente assegnando ai diritti una posizione di priorità lessicale rispetto a tutte le altre norme da esso riconosciute come valide.

Tale condizione di priorità lessicale delle *norme di giustizia*, cioè dei diritti, è richiesta dalla funzione di decisori di ultima istanza nei conflitti valoriali interpersonali propria dei diritti, ma è una necessità soltanto *condizionale*. Essa dipende, infatti, dalla presenza delle norme di giustizia in un dato codice morale. Se esse sono incluse, allora il codice includerà anche una norma di priorità di tipo, appunto, lessicale, che prescriverà che in caso di conflitto abbiano la precedenza su qualsiasi altra norma del codice.⁵⁸ Tuttavia, non vi sono ragioni di tipo logico perché le norme di giustizia *siano incluse* in un codice morale.⁵⁹

Diritti e conflitti morali interpersonali

Il perché sia necessario che ai diritti sia attribuita la priorità lessicale sulle altre norme di un codice affinché possano dirimere i *deadlock* determinati dai conflitti morali interpersonali si può meglio comprendere a partire dalla caratterizzazione che Steiner fornisce dei singoli codici morali e dal ruolo che attribuisce alle regole di priorità in essi contenute. Anche restando all'interno di un codice morale individuale possono infatti darsi conflitti tra valori morali e conseguentemente tra norme volte alla loro realizzazione. Affinché tali conflitti siano risolvibili da prescrizioni derivanti dal codice e questo mantenga la sua coerenza sono appunto necessarie regole di priorità. Per esemplificare questo processo Steiner riprende il celebre dilemma sartriano: uno studente, durante l'occupazione nazista della Francia, deve scegliere se raggiungere le forze della Resistenza in Inghilterra o rimanere in patria per curare la madre malata.⁶⁰ Steiner ipotizza che il dilemma derivi dal conflitto tra due norme

⁵⁷ Ivi, p.191.

⁵⁸ Ivi, pp.198-199.

⁵⁹ Ivi, pp.203-204.

⁶⁰ Ivi, p.109; cfr. Jean Paul Sartre, *Existentialism and Humanism*, London 1948, pp.35-36.

morali, sinteticamente identificate come norma del patriottismo (P) e norma della devozione familiare (FD). Tali norme sono assunte come regole morali primarie (*primary rules*), ovvero non derivate da altre norme o principi. Riprendendo la classificazione proposta da J. O. Urmson⁶¹, Steiner distingue tre tipologie di teorie del giudizio morale:

Mononomic theories (such as utilitarianism) hold that there's no plurality of first principles or primary rules, that there's only a single primary rule, and that all moral judgements are inferable from it. *Hierarchical* theories allow that there can be a plurality of primary rules, and assert that these are ordered by priority rules (which may include ones mandating decision procedures). And *intuitionist* theories, following Rawl's description, also embrace the plurality of primary rules, but deny that these are ordered.⁶²

Codici “gerarchici” ed “intuizionisti” sono dunque accomunati dal contenere una pluralità di norme primarie e sono riuniti da Steiner nella categoria dei “codici polinomici” (*polynomic codes*)⁶³, cui apparterebbe anche il codice dello studente del dilemma sartriano, contenendo almeno due norme primarie, P e FD. Una delle attrattive dei “codici monomici”, come l'utilitarismo, consiste nella coerenza che sembrano sempre garantire, a differenza di quelli polinomici. Tale garanzia di coerenza deriva dalla possibilità di risolvere conflitti circa il perseguimento di fini incompatibili riferendosi ad uno standard unico. Un codice che contenga la sola regola della massimizzazione dell'utilità potrebbe per esempio risolvere conflitti di questo genere mediante valutazioni quantitative, stabilendo cioè quale delle linee di condotta alternative massimizzi l'utilità. In realtà però anche i codici polinomici possono garantire la propria coerenza al pari di quelli monomici. Mentre un codice polinomico intuizionista può sempre dar luogo, in determinate circostanze, a conflitti morali irrisolvibili, un codice gerarchico, che includa regole di priorità, è al riparo da questa eventualità. Nell'esempio sartriano, la concomitanza delle circostanze empiriche dell'invasione nazista della Francia e della malattia della madre e il riferimento alle sole norme P e FD determina un conflitto, mentre la presenza o l'introduzione nel codice morale dello studente di una norma di priorità che stabilisca per esempio la preminenza di P su FD permette di evitarlo o di superarlo.⁶⁴ La norma di priorità sarà una norma universale per la quale in ogni circostanza dello stesso tipo di quella del dilemma, la norma P dovrà prevalere

⁶¹ Ivi, p. 115, cfr., J.O. Urmson, *A Defence of Intuitionism*, in “Aristotelian Society Proceedings”, lxxv (1975), pp 111-119.

⁶² Ivi, p.113.

⁶³ Ivi, p.114.

⁶⁴ Ivi, pp.116-117.

sulla norma FD. I diversi tipi di situazione sono classificati in base alle caratteristiche di rilevanza morale, cioè in base alle ragioni a favore (i “pro”) e a quelle contrarie (i “contro”) dell’applicazione di una certa norma morale. Nel dilemma dello studente francese, per esempio l’occupazione della Francia è un *pro* della regola patriottica P, mentre la malattia della madre è un *contro* (mentre il primo fatto è un *contro* della regola FD e il secondo un *pro* di P). Circostanze differenti sotto il profilo morale, nelle quali la regola di priorità non valesse a neutralizzare il dilemma, non configurerebbero un’eccezione in riferimento alla stessa classe di circostanze, ma semplicemente un diverso problema morale. Le circostanze potrebbero essere tali, per esempio, da non giustificare il riferimento alle norme morali pertinenti al dilemma, oppure potrebbero presentare altre dimensioni morali, tali da richiedere il riferimento ad *altre* norme morali. Se per esempio nel caso dello studente si desse l’ulteriore circostanza di una promessa di quest’ultimo di assistere la madre, e il suo codice morale includesse la norma “mantenere le promesse” (PK), la struttura del problema morale cambierebbe e sarebbero necessarie altre regole di priorità. Nel caso PK avesse la priorità su P, tale regola, connessa alla priorità di P su FD e a una condizione di transitività, sarebbe sufficiente a risolvere tutti i possibili conflitti morali che facessero riferimento all’insieme di queste tre regole. Nel caso in cui P avesse la priorità su PK, invece, sarebbe necessaria un’altra regola di priorità per stabilire la gerarchia tra quest’ultima e FD. Non si darebbe comunque in nessun caso una “complessità” del dilemma morale non riconducibile alle ragioni pro o contro l’ottemperanza delle norme morali rilevanti nella situazione. Non si darebbe cioè una “complessità” tale da rendere la valutazione del singolo caso conflittuale un processo differente dall’identificazione o dalla determinazione di una regola di priorità:

When one surveys the features of a complex situation it’s not the case that, having identified all the primary rules that bear on it, one then goes on to search for pros and cons. These are not different sets of data. Beyond the kinds of circumstance indicated in those primary rules, there is no additional relevant information about the situation to be intuited or, as Aristotle would have it “perceived”.⁶⁵

In generale, per un certo insieme di regole morali, le regole di priorità permetteranno *deduzioni* di altre gerarchizzazioni tra norme e conseguentemente di soluzioni di conflitti morali. Steiner presenta una schema di nove possibili conflitti, a differenti livelli di complessità, tra combinazioni delle tre norme morali P, PK e FD: Al livello più semplice si

⁶⁵ Ivi, p.115, cfr, Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 47.

hanno conflitti tra due norme: P o PK, PK o FD, P o FD. A un livello più complesso conflitti tra una norma e congiunzioni di due norme: P o PK e FD, PK o P e FD, FD o P e PK. Infine, si hanno conflitti tra congiunzioni di due norme: P e PK o Pe FD, P e PK o PK e FD, P e Fd o PK e FD. Tutti questi casi eccetto uno sono risolvibili deducendo regole di priorità dalle regole di base $P > FD$ e $FD > PK$. L'eccezione è rappresentata da P o PK e FD, dato che la congiunzione dei valori morali rappresentati dal rispetto delle promesse e dalla devozione familiare potrebbe essere infine giudicato superiore al valore di un'azione patriottica, pur essendo il patriottismo giudicato di maggior valore del rispetto delle promesse e della devozione familiare considerate isolatamente.⁶⁶ Altre regole di priorità di base permetterebbero altri schemi di deduzione delle norme di priorità derivate e altre possibilità di risoluzione dei conflitti. Se invece un dilemma non è regolato da una regola di priorità presente in un codice morale o dalle regole da esse deducibili, nuove norme di priorità dovranno essere introdotte per risolverlo.

Complessivamente, il ruolo delle norme di priorità e la deducibilità di norme di priorità derivate da norme di base permette di affermare tre tesi sui dilemmi morali:

1) -tutti i dilemmi morali possono essere evitati, perché è sempre possibile introdurre in un codice morale una regola di priorità che permetta la soluzione di un conflitto tra due norme qualsiasi;

2) -nessun dilemma può ripetersi, perché una volta che un conflitto sia stato risolto dall'introduzione di una norma di priorità, qualsiasi conflitto analogo avrà una soluzione univocamente determinata;

3) -alcuni dilemmi non possono presentarsi, perché le regole di priorità che ne determinano la soluzione sono deducibili da altre regole di priorità.⁶⁷

In assenza di regole di priorità le norme morali primarie possono dar luogo a conflitti, a situazioni di stallo (*deadlock*) che però possono essere superate o evitate introducendo norme di priorità. Inoltre, un appropriato insieme di norme di priorità può risolvere tutti i possibili conflitti relativi a tutte le possibili combinazioni di norme morali, o direttamente o

⁶⁶ Ivi, pp.120-121.

⁶⁷ Ivi, p.118.

permettendo la deduzione delle regole di priorità pertinenti a conflitti non risolvibili in base alle norme originarie.

Il problema dei conflitti morali interpersonali non è però risolto dall'ordinamento gerarchico dei codici morali individuali. In generale, un conflitto morale interpersonale si verificherà in una circostanza nella quale il codice di un individuo gli prescriva di rispettare una certa norma, quello di un altro gli prescriva di rispettarne un'altra norma, e le due prescrizioni non possano essere entrambe soddisfatte. Che i codici morali dei due individui forniscano un ordinamento completo dei loro codici morali, tale da precludere ogni conflitto morale tra le norme di tali codici, non è evidentemente influente, di per sé, in rapporto a un conflitto interpersonale. Le norme incluse nei due codici morali potrebbero anzitutto essere diverse, per cui un individuo potrebbe essere obbligato a rispettare una norma che l'altro nemmeno riconoscerebbe come vincolante, e viceversa. Inoltre, i due ordinamenti gerarchici potrebbero essere diversi, per cui un individuo potrebbe attribuire la priorità a una norma che per l'altro sarebbe subordinata. Un conflitto morale interpersonale condurrebbe a un conflitto fisico se due individui cercassero di realizzare le prescrizioni incompatibili, in una certa situazione, di due diverse norme morali: ognuno dei due potrebbe infatti comportarsi coerentemente con il proprio codice morale cercando di agire in accordo con esso, in modo tale che, riuscendovi, impedirebbe all'altro di fare altrettanto. Nell'esempio proposto da Steiner, un individuo (chiamato *Blue*) il cui codice morale assegni la priorità alla norma patriottica P sulla norma del mantenimento delle promesse PK entrerebbe in conflitto con un individuo (chiamato *White*) che assegni la priorità a P su PK. Entrambi i contendenti dovrebbero riconoscere, sulla base del loro codice morale, il dovere di impedire all'altro di agire secondo il suo codice morale. Il ragionamento di *White*, che, invertendo la relazione tra P e PK sarebbe riprodotto negli stessi termini da *Blue*, suonerebbe infatti:

My moral code commits me to assigning much greater value to promise-keeping than to patriotism. A world in which promises are kept and patriotism is absent is far better than one where the reverse is true. If that's what I believe, and it is, am I not morally bound to take such actions as are available to me to bring that better world about?⁶⁸

Sia *White* che *Blue* verrebbero meno ai doveri conseguenti al loro codice morale rinunciando a perseguirli e ritirandosi dalla contesa, e ciò rimane vero anche se un esito

⁶⁸ Ivi, p.192.

possibile dello scontro sarebbe che nessuna delle due azioni prescritte venisse infine compiuta. Infatti, la semplice possibilità di realizzare l'azione è sufficiente a che il dovere di tentare di compierla permanga immutato, mentre soltanto una impossibilità di fatto potrebbe giustificare un'esenzione sulla base del principio "dovere implica potere".

So long as each is still able to do her/his morally requisite action, the duty to do so does not lapse: only "cannot" implies "not ought" in this situation.⁶⁹

Sarebbe tuttavia possibile ai contendenti di un conflitto morale interpersonale evitare di essere obbligati allo scontro ammettendo una *ragione di giustizia* in base alla quale la linea di condotta di uno dei contendenti dovrebbe essere tollerata dall'altro (o dagli altri). Tale ragione di giustizia fonderà quelle particolari norme che sono i *diritti*.⁷⁰

Neutralità, priorità lessicale e compossibilità

Dalla stessa funzione (di risoluzione dei *deadlock* tra codici morali di differenti individui) attribuita ai diritti seguono alcune loro necessarie caratteristiche. In primo luogo, dal momento che i codici morali confliggenti possono essere codici gerarchici, ordinati da un insieme completo di regole di priorità, i diritti non dovranno comportare un ribaltamento delle priorità di nessuno di tali codici. Infatti, ogni situazione di stallo si sarà prodotta per la certezza di ognuno dei contendenti che l'azione (o l'omissione) prescritta dal suo codice sia obbligatoria, e quella prescritta dall'altro codice (o dagli altri codici) sia pertanto proibita. Un ribaltamento delle gerarchie di uno di questi codici equivarrebbe perciò semplicemente alla rinuncia da parte di uno dei "contendenti" ad essere fedele al proprio codice morale. Rivolgendosi a *Blue*, il terzo personaggio chiamato *Adjudicator*, che offre loro le ragioni di giustizia come via di uscita dall'impasse morale, afferma quindi:

One thing we're agreed on is that it mustn't be such as to require a priority-reversal for either of you. That's crucial. So you've got to be able to leave the shop satisfied that you haven't reneged on your commitment to the priority of patriotism over promise-keeping. And White has to be left with his contrary view similarly intact.⁷¹

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ivi, p.196.

⁷¹ Ivi, p.195.

Tuttavia, la ragione di giustizia dovrà prescrivere solo ad una delle parti in conflitto di desistere dall'agire in accordo con le norme già presenti nel suo codice morale:

[...] the aim of anyone seriously engaged in deadlock resolution is to get only one of the adversaries to stand down, letting the other get on with his or her action.⁷²

In caso contrario si produrrebbe la situazione “assurda” in cui, adottando tutti i contendenti una posizione di reciproca “tolleranza” nessuno si comporterebbe secondo la prescrizione del proprio codice etico⁷³ (visto che la preconditione per poter tenere tale condotta sarebbe l'impedire agli altri di fare altrettanto).

Una seconda caratteristica richiesta ai diritti è che non comportino prescrizioni incompatibili con le norme primarie del codice morale in cui sono inseriti. In caso contrario, lo renderebbero contraddittorio e richiederebbero l'introduzione di una nuova regola di priorità.⁷⁴ Non ribaltamento delle priorità e non contrasto con regole primarie sono espressioni della “indipendenza” o “neutralità” delle ragioni di giustizia poste a loro fondamento rispetto al contenuto delle regole primarie e alle regole primarie ad esse relative.⁷⁵ È questa indipendenza o neutralità che garantisce che la possibilità che i codici morali riconoscano diritti “to do wrong” a dispetto delle loro stesse prescrizioni.

Una terza caratteristica che dovrebbe essere attribuita ai diritti è la *priorità lessicale*. In assenza di priorità lessicale, infatti, un'altra norma morale potrebbe comunque prevalere sul diritto e richiedere azioni in accordo con essa, e in conflitto con le prescrizioni di altri codici morali. Nel dialogo tra *White* e *Adjudicator*, Steiner fa chiedere al primo:

[...] who's to say where or how I'll rank your magic reason among the primary rules I do have? What if I were to put your reason way down there below even patriotism? Or what if I were to assign it a numerical weighting so that some instance of complying with it – perhaps the present one? - are morally outweighed by some promise-keepings?⁷⁶

La risposta di *Adjudicator* è appunto che il problema sollevato da *White* sia risolvibile soltanto dall'assegnazione di una priorità lessicale alle norme di giustizia all'interno di un codice morale:

⁷² Ivi, p.196.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ivi, p.201.

⁷⁶ Ivi, p.198.

So you can see, on your own testimony, just what would have to be the rank and weight of a primary rule for resolving all deadlocks. If your code is to incorporate such a rule (remember it needn't), it must be given *lexically prime* status, like the word "a" in the dictionary. It must outrank every other primary rule in your code. Any act enjoined by it must be morally better than any act that violates it, however good that latter act may be. Compared to the finite moral weight of a duty pursuant to any other primary rule, any duty not to violate rights is infinitely weighty and ineligible for trade-offs with other duties, however weighty they might be.⁷⁷

È la priorità lessicale ad assicurare la possibilità che i diritti abbiano in un codice morale, il ruolo definito dall'espressione di Ronald Dworkin per la quale "*rights are trumps*".⁷⁸

Una quarta caratteristica delle norme di giustizia consiste nel fatto che esse devono essere tra loro componibili. La condizione è imposta dalla necessità di evitare il conflitto tra due norme entrambe dotate di priorità lessicale. Un tale conflitto infatti produrrebbe una situazione di stallo, un *deadlock* tra norme di giustizia. Il problema è presentato ad *Adjudicator* da *Blue*:

You've assumed that only one of our two proposed acts, White's and mine, can be rights-violating. Suppose it turns out that both White and I are within our respective rights in each trying to enact our opposed moral judgments. You've said that your rights rule doesn't contradict any of our primary rules or how they're prioritized. Doesn't that mean that we could both be within our rights in proceeding and that, in stopping one of us from doing so, you'd be violating that person's rights in order to uphold the other's?⁷⁹

Diritti conferiti a entrambe le parti di un conflitto morale interpersonale non potrebbero svolgere la funzione di *trump*, stabilendo in modo univoco quale tra i contendenti in un conflitto morale interpersonale dovrebbe rinunciare ad agire in accordo con il suo codice. Ciò neanche nel caso in cui tipi differenti di diritti fossero ordinati in base a regole di priorità, dal momento che rimarrebbe comunque possibile un conflitto tra diritti *dello stesso tipo*. Ne segue che la funzione propria dei diritti in un codice morale richiede che essi siano tali che "in any conceivable deadlock, only one of the parties is within his/her rights".⁸⁰ Ciò garantirà la componibilità degli obblighi correlativi ai diritti che potrebbero svolgere la funzione di

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ivi, pp.198-99, cfr. R. Dworkin, *Is there a Right to Pornography?*, "Oxford Journal of Legal Studies", I,(1981).

⁷⁹ Ivi, p.201.

⁸⁰ Ibidem.

risolutori dei *deadlock*. A nessuno infatti sarà imputato un obbligo (correlativo a un diritto) che in una possibile situazione risulterebbe impossibile con un altro obbligo (correlativo a un diritto).

3.1.2 - Diritti come diritti di proprietà

Un insieme di diritti compossibili è per Steiner un insieme di diritti di proprietà (*property rights*), nel senso che essi implicano “all other persons' duties of non-inteference with the right-holder's use of certain physical things for certain limited or unlimited periods of time”.⁸¹ L'identificazione tra diritti e diritti di proprietà è direttamente conseguente alla condizione di compossibilità, in quanto solo un sistema di diritti correlativi a “doveri di non interferenza con l'uso di oggetti fisici per un periodo di tempo limitato o illimitato” può soddisfare “categoricamente” (*categorically*), cioè indipendentemente dal verificarsi di circostanze contingenti, tale condizione. Per comprendere l'identificazione tra diritti e diritti di proprietà è dunque necessario comprendere che cosa significhi la compossibilità dei diritti, ovvero quali condizioni debbano a loro volta essere soddisfatte perché due o più diritti siano compossibili (ovvero perché siano compossibili gli obblighi ad essi correlati).

Preliminarmente, l'argomento di Steiner può essere sintetizzato in cinque passaggi:

1) Identificazione della non-coincidenza parziale delle componenti fisiche delle azioni come condizione della loro compossibilità;

2) Difesa di una concezione puramente negativa della libertà in base alla quale un individuo è libero di fare A se un altro individuo non glielo rende impossibile.

Le tesi 1 e 2, congiuntamente giustificano la tesi:

3) Definizione della libertà come *possesso di oggetti fisici*;

la tesi 3, congiunta a

4) Definizione dei diritti come distribuzione di libertà negativa;
giustifica la tesi:

5) I diritti sono diritti di proprietà.

Più nel dettaglio, cercherò di proporre di seguito una ricostruzione dell'argomento secondo le linee di questo schema generale.

⁸¹ Ivi, pp. 94-95.

Condizione di compossibilità delle azioni

Il ragionamento di Steiner muove da una definizione di “azione” dalla quale segue l’indicazione di una condizione di compossibilità tra le *azioni* direttamente ricavata dalla condizione della loro impossibilità.

[...] all actions are events. As such, they consist in the occupation of a set of contiguous temporal locations and (sometimes) a set of contiguous spatial locations by a set of physical objects.⁸²

Tali oggetti fisici includeranno necessariamente il corpo dell’agente, perché non è possibile agire se non mediante il proprio corpo, e in aggiunta ad esso oggetti che potranno appartenere a qualsiasi categoria inclusa quella dei corpi di altri agenti. Tutti gli oggetti fisici richiesti da un’azione sono complessivamente definiti “the *physical components* of an action”.⁸³ Di un’azione è possibile una descrizione puramente intensionale più o meno specifica che corrisponde allo “scopo” (*purpose*) o al “significato” (*meaning*) ad essa attribuita dall’agente⁸⁴, come nel caso in cui si dichiara l’intenzione di “assistere a una spettacolo teatrale” o di “assistere a una replica del Riccardo III”. Descrizioni di questo genere, però, identificano soltanto tipi (*type*) di azioni. Più eventi in diversi luoghi e tempi possono essere identificati come esempi di questi tipi di azioni e corrispondere alla loro descrizione. Le singole occorrenze (*token*) dei tipi possono essere identificate univocamente solo da una descrizione estensionale, che ne specifichi tutte le “componenti fisiche”, sia spaziali che temporali (come per esempio nel caso in cui si indichino il luogo e il tempo di una singola replica del Riccardo III).⁸⁵ Descrizioni di questo tipo identificano univocamente i *token* di azioni perché

There cannot be more than one act-token (of a particular act-type) answering to the same extensional description, i.e. having the same set of physical components.⁸⁶

È importante precisare a questo punto che gli *act-token* cui fa riferimento Steiner, così come gli *act-type*, possono essere sia prestazioni che omissioni.⁸⁷ Così come alla descrizione intensionale di un qualsiasi atto positivo (per esempio assistere alla replica di uno spettacolo

⁸² Ivi, p.35.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ivi, p.36.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ivi, p.79.

teatrale) corrisponde la descrizione intensionale della sua omissione (non assistere alla replica di uno spettacolo teatrale), a ogni descrizione estensionale di un atto positivo (assistere a una replica in un luogo e in un tempo determinati) corrisponde la descrizione estensionale della sua omissione (non assistere alla replica in quel tempo e in quel luogo). Le *azioni* cui fa riferimento Steiner sono dunque quelle che nel primo capitolo ho denominato “linee di condotta”, includendo nella definizione di questo termine sia gli atti che le omissioni. In questo senso dunque il termine “azione” sarà impiegato anche qui di seguito.

La distinzione tra *type* e *token* di azioni è rilevante in relazione alla definizione della condizione di impossibilità di un’azione perché quest’ultima richiede l’impossibilità di tutti i suoi *token*. Infatti, se anche uno solo di essi fosse possibile, anche il *type* dell’azione sarebbe possibile. La possibilità di assistere a una sola replica del Riccardo III, in un solo luogo, in una sola data e in un solo orario (*token*), equivale alla possibilità di assistere a una replica del Riccardo III (*type*). Pertanto, la definizione delle condizioni dell’impossibilità di un’azione equivale alla definizione dell’impossibilità di un *act-token*. Definita questa, l’impossibilità di un *type* di azione sarà data semplicemente dal suo verificarsi per ogni *act-token* di quel *type*. Essendo un *act-token* identificato da certe componenti fisiche, se l’agente non potrà accedervi o non potrà controllarli esso risulterà impossibile:

What makes an act-token impossible? Stated generally, it’s the actor’s lack of access to or control over at least one of that token’s physical components.⁸⁸

Dalla condizione di impossibilità di un’azione si ricava la condizione di impossibilità di due azioni, cioè la condizione che rende impossibile che esse si verificino congiuntamente. Se infatti l’impossibilità di un’azione consiste nella mancanza di controllo delle sue componenti fisiche, due azioni non saranno compostibili qualora alcune, ma non tutte le loro componenti fisiche siano in comune tra di esse.⁸⁹ Una completa comunanza delle componenti fisiche comporterebbe l’identità delle due azioni, che in ragione di tale comunanza condividerebbero la medesima descrizione estensionale. In caso di comunanza parziale invece, le due azioni sarebbero distinte, in ragione delle componenti fisiche non condivise, ma non potrebbero essere compiute congiuntamente. Infatti, se un agente ne compisse una, ogni altro agente mancherebbe necessariamente dell’accesso o del

⁸⁸ Ivi, p.36.

⁸⁹ Ibidem.

controllo ad alcune delle componenti fisiche dell'altra e non potrebbe pertanto compierla. La condizione della comunanza di alcune componenti fisiche può essere ulteriormente specificata: due azioni sono impossibili se richiedono, nello stesso intervallo di tempo, la presenza di un oggetto fisico in luoghi distinti o la compresenza di oggetti fisici distinti in uno stesso luogo. Nel primo caso si avrà una coincidenza della descrizione estensionale delle due azioni relativamente agli oggetti fisici e al tempo (*object-temporal coincidence*), nel secondo una coincidenza relativa sempre al tempo, ma allo spazio (*spatio-temporal coincidence*) anziché agli oggetti.⁹⁰ Dal momento che alcune azioni costituiscono prerequisiti necessari di altre (per esempio, essersi recati per tempo nella città nella quale avrà luogo una certa replica del Riccardo III costituisce una condizione necessaria per potervi assistere), l'impossibilità di due azioni si verificherà necessariamente anche qualora vi sia una parziale coincidenza tra le componenti fisiche di una di essa e quelli di un'azione che costituisca un prerequisito dell'altra. La formulazione completa della condizione di impossibilità proposta da Steiner è dunque la seguente:

Two actions, A and B, are impossible if there is a partial (either object-temporal or spatio-temporal) coincidence between the extensional description of A and either (i) B's extensional description, or (ii) C's extensional description if C is a prerequisite of B.⁹¹

La compossibilità di due azioni richiede dunque la non coincidenza (*object-temporal* o *spatio-temporal*) tra le loro descrizioni estensionali, o tra la descrizione estensionale di ciascuna di esse e quella di qualsiasi azione che sia un prerequisito dell'altra.

Concezione puramente negativa della libertà

La seconda premessa del ragionamento di Steiner è la concezione della libertà di un individuo come assenza di impedimento fisico da parte di un altro individuo a compiere un'azione e, per converso, della non-libertà come prevenzione fisica di un'azione da parte di un altro agente. In accordo con tale concezione:

[...] a person is unfree to do an action if, and only if, his doing the action is rendered impossible by the action of another person.⁹²

⁹⁰ Ivi, p.37.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ivi, p.8.

Alla base di questa concezione negativa, e anzi “puramente negativa”⁹³ della libertà si trova un gruppo di intuizioni di cui essa rende conto in modo coerente meglio di quanto non facciano concezioni rivali quali la concezione positiva della libertà e la concezione negativa “impura”: che gli individui siano liberi di fare ciò che di fatto fanno, che non siano liberi di fare ciò che gli viene reso impossibile fare, che siano liberi di fare cose che di fatto non fanno e che potrebbero non prendere nemmeno in considerazione di fare.⁹⁴ Una concezione della libertà coerente non dovrà necessariamente assumere queste intuizioni, ma nel caso in cui lo faccia sarà vincolata a rifiutare giudizi sulla libertà incompatibili con esse. Un’analisi della concezione negativa della libertà ne rivelerà l’incompatibilità con l’idea che la libertà di un individuo di compiere un’azione dipenda dalla “qualificazione” (*eligibility*) di tale azione come oggetto di scelta o da quella degli impedimenti fisici ad essa opposti, laddove per “qualificazione” o “eligibility” si intende la soddisfazione di diverse condizioni “moralì” o “motivazionali”: che le azioni in questione siano moralmente lecite, giustificate da ragioni, nell’interesse di chi le compie, che abbiano il diritto di compierle, ecc. La concezione puramente negativa della libertà è perciò “empirica” o “descrittiva”, nel senso che in accordo con essa,

[...] statements using it to describe a person as free or unfree to do a particular action presuppose nothing about the significance or permissibility either of that action or of any action preventing it. Nor, for that matter, do they presuppose anything about whether someone believes either of those actions to be significant or permissible.⁹⁵

Mentre il linguaggio ordinario contiene certamente giudizi empirici o descrittivi circa la libertà o la non libertà degli individui, concezioni differenti rispetto a quella negativa pura renderanno tali giudizi “assurdi” o “ridondanti”.⁹⁶ L’accordo con l’intuizione e con il linguaggio ordinario fornisce dunque una ragione, sia pure non conclusiva, per adottare la concezione puramente negativa della libertà e per restringere, in accordo con essa, il campo delle considerazioni pertinenti ai giudizi di libertà.

Secondo una concezione puramente negativa della libertà una serie di circostanze concernenti le disposizioni degli agenti e la valutazione normativa delle loro azioni sono irrilevanti per giudicare se essi sono liberi o meno di compiere un’azione, o se stanno o meno

⁹³ Ivi, p.9.

⁹⁴ Ivi, p.8.

⁹⁵ Ivi, p.9.

⁹⁶ Ibidem.

impedendo a qualcuno di compierla. Sono irrilevanti i desideri e le preferenze di un agente: si può essere privati della libertà di compiere un'azione che di fatto non si ha il desiderio di compiere, oppure essere liberi di compierla, pur non desiderandolo e, per conseguenza, astenendosene. In caso contrario si dovrebbe ammettere la possibilità di aumentare la libertà degli individui limitando il numero dei loro desideri.⁹⁷ È irrilevante l'effettivo interesse dell'agente a compiere un'azione. Si può infatti essere non-liberi di compiere un'azione dannosa per se stessi, oppure liberi di farla, tanto è vero che si può porre la questione normativa della liceità delle limitazioni "paternalistiche" della libertà, volte a tutelare gli interessi dell'agente. Una tale questione non avrebbe neppure senso se non fosse distinta da quella empirica riguardante la libertà o non libertà dell'agente di agire contro i propri interessi.⁹⁸ Irrilevante, in accordo con una concezione negativa della libertà, è anche l'ammissibilità delle ragioni per compiere un'azione: la domanda circa la libertà di compiere un'azione è infatti distinta da quella circa il grado di moralità o di razionalità delle ragioni che si hanno per compierla. Mentre una concezione positiva della libertà considererebbe come "libere" solo le azioni compiute in base a ragioni razionalmente giustificabili e non quelle compiute soggiacendo ad impulsi non regolati, una concezione negativa "impura" richiederebbe soltanto che ci sia una qualche ragione per compiere le azioni.⁹⁹ Tuttavia, in una concezione della libertà negativa è irrilevante anche che l'agente abbia o meno ragioni per agire in un certo modo dal momento che i giudizi di libertà empirica possono riguardare sia azioni per le quali l'agente ha di fatto una ragione, sia comportamenti che di fatto non mette in atto perché non ne ha ragione, ma per i quali *potrebbe* avere una ragione. La distinzione tra meri comportamenti e azioni intenzionali, dunque, non vale a respingere una concezione empirica della libertà, che si applicherebbe legittimamente ai primi, ma non alle seconde. Infatti, tutte le azioni intenzionali sono anche comportamenti, suscettibili di una descrizione meramente fisica. E comportamenti che non sono azioni, potrebbero esserlo nel momento in cui l'agente avesse un ragione per metterli in atto.¹⁰⁰ Allo stesso modo, sono irrilevanti le valutazioni morali circa le azioni che di fatto prevencono il compimento di una certa azione, sia per quanto riguarda il diritto dell'agente di compierle sia per quanto riguarda la sua responsabilità e imputabilità: è possibile essere privati della libertà da un'azione

⁹⁷ Ivi, p.10.

⁹⁸ Ivi, p.14.

⁹⁹ Ivi, p.20.

¹⁰⁰ Ivi, p.17.

perfettamente lecita (che l'agente ha il diritto di compiere)¹⁰¹ così come di un'azione delle cui conseguenze di privazione della libertà di una terza parte l'agente potrebbe non essere ritenuto responsabile, per esempio a causa di un'inevitabile ignoranza del fatto che esse sarebbero conseguite dalla sua azione.¹⁰² Infine, le minacce, come le offerte, non rendono non-liberi di compiere un'azione. Sia minacce che offerte agiscono alterando le preferenze dell'agente modificando le sue aspettative rispetto a una condizione di "normalità" attesa. Le offerte prospettano, nel caso in cui vengano accolte, un miglioramento rispetto alla norma; le minacce un peggioramento nel caso in cui non vengano accolte. Nel caso delle offerte, la situazione prodotta dal rifiuto coincide per definizione con la normalità, mentre nel caso delle minacce le conseguenze del rifiuto sono per definizione peggiori della normalità. Nel caso delle offerte dunque è la differenza tra l'utilità dell'accettazione e la normalità a determinare le preferenze dell'agente, nel caso delle minacce è la differenza tra due situazioni la cui utilità si situa per entrambe al di sotto della linea della normalità. Entrambe le differenze, tuttavia, sono differenze tra l'utilità dell'accettazione e l'utilità del rifiuto: offerte e minacce agiscono quindi sulla struttura delle preferenze dell'agente fondamentalmente nello stesso modo. Né le offerte né le minacce, inoltre, rendono il rifiuto impossibile per l'agente. Se lo rendessero impossibile, infatti, tale effetto sarebbe prevedibile in quanto necessario, ma sarebbe allora parte del corso normale degli eventi. Una tale concezione sarebbe dunque contraddittoria, perché minacce e offerte modificano le preferenze dell'agente precisamente prospettando esiti differenti dal corso normale degli eventi.¹⁰³

Libertà come possesso di oggetti fisici

Dalla condizione di compossibilità tra le azioni congiunta alla concezione puramente negativa della libertà segue la definizione di "libertà" come "possesso di cose". Se si ammette, da un lato che si è non liberi di compiere un'azione se il compierla è reso fisicamente impossibile (*prevented*) dall'azione di qualcun altro, dall'altro che due azioni non siano congiuntamente possibili nel caso in cui i loro componenti fisici coincidano parzialmente, ne segue che la libertà di compiere un'azione consisterà invece nel *controllo delle sue componenti fisiche*:

¹⁰¹ Ivi, p.12.

¹⁰² Ivi, p.13.

¹⁰³ Ivi, pp.28-29.

I'm unfree to do an action, then, if control of at least one of its physical components is actually or subjunctively denied to me by another person. Conversely, I'm free to do it if I actually or subjunctively have control of all its components. My unfreedom implies my actual or subjunctive exclusion from at least one of those things by another person. And it thus implies that person's actual or subjunctive *possession* of at least one of those things. So my freedom to do that action implies my actual or subjunctive possession of all those components.¹⁰⁴

Il possesso è una relazione triadica tra una persona, un oggetto e tutte le altre persone. La libertà di un individuo rispetto a tutti gli altri individui di compiere un'azione è dunque descrivibile come il possesso delle componenti fisiche di questa azione contro tutti gli altri:

[...] statements about the freedom or unfreedom of a person to do a particular action are thus construable as affirmative or negative claims about that person's (actual or subjunctive) possession of that action's physical components. *Freedom is the possession of things.*¹⁰⁵

Il possesso richiesto è un possesso di fatto o un possesso ipotetico. Infatti, la libertà negativa di compiere un'azione non richiede necessariamente il possesso di fatto di un oggetto, perché non tutti gli oggetti sono posseduti da qualcuno. Un individuo, anche non possedendo un oggetto non posseduto da altri, sarà dunque libero di compiere un'azione di cui questo oggetto è una componente fisica potendo prenderne possesso al momento di compiere l'azione. Steiner accoglie su questo punto una critica di Michael Taylor a una versione dell'argomento precedente rispetto a *An Essay on Rights*, che richiedeva il possesso di fatto. Rifiuta tuttavia la conclusione di Taylor che più individui abbiano la libertà di compiere un'azione che abbia come componente fisica un oggetto non posseduto fino a che qualcuno non compia di fatto l'azione.¹⁰⁶ Questo perché un *act-token* sarà temporalmente oltre che spazialmente determinato. La libertà dell'individuo X di compiere una certa azione a un tempo $t+n$ richiede già al tempo t il possesso esclusivo dell'oggetto componente fisica dell'azione al tempo $t+n$ da parte di X, ed esclude perciò il possesso ipotetico di altri individui dello stesso oggetto allo stesso tempo, e quindi la loro libertà di compiere la stessa azione.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ivi, pp.38-39.

¹⁰⁵ Ivi, p. 39.

¹⁰⁶ Ivi, pp.39-40. Cfr. Hillel Steiner, *Individual Liberty*, "Aristotelian Society Proceedings", lxxv (1975), pp.35-50 e Michael Taylor, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982, pp.153-154.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 40-41;

Diritti come distribuzioni di libertà negative

Il termine “diritto” viene ricondotto, nell’analisi del concetto di Wesley Newcomb Hohfeld a quattro diverse relazioni bilaterali tra individui: *privilegio* o *libertà*, *pretesa*, *potere* e *immunità*. Un individuo detiene un *privilegio* o *libertà* (*privilege*, or *liberty*) quando non ha verso un altro un obbligo di compiere od omettere un’azione ed è dunque normativamente libero di seguire una o l’altra linea di condotta. Detiene una *pretesa* (*claim*) quando un altro ha un obbligo nei suoi confronti. Un *potere* (*power*) quando è in grado di modificare la situazione giuridica di un altro. Un’*immunità* (*immunity*) quando un altro non può modificare la sua situazione giuridica. Correlative a queste relazioni sono quelle inverse del *non-diritto* (*non claim*), del *dovere* (*duty*), della *soggezione* (*liability*) e della *disabilità* (*inability*). Un individuo ha un *non-diritto* quando un altro ha verso di lui un privilegio, un *obbligo* quando un altro ha verso di lui una pretesa, una *soggezione* quando un altro ha verso di lui un potere, una *disabilità* quando un altro ha verso di lui un’immunità.¹⁰⁸

Alla luce della concezione della libertà come possesso di oggetti fisici e tenendo presente lo schema hohfeldiano, si può comprendere il senso in cui i diritti possono essere definiti *distribuzioni di libertà negativa*.¹⁰⁹ A ogni diritto-pretesa è correlativo un dovere, di compiere od omettere una certa azione. Per il principio “dovere implica potere” i titolari di tale dovere dovranno essere liberi di assolverlo e dovranno dunque godere di un privilegio relativo ad esso nel senso che nessuno dovrebbe detenere nei loro confronti un diritto-pretesa a che si astengano dal compierlo.¹¹⁰ Essendo richiesta da un dovere, tale libertà sarebbe una *committed liberty*¹¹¹ una libertà vincolata, appunto, dal dovere che ne richiede l’assegnazione a un agente. Ciò non escluderebbe ancora tuttavia, che ottemperare il dovere possa essere reso impossibile da azioni lecite o anche obbligatorie di terzi. Una “libertà” normativa il cui esercizio possa essere prevenuto dall’esercizio di un’altra “libertà”

¹⁰⁸ Vedi W.N.Hohfeld, *Foundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in “The Yale Law Journal”, vol 23 (1913), e vol 26 (1917), pp710-770, ed it. *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1969.

¹⁰⁹ H. Steiner, *An Essay on Rights*, 1994, cit., p.74.

¹¹⁰ In accordo con la *Choice Theory* dei diritti, i titolari di tali pretesi eserciterebbero un potere di controllo su tali doveri, potendo richiederne il rispetto oppure dispensare da essi. Essi avrebbero però il potere di rinunciare a questo potere, impegnandosi contrattualmente con altri a richiedere il rispetto dei doveri e a non dispensare dal loro assolvimento. Ciò richiederebbe a sua volta *committed liberties* a protezione di questi doveri e doveri di altri a protezione di queste libertà. Tuttavia, perché una tale struttura di libertà e doveri sia richiesta, non è necessario che i doveri siano dispensabili dai detentori dei correlativi diritti: un dovere richiederà una libertà anche nel caso in cui il correlativo diritto sia inalienabile. L’argomento per l’identificazione dei diritti con distribuzioni di libertà negativa non sembra dunque dipendere dall’adozione della *Choice Theory*.

¹¹¹ Ivi, p.87.

normativa è, nei termini introdotti da Bentham, una *naked liberty*, una libertà “nuda” o non protetta. Per contro, una *vested liberty*, una libertà “vestita” o protetta comporta un diritto-pretesa correlativo, un dovere di non prevenzione imputato agli altri agenti.¹¹² Tale dovere si articola nei molteplici doveri di omissione delle molteplici azioni che preverrebbero l’azione normativamente libera. Ad essi dovrebbero inoltre corrispondere, per l’assioma del permesso, altrettanti permessi di omettere tali azioni, ovvero altrettante “libertà” in senso normativo. A loro volta, se tali libertà fossero non protette risulterebbero prevenibili dall’esercizio lecito di altre libertà, ma ciò comporterebbe che anche la prima libertà normativa risulterebbe lecitamente prevenibile (in quanto la sua non prevenzione dipende a sua volta dalla non prevenzione dell’omissione dell’azione che la preverrebbe). Pertanto, la protezione della prima libertà (normativa) richiede la protezione delle *libertà (normative) poste a sua protezione* e quindi obblighi di astenersi da azioni che renderebbero impossibili queste libertà. A loro volta, tali obblighi implicano permessi, che dovrebbero essere protetti da ulteriori obblighi a loro volta implicanti permessi. Ogni libertà protetta implica dunque una rete di obblighi che ne delineano il “perimetro” (*perimeter*). A loro volta, tali obblighi implicano libertà protette la cui impenetrabilità dipende da perimetri di obblighi, e così via: “a perimeter is impermissibly penetrable, categorically impenetrable, only if there are other categorically impenetrable perimeters”.¹¹³ La nozione di “perimetro” delle libertà protette permette di definire quella di dominio (*domain*) come l’insieme delle libertà protette contenute dall’insieme dei perimetri di ogni individuo.¹¹⁴ Il sistema dei diritti assegna dunque in definitiva libertà negative protette precisamente dagli obblighi correlativi ai diritti.

Queste libertà saranno dunque sottoposte alla condizione di compostibilità, nel senso che dovranno essere congiuntamente esercitabili, così come congiuntamente esercitabili dovranno essere gli obblighi posti a loro protezione astenendosi dal penetrarne il perimetro.

I diritti come diritti di proprietà

Tale condizione di compostibilità sarà soddisfatta, come ogni altra condizione di compostibilità tra “azioni”, dalla non sovrapposizione parziale delle descrizioni estensionali delle azioni proibite, ovvero sarà soddisfatta qualora esse non abbiano in comune alcuni componenti fisici, perciò:

¹¹² Ivi, p.75.

¹¹³ Ivi, p.90.

¹¹⁴ Ibidem.

The rights constituting a person's domain are thus easily conceived as *property rights*: they are (time-indexed) rights to physical things. A set of categorically compossible domains, constituted by a set of property rights is one in which each person's rights are demarcated in such a way as to be mutually exclusive of every other person's rights. [...] we'll interpret this to mean that no two persons simultaneously have rights to one and the same physical thing.¹¹⁵

Un dominio costituito da un sistema di diritti proprietari è definito da Steiner un *title-based domain*. Un titolo è “a (time indexed) two-term relation, subsisting between a named person and a named physical object”.¹¹⁶ L'accesso a e il controllo di oggetti fisici è necessario al compimento di azioni e pertanto la condizione di compossibilità si applica anche ai titoli così definiti, richiedendo che, in un determinato intervallo temporale ogni titolo connetta una sola persona a uno solo oggetto fisico se questo è una componente fisica di un'azione oggetto di una *vested liberty*.

Diritti non proprietari, cioè indipendenti da titoli esclusivi su oggetti fisici, sarebbero diritti a *prestazioni* (positive o negative, cioè ad atti o ad omissioni). Tali diritti costituirebbero a protezione delle *vested liberties* un *purpose based domain*¹¹⁷, che non assegnerebbe titoli di accesso e controllo ad oggetti fisici, ma obblighi e permessi relativi ad *act-type* (e non ad *act-token*). Qualsiasi sistema di questo tipo consentirebbe l'emergere di situazioni di impossibilità tra obblighi dal momento che “the intensional descriptions of any two actions imply nothing about whether they are events which can jointly occur”.¹¹⁸ Infatti, la compossibilità di due *act-type* dipenderà dalla compossibilità dei loro *act-token* e questa, a sua volta, dipenderà dalla non coincidenza dei componenti fisici.

Si deve rilevare che il problema della compossibilità non sarebbe di fatto risolto se il *title-based domain* contenesse titoli di proprietà legittimamente rivendicabili da più individui. Un titolo di proprietà dovrà invece connettere in modo univoco, in un tempo determinato, un individuo determinato e un oggetto fisico determinato. In un sistema nel quale i diritti siano alienabili dai loro titolari e trasferibili ad altri, il *title-based domain* dovrà infine soddisfare un'ulteriore condizione. Il trasferimento dovrà infatti avvenire in modo da generare un nuovo sistema di titoli che connetta anch'esso in modo univoco, in tempo determinato, un individuo determinato con un oggetto determinato. In caso contrario, anche la compossibilità non si conserverebbe del nuovo dominio, perché vi sarebbero doveri - che potrebbero confliggere -

¹¹⁵ Ivi, p.91.

¹¹⁶ Ivi, p.103.

¹¹⁷ Ivi, p.92.

¹¹⁸ Ivi, p.91.

verso individui differenti. La condizione di compossibilità ha dunque in sistemi di diritti trasferibili una *dimensione storica (historical dimension)*.¹¹⁹ Essa è assicurata cioè dalla compossibilità di un sistema di diritti originario e dalle regole di trasferimento dei titoli. Un trasferimento di titoli conserverà la struttura di un dominio assicurando la compossibilità in primo luogo sostituendo, in un titolo di proprietà, la denominazione di un proprietario determinato con quella di un altro proprietario determinato, come avviene in un atto di compravendita. Il nuovo titolo di proprietà comporterà che tutti i doveri di ogni altro individuo verso il primo proprietario diverranno doveri verso il secondo. In secondo luogo, sostituendo l'oggetto fisico individuato dal titolo come altro termine della relazione di possesso. Ciò avverrà, per esempio, disassemblando un oggetto, o assemblandolo con altri oggetti di proprietà e associando univocamente i nuovi oggetti all'individuo univocamente associato agli oggetti precedenti. Ciò che richiede la dimensione storica della compossibilità è dunque che ogni titolo di proprietà legittimamente rivendicabile derivi da un precedente titolo di proprietà rivendicabile, che tale titolo precedente sia univoco nel connettere un determinato individuo a un oggetto determinato e che le procedure di derivazione di un nuovo titolo da un titolo precedente conservino questa univocità.¹²⁰

3.1.3 - Tutti i diritti sono alienabili

L'opzione a favore della *Choice Theory* (o *Will Theory*) dei diritti è argomentata a partire da una sintetica presentazione della sua tesi, in contrasto con quella della *Benefit Theory*

According to Choice Theory, a right exists when the necessary and sufficient condition, of imposing or relaxing the constraint on some person's conduct is another person's choice to that effect.¹²¹

Per contro

¹¹⁹ Ivi, p.103, e confronta, Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, cit..

¹²⁰ Vi saranno dunque, all'inizio della catena titoli di proprietà originari, non derivati da altri.

¹²¹ Ivi, pp.57-58.

[...] according to Benefit Theory, such imposition or relaxation must be in conformity with what would generally better serve that other's important interests, i.e. regardless of his or her own choices in the matter.¹²²

Steiner procede da un lato mostrando come la *Benefit Theory* non riesca a rendere conto di inclusioni nella categoria dei diritti, così come di esclusioni da essa, comunemente accettate riguardo a sistemi giuridici e codici morali, dall'altro discutendo una serie di obiezioni e controesempi alla *Choice Theory* e argomentandone l'infondatezza o la non conclusività. Dalla scelta a favore della *Choice Theory* è infine ricavata la tesi della necessaria alienabilità dei diritti.

Comunemente si ammettono sia doveri di agire in modo da servire ad interessi di terzi cui non corrispondono diritti, sia diritti imputati a individui che non ne sono i beneficiari. Sul piano morale, per esempio, si possono riconoscere doveri come quello di fornire indicazioni a chi si è perso nel nostro quartiere, di prestare la propria automobile a un amico affidabile, e di essere generalmente cortesi nei rapporti con il prossimo. A nessuno di questi doveri, tuttavia, sembra corrispondere un diritto.¹²³ D'altro canto, possono darsi casi di diritti che non comportano benefici per coloro che ne sono titolari, per esempio in tutti i casi di diritti e doveri contrattuali a beneficio di una terza parte. L'esempio portato è quello di un ordine a un fiorista per consegnare fiori a un matrimonio; in questo caso il titolare del diritto (colui che ha commissionato la consegna al fiorista) differisce dal beneficiario o dai beneficiari (coloro a cui i fiori devono essere consegnati, in questo caso presumibilmente gli sposi). Il *dovere* correlativo al diritto non è infatti verso gli sposi, ma verso il committente della consegna e sarebbe cancellato nel caso l'ordine venisse annullato, mentre l'interesse a ricevere i fiori rimarrebbe immutato.¹²⁴

Steiner discute due possibili interpretazioni di questo secondo tipo di controesempi volte a renderli compatibili con la *Benefit Theory*. La prima consiste nell'individuare un interesse dell'avente diritto a che la terza parte riceva il beneficio ad essa diretto. Nel caso della consegna dei fiori alla coppia di sposi, tale interesse riguarderebbe per esempio la soddisfazione derivante al titolare del diritto dal far loro un regalo.¹²⁵ Tale replica avrebbe però per Steiner due difetti. In primo luogo non sembrerebbe immune dal rischio della

¹²² Ivi, p.58.

¹²³ Ivi, p.61.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ivi, p.62.

banalizzazione del contrasto tra *Choice* e *Benefit Theory* dal momento che in linea di principio a qualsiasi scelta potrebbe essere fatto corrispondere un interesse a ciò che viene scelto, rendendo così ogni diritto definito nei termini della *Choice Theory* anche un diritto nel senso della *Benefit Theory*. Se a ciò si aggiungesse la negazione della possibilità di riconoscere interessi che non siano rivelati da scelte (o da preferenze espresse), la coincidenza tra insieme dei diritti riconosciuti dalla *Choice* e *Benefit Theory* sarebbe totale. Una coincidenza tra insieme dei diritti riconosciuti dalla *Choice Theory* e quelli della *Benefit Theory* si otterrebbe anche con la riduzione inversa, ammettendo come “scelte” solo quelle compiute nell’“interesse” autentico (comunque definito) dei loro autori. L’affermazione della perfetta coincidenza tra interessi e scelte comporterebbe però un deciso revisionismo della comprensione dell’esperienza circa scelte e interessi, dal momento che questa sembra senz’altro includere scelte compiute contro gli interessi dei loro autori e interessi non scelti e non perseguiti da chi ne è portatore.¹²⁶ In secondo luogo, data l’esistenza di due beneficiari, riconoscere a entrambi un diritto nel senso della *Benefit Theory* non spiegherebbe perché solo uno di essi potrebbe lecitamente condonare il dovere correlativo al diritto. Nel caso della consegna dei fiori, per esempio, non spiegherebbe perché solo il committente, e non anche il destinatario della consegna, potrebbe annullarla. La seconda possibile interpretazione del controesempio compatibile con la *Benefit Theory* considera il titolare del diritto come suo beneficiario non per la soddisfazione che ricaverebbe dall’ottemperanza dell’obbligo correlativo, ma per l’interesse ad avere un potere di controllo sulle proprie risorse, in particolare, nel caso specifico, su quelle necessarie a stipulare un contratto con chi consegnerà i fiori.¹²⁷ Il problema di questa seconda opzione è però il suo rendere superfluo il riferimento all’interesse per individuare un diritto:

[...] what is doing the explanatory work here is not your interest but your control: the reference to your interest is entirely superfluous. Information about your interest would doubtless furnish some insight into why you exercise your right against me in whichever way you choose to do. It may even go some distance toward justifying your having that right. But it sheds little light on the reasons why what you have can be said to *be* a right. That is, it sheds no light on the conceptual difference between your position in the flower-delivery contract and your position as my friend to whom I ought to loan my car.¹²⁸

¹²⁶ Ibidem, cfr. p.58.

¹²⁷ Ivi, p.63.

¹²⁸ Ibidem.

Un'altra possibile obiezione alla rilevanza del controesempio a favore della *Choice Theory* consiste nell'osservazione che contratti con terze parti come beneficiarie potrebbero definire come condizione dirimente per l'obbligatorietà dei doveri contrattuali la scelta del beneficiario. Nondimeno, in molti ordinamenti giuridici, non sarebbe quest'ultimo ad essere considerato titolare del diritto, ma il committente della prestazione. L'argomento delle terze parti beneficiarie, cioè, proverebbe troppo, perché varrebbe anche ad escludere il potere di scelta come criterio di attribuzione.¹²⁹ La risposta di Steiner a questa obiezione è che nel caso in cui un contratto sia stipulato tra A e B a beneficio di C e quest'ultimo abbia la possibilità di rifiutare tale beneficio, la questione di chi sia il titolare del diritto dipende comunque dalla revocabilità della disposizione contrattuale da parte di A. In presenza di tale revocabilità C non avrebbe alcun diritto: la sua scelta di richiedere o rifiutare il beneficio avrebbe il ruolo di un "fatto operativo" e non di un potere. Essa avrebbe lo stesso "status" funzionale di stipulazioni contrattuali relative al tempo atmosferico, che condizionino certi obblighi al verificarsi di certe condizioni meteorologiche. Per contro, se il contratto fosse irrevocabile da A, C e non A sarebbe l'unico titolare del diritto.¹³⁰

Altri controesempi alla *Choice Theory* vertono su casi nei quali i beneficiari di un diritto non hanno il potere giuridico di dispensare dai doveri ad esso correlativi: tipicamente, ciò è quanto avviene per i diritti protetti dal diritto penale. Un carattere dei doveri imposti dai divieti penali è infatti quello della *non rinunciabilità (unwaivability)*: "my expression of willingness to be assaulted (with the licensed exceptions of things like boxing matches, rugby games, etc) is insufficient to preclude my assailant's being charged with a breach of duty".¹³¹ Si può quindi vedere nei divieti delle legislazioni penali controesempi alla necessità della correlazione tra diritti e poteri di scelta. Oppure, è possibile negare che i doveri di astenersi da atti criminali siano correlativi a diritti. Secondo Steiner però è falso che "criminal law duties must be understood as entailing either *Benefit Theory* rights or, indeed, no rights at all".¹³² Infatti, la tesi della non correlazione dei doveri imposti dalle leggi penali con poteri di scelta è in realtà un argomento circolare a favore della *Benefit Theory*, perché interamente dipendente dalla tesi centrale di questa stessa teoria, per la quale la correlazione necessaria sarebbe tra attribuzione dei diritti e beneficio tratto da essi. Senza ammettere questa tesi, dal fatto che i beneficiari delle leggi penali non abbiano il controllo su doveri da

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ivi, p.64.

¹³¹ Ivi, pp.64-65.

¹³² Ivi, p.66.

esse imposti non segue che non vi siano altri titolari di diritti. Infatti, mentre i cittadini possono essere descritti come beneficiari terzi (*third party beneficiaries*) delle leggi penali, i poteri di controllo sui doveri e, in accordo con la *Choice Theory*, i diritti correlativi a tali doveri, possono essere attribuiti ai pubblici ufficiali (*state officials*).¹³³

Il riferimento ai sistemi giuridici positivi presenta a questo riguardo un quadro tale da giustificare sia questa attribuzione sia una limitazione della sua portata. Mentre molti pubblici ufficiali di grado inferiore, pur dotati del potere giuridico e della libertà di far rispettare le leggi penali, e di imporre sanzioni o compensazioni in caso di una loro violazione, mancano tuttavia del potere e della libertà di rinunciare a far rispettare tali leggi, ad applicare sanzioni ed esigere compensazioni, pubblici ufficiali di grado superiore sono spesso in possesso di un effettivo potere di scelta riguardo alle sanzioni previste dalla legislazione penale potendo, per esempio, graziare, liberare dietro cauzione, ecc. In alcuni sistemi giuridici, gli ufficiali superiori hanno anche potere di dispensare dal rispetto delle leggi penali, potendo ammettere eccezioni, conferire privilegi e immunità riguardo ad esse. In altri sistemi però, tale possibilità è preclusa da limiti di livello costituzionale.

Steiner sostiene però che la catena delle immunità o delle correlative disabilità debba comunque concludersi in una immunità dispensabile. La non dispensabilità di un dovere comporterebbe, in termini hohfeldiani, un'*incapacità* giuridica (*disability*) cui corrisponde un'*immunità*. All'*incapacità* giuridica di un ufficiale di grado inferiore di dispensare dagli obblighi penali corrisponderà quindi l'*immunità* di un ufficiale di grado superiore che potrà imporgli l'imposizione di tali obblighi. Ci si chiede allora se questo ufficiale di grado superiore avrà il potere giuridico di dispensare dagli obblighi penali. Se così non fosse egli stesso sarebbe soggetto ad una *incapacità*, cui corrisponderebbe l'*immunità* di un altro pubblico ufficiale, della quale a sua volta si potrebbe chiedere se sia o meno dispensabile. Si avrebbero così due possibilità: un regressum ad infinitum o una catena terminante in una immunità dispensabile.¹³⁴

Ogni diritto sarà quindi correlato con un complesso di poteri hohfeldiani di pretendere il rispetto dei doveri ad esso correlati o di rinunciarvi. Più dettagliatamente, Steiner enumera:

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Si noti che, pur essendo presentata in *An Essay on Rights* in connessione alla *Choice Theory*, la tesi dell'*alienabilità* dei diritti è stata successivamente presentata da Steiner indipendentemente da essa, si veda il problema del regressum ad infinitum delle immunità che porterebbe ad escludere la possibilità di diritti inalienabili, infatti si presenterebbe anche, come sostenuto successivamente da Steiner, in relazioni a diritti concepiti nei termini della *Benefit Theory*. Si veda Hillel Steiner, *Directed Duties and Inalienable Rights*, in "Ethics", Vol 123, N 2 (January 2013), pp 230-244;

1) il potere di rinunciare a che il dovere sia assolto, ovvero il potere di estinguerlo, 2) il potere di pretendere l'assolvimento del dovere, lasciandolo sussistere, 3) il potere di rinunciare alle azioni legali (*proceeding*) per l'applicazione delle misure previste in caso di violazione del dovere (*enforcement*), 4) il potere di rinunciare all' *enforcement*, 5) il potere di pretendere l' *enforcement*.¹³⁵

3.2 -La teoria dei diritti dei *Principia Iuris*

La teoria dei diritti di Luigi Ferrajoli è parte della *teoria del diritto* dei *Principia Iuris*. Se una teoria del diritto è, in generale, una “analisi delle strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano”¹³⁶, i *Principia Iuris* sono, specificatamente, “una teoria giuridica del diritto positivo moderno e, insieme delle norme giuridiche della democrazia”¹³⁷. I diritti fondamentali rientrano nell’architettura della teoria giuridica della democrazia dei *Principia Iuris* in quanto la loro tutela vi è definita come una delle caratteristiche necessarie per riconoscere come tali le *costituzioni democratiche*.

Come parte di una teoria del diritto, la teoria dei diritti fondamentali ne condivide la natura formale, oltre che la sua specificità rispetto ai diversi possibili approcci ai fenomeni giuridici. In virtù di tale carattere formale, una teoria del diritto non ci dice nulla su ciò che il diritto stabilisce, né su ciò che esso dovrebbe stabilire, né sul grado di osservanza di quanto da esso stabilito,¹³⁸ ambiti di indagine, questi, propri rispettivamente della *dogmatica giuridica* positiva, della *filosofia politica normativa* e della *sociologia del diritto*. Come tale, la teoria del diritto si limita invece a

definire e analizzare i concetti – “cosa sono” (e non, per esempio, “quali sono” o “devono essere” o “come operano di fatto”), per esempio, le norme, gli atti, i soggetti, le situazioni, i diritti e simili – e a connetterli in una rete coerente di postulati, definizioni e teoremi.¹³⁹

Ferrajoli riprende da Carnap e dal primo positivismo logico la distinzione tra

¹³⁵ H. Steiner, *An Essay on Rights*, cit. p 69; cfr Herbert L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford 1982, pp.183-184.

¹³⁶ L.Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol.1, 2007, cit., p.3

¹³⁷ Ivi, p.7

¹³⁸ Ivi, p.43.

¹³⁹ Ibidem.

linguaggio osservativo, i cui termini (oggetti, proprietà e relazioni) sono ricavati dall'osservazione empirica, e *linguaggio teorico*, che include oltre ai connettivi logici “termini non esplicitamente definibili nei termini del linguaggio osservativo”.¹⁴⁰ Tale distinzione è secondo Ferrajoli molto più appropriatamente riferibile al diritto che alle scienze naturali che presentano un intreccio tra dati empirici e costrutti teorici meno districabile. Nel caso del diritto, i linguaggi identificabili come osservativi sono due: quello della dogmatica giuridica, nel quale vengono espresse le “specifiche rilevazioni empiriche”¹⁴¹ che sono le interpretazioni delle norme vigenti e quello della sociologia giuridica che si occupa di fatti “più o meno divergenti dalle norme”. L'interpretazione giuridica svolge il ruolo di *osservazione* empirica di fatti, le norme, la cui particolare natura è linguistica. D'altro canto, il linguaggio giuridico favorisce, in ragione della sua natura tecnica e non puramente naturale, l'impiego del metodo assiomatico nell'elaborazione del linguaggio teorico. Inoltre, per il carattere esistenziale della maggior parte delle asserzioni della dogmatica giuridica, in essa sono presenti enunciati “protocollari”¹⁴² puramente osservativi e non induttivi, base empirica delle costruzioni teoriche. Infine la natura finita dell'oggetto della scienza giuridica rende possibile un'induzione “perfetta” fondata sull'enumerazione completa dei casi e non su inferenze probabilistiche.¹⁴³

La differenza dei linguaggi della dogmatica e della sociologia del diritto da un lato e della teoria del diritto dall'altro, fonda la differenza dei loro metodi. La prima procede mediante l'analisi concettuale e interpretazione giuridica a una ridefinizione teorica del significato delle proposizioni del linguaggio ordinario del diritto positivo e la seconda indaga empiricamente i fatti sociali che le norme regolano più o meno efficacemente, mentre la teoria del diritto procede alla costruzione di un “sistema di concetti e di assunti” organizzati in una teoria rigorosa mediante formalizzazione dei concetti, definizioni stipulative e assiomatizzazione.

Il metodo assiomatico di costruzione della teoria del diritto consiste, in sintesi

¹⁴⁰ Ivi, p.44, cit. da Rudolf Carnap, *Beobachtungssprache und theoretische Sprache* (1958), trad. it. *Linguaggio osservativo e linguaggio teorico* in *Analiticità, significanza, induzione*, Il Mulino, Bologna 1971, p.50

¹⁴¹ Ivi, p.45.

¹⁴² Ivi, p.45, p.78 nota 52; Rudolf Carnap, *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft*, in “*Erkenntnis*”2 (1931), pp 437-438.

¹⁴³ Ivi, p. 46, p.79 nota 53; R. B. Braithwaire, *Scientific Explanation* (1953), trad. it., *La spiegazione scientifica*, Feltrinelli, Milano 1966.

a) nella stipulazione di una serie di regole di formazione del linguaggio teorico; b) nella stipulazione, secondo le regole di formazione prestabilite, di un numero ristretto di concetti non definiti, detti perciò "concetti primitivi" nonché di proposizioni non derivate da altre proposizioni della teoria, dette perciò postulati c) nella definizione secondo le medesime regole, dei restanti concetti della teoria per mezzo dei concetti primitivi e/o di altri concetti a loro volta precedentemente definiti, d) nella derivazione, secondo le regole di trasformazione prestabilite, delle restanti proposizioni della teoria dai postulati e/o da altre proposizioni derivate nel medesimo modo.¹⁴⁴

Proprio in virtù del suo carattere formale, la teoria del diritto può svolgere per Ferrajoli un ruolo non solo esplicativo e di ricostruzione teorica, ma anche critico e propositivo rispetto al diritto vigente - oggetto d'indagine della dogmatica giuridica - e rispetto alla pratica giuridica - oggetto d'indagine della sociologia del diritto - e costituire un punto di raccordo tra queste discipline e la filosofia politica normativa.¹⁴⁵

La differenziazione degli ambiti disciplinari corrisponde a tre "divaricazioni deontiche".¹⁴⁶ In primo luogo quella tra il "dover essere" etico-politico, esterno al diritto, e l'"essere" del diritto, ovvero tra *giustizia* e *validità* giuridica delle norme. In secondo luogo quella tra il "dover essere interno" e le norme effettivamente presenti nei testi legislativi, quindi tra *validità* e *vigore* delle norme. Tale divaricazione deontica è connessa a un mutamento della "norma di riconoscimento della validità giuridica, intervenuto con la stipulazione in costituzioni rigide di limiti e vincoli sostanziali alla produzione legislativa, quali sono tipicamente i diritti fondamentali".¹⁴⁷ In base alla norma di riconoscimento propria del costituzionalismo rigido, "una legge è valida non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza a un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai contenuti e ai significati, con le norme costituzionali ad essa sopraordinate".¹⁴⁸ Infine, vi è la divaricazione tra *vigore* ed *effettività*, cioè tra le prescrizioni delle norme vigenti e le effettive condotte umane che da esse possono sempre divergere. La divaricazione deontica tra *giustizia* e *validità* sarà oggetto delle indagini, e della funzione critica, della filosofia politica normativa, la divaricazione tra *validità* e *vigore* di quelle

¹⁴⁴ Ivi, p. 52.

¹⁴⁵ Ivi, pp. 39-43.

¹⁴⁶ Ivi, pp. 15-20.

¹⁴⁷ Ivi, p.17.

¹⁴⁸ Ibidem.

della dogmatica giuridica che registrerà, nei sistemi giuridici positivi, la coerenza o l'incoerenza tra le norme di grado superiore e quelle di grado inferiore e la presenza o l'assenza di norme di grado inferiore la cui produzione sia richiesta da norme di grado superiore; infine la divaricazione tra *vigore* ed *effettività* di quelle della sociologia del diritto. Al livello della teoria del diritto verranno definiti *principia iuris tantum* di natura *logica*. In particolare del principio di coerenza tra le norme dei sistemi giuridici, che richiede l'eliminazione delle antinomie, e di quello di completezza, che richiede l'eliminazione delle lacune.

Coerenza e completezza sono principi *sul* diritto, ma non, di fatto, principi *del* diritto, non essendo tradotti in norme positive e non essendo garantita la loro osservanza da parte del legislatore.¹⁴⁹ Proprio la divaricazione deontica tra validità e vigore fa sì che la coerenza tra norme sopraordinate e norme subordinate e la completezza intesa come assenza di lacune derivanti dalla mancata produzione di norme subordinate richieste dalle norme sopraordinate, non siano proprietà necessarie dei sistemi giuridici e che questi non realizzino di fatto i principi di natura logico-deontica definiti dalla teoria. Di qui la tensione tra la teoria e l'effettività giuridica e il valore correttivo della prima nei confronti della seconda.

Se però la richiesta di coerenza e completezza interna a un sistema giuridico è relativa alle norme positive di fatto presenti in quel sistema, la teoria del diritto, pur mantenendo il suo carattere formale e anzi a motivo di quest'ultimo, non è priva di possibili conseguenze per ciò che riguarda la connessione tra il piano normativo, etico-politico, e quello del diritto di fatto esistente. In generale, dal momento che la teoria risponde alla domanda sul che *cosa siano* i diversi oggetti della scienza giuridica (norme, obblighi, divieti, diritti fondamentali, ecc.) e non su *quali* siano di fatto norme, obblighi, divieti ecc. in un dato sistema giuridico, né su quali *dovrebbero* essere, essa potrà essere *interpretata* sia nei termini della dogmatica giuridica, riferendosi quindi a norme, obblighi, divieti, diritti ecc positivamente presenti nei sistemi giuridici, sia nei termini della sociologia giuridica, riferendosi all'effettività di tali sistemi giuridici, sia in termini prescrittivi esterni al diritto, tratti da concezioni della *giustizia* filosofico-politiche. Lo stesso Ferrajoli fornisce un'interpretazione di questo tipo, sviluppando una *teoria della*

¹⁴⁹ Ivi, p.28.

democrazia costituzionale, di cui, come vedremo, è ampia parte una definizione di una sottoclasse dei diritti fondamentali definiti strumentalmente in relazione ad un fine (la pace) assiologicamente valutato come positivo. Questa parte dei *Principia Iuris* comporta, avverte Ferrajoli, “un mutamento dello statuto della teoria”, in quanto

La teoria della democrazia costituzionale pur avvalendosi di molti dei concetti della teoria dei diritti, non è affatto una teoria formale, né perciò formalizzabile con l’impiego di un linguaggio simbolico. Essa è bensì un’interpretazione di tipo assiologico del paradigma costituzionale formale elaborato dalla teoria del diritto così come ne sono interpretazioni di tipo normativistico e di tipo realistico quelle offerte dalla dogmatica e dalla sociologia giuridica.¹⁵⁰

Inoltre, le stesse definizioni dei termini della teoria non saranno prive di conseguenze pragmatiche, in quanto determineranno il campo dei possibili usi dei termini. Esse saranno perciò dettate anche da considerazioni etico-politiche che non pregiudicheranno la natura formale delle definizioni, ma orienteranno, in vista di un certo fine teorico o pratico perseguito, la scelta tra diverse opzioni possibili. A questo proposito, Ferrajoli fornisce due esempi¹⁵¹: uno è quello del concetto di “illecito” che nei *Principia Iuris* è “ogni atto informale vietato”, mentre per la definizione di Hans Kelsen è “qualunque atto cui l’ordinamento connetta una sanzione”, l’altro è proprio quello dei “diritti fondamentali” e della consueta definizione di essi come “diritti universalmente condivisi” opposta a quella proposta dai *Principia Iuris* di “diritti universalmente conferiti”. In nessun dei due casi la definizione dei *Principia*, essendo stipulativa, può essere considerata “più vera” dell’alternativa, ma in entrambi i casi le due alternative comportano conseguenze teoriche divergenti e suscettibili di essere diversamente valutate sulla base dei valori e dei fini del teorico: nel caso della definizione di illecito, perché la definizione kelseniana comporta, a differenza di quella di Ferrajoli, l’impossibilità di definire la guerra un illecito (a meno di non identificarne la sanzione con la guerra stessa), nel secondo caso perché la definizione consueta di diritti fondamentali risulterebbe vuota se di fatto non vi fossero diritti sui quali vigesse un consenso universale, mentre la definizione dei *Principia* potrebbe applicarsi a ogni diritto universalmente conferito indipendentemente dal suo contenuto e dalla valutazione morale

¹⁵⁰ Ivi, p.20.

¹⁵¹ Ivi, pp. 23-24.

o politica di tale contenuto.¹⁵²

L'universalità, in quanto condizione formale, potrebbe essere attribuita a qualsiasi diritto legale, anche "futile" o espressione di un "disvalore", purché esso sia ammesso da un certo ordinamento. Potrebbe per esempio essere un diritto fondamentale un diritto di fumare o di essere salutati per strada o un diritto di portare armi.¹⁵³ Ciò vale anche per l'opposizione, di cui tratterò più sotto, tra diritti fondamentali e diritti di proprietà nel senso di diritti patrimoniali su beni reali, che è un'opposizione formale, per cui diritti che negli ordinamenti giuridici esistenti sono fondamentali, o che dovrebbero esserlo secondo giustizia, potrebbero essere, nella terminologia di Ferrajoli, "degradati" a diritti patrimoniali, negandone l'universalità, e viceversa.¹⁵⁴ Altrettanto indeterminata sul piano formale e teorico è inoltre l'estensione della classe dei soggetti di un diritto universale. Anche qui, mentre l'osservazione dogmatica porta a un elenco delle diverse definizioni positive delle classi (persone umane, cittadini, capaci di agire, cittadini capaci di agire) cui sono attribuite diverse tipologie di diritti, considerazioni normative di carattere etico-politico intervengono per Ferrajoli a richiedere l'estensione di taluni diritti limitati alla classe dei cittadini all'intera classe degli esseri umani.¹⁵⁵ Né i *Principia Iuris* sono totalmente silenti sul contenuto prescrittivo dei diritti fondamentali, dal momento che la *teoria della democrazia costituzionale* determina, in riferimento, come vedremo, al valore della *pace*, cioè del non uso di una forza sregolata, quale tipo di diritti *dovrebbero essere* universalmente attribuiti e attribuiti da norme costituzionali di grado superiore, regolative delle norme di grado inferiore e non modificabili dall'attività legislativa ordinaria.

Di seguito intendo presentare preliminarmente in modo informale alcune caratteristiche e tesi della teoria dei diritti di Ferrajoli. Procederò innanzitutto (paragrafo

¹⁵² Ivi, p.24.

¹⁵³ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari 2001, p.6.

¹⁵⁴ Ibidem, Il significato svalutativo implicito al termine "degradazione" sembra riferirsi sia a un aspetto assiologico, in quanto l'attribuzione universale dei diritti fondamentali realizza il valore dell'eguaglianza giuridica, mentre l'attribuzione singolare dei diritti patrimoniali comporta un'esclusività e una diseguaglianza giuridica che, sebbene previste dalla legge nel caso dei diritti patrimoniali, sono comunque, in sé disvalori, e perché in particolare la disponibilità sul mercato dei beni protetti dai diritti fondamentali li renderebbe transigibili e negoziabili, ma anche, un aspetto descrittivo, riferito al costituzionalismo democratico, nel quale la trasformazione di un diritto fondamentale vitale in un diritto patrimoniale comporterebbe il passaggio da un insieme di norme costituzionale sopraordinate a uno di norme subordinate.

¹⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol. 1, cit. Ivi, pp.22-26.

3.2.1) a presentare le linee della teoria costituzionale dei *diritti fondamentali vitali* giacché proprio su questa si fondano sia la determinazione di *quali dovrebbero essere* i diritti, sia quella della posizione (gerarchicamente apicale) che *dovrebbero avere* in un sistema giuridico.

Quindi (paragrafo 3.2.2) intendo presentare la definizione dei *diritti* (più precisamente, dei *diritti soggettivi*) fondata sul concetto primitivo di *aspettativa* su cui tornerò nel paragrafo 4.2.1 e quella di diritti fondamentali. Infine, (paragrafo 3.3.3) sulla base della definizione di diritti fondamentali come diritti universalmente conferiti intendo presentare sinteticamente la tesi circa la differenza formale e strutturale dei diritti fondamentali dai diritti di proprietà.

3.2.1 - Costituzione democratica e diritti vitali

Per Ferrajoli, una “costituzione” può essere definita secondo due criteri: il criterio *strutturale* e il criterio *assiologico*. Secondo il criterio strutturale, una costituzione è identificata dalla collocazione “al vertice della gerarchia delle norme”.¹⁵⁶ Secondo il criterio assiologico, una costituzione è definita dai suoi contenuti normativi. Tali contenuti normativi sono determinati da una condizione controfattuale: se una costituzione è democratica le sue norme porranno vincoli di natura formale e sostanziale alla produzione normativa consistenti nell’esercizio diretto o indiretto di poteri politici le prime e nella garanzia di un insieme di diritti fondamentali le seconde. La coincidenza dei due criteri non è logicamente necessaria, perché potranno darsi (e si sono dati storicamente, come nel caso delle leggi fondamentali della Spagna franchista) anche insiemi di norme gerarchicamente sopraordinate che non ammettano diritti politici e diritti fondamentali come condizioni di validità delle norme, sebbene storicamente le costituzioni come insiemi gerarchicamente sopraordinati di norme si siano affermate come strumento per limitare e vincolare i pubblici poteri in senso democratico.

Una costituzione che sia democratica è dunque caratterizzata da due gruppi di principi; quelli di carattere formale, relativi alle procedure di produzione delle norme, e quelli di carattere sostanziale, relativi ai contenuti di tali norme: Le norme formali riguarderanno la rappresentanza politica, la divisione e la separazione dei poteri. Le

¹⁵⁶ Ivi, p.859

norme sostanziali saranno un insieme di diritti fondamentali classificati come “vitali”.

Più nel dettaglio una costituzione democratica comporterà:

1) Le norme della “rappresentanza politica” che attribuiscono quest’ultima tramite l’esercizio di poteri politici di voto. Il rapporto giuridico di rappresentanza, con gli obblighi che ne derivano al rappresentante e l’imputabilità degli atti compiuti da quest’ultimo - nei limiti legali della sua funzione - al rappresentato, è qui da intendersi, come chiarisce Ferrajoli, tra gli eletti e lo Stato o un suo organo o un'altra istituzione politica, non tra i votanti e i rappresentanti. Propriamente dunque, per i *Principia Iuris*, in democrazia gli eletti non rappresentano gli elettori, “cui solo è attribuito un potere di selezione che non comporta, come stabilito esplicitamente per esempio, dall’articolo 67 della Costituzione italiana, alcun vincolo di mandato.”¹⁵⁷

2) Le norme di “divisione del potere” che ripartiscono il potere interno a istituzioni stabilendo “o che i funzionari debbano essere designati o che gli atti propri delle loro funzioni dipendano dal compimento di altri atti da parte di altri funzionari.”¹⁵⁸

3) Le norme di separazione dei poteri, che ripartiscono i poteri tra le istituzioni, stabilendo che i funzionari di un’istituzione non siano designati da funzionari di istituzioni diverse e che lo svolgimento degli atti propri delle loro funzione non dipendano dagli atti dei funzionari di altre istituzioni.¹⁵⁹ In particolare, la separazione dei poteri riguarderà da un lato le funzioni “di governo”, inclusive delle funzioni legislative e delle funzioni amministrative discrezionali, il cui esercizio è valido semplicemente se rispetta alcune condizioni formali, dall’altro le funzioni “di garanzia”, inclusive di funzioni amministrative sottoposte a vincoli sostanziali perché deputate a garantire l’assolvimento di obblighi conseguenti alle leggi (per esempio, l’erogazione di servizi sanitari o previdenziali in quanto previsti dai rispettivi diritti sociali) e le funzioni giurisdizionali.

4) Infine, norme identificate come una certa classe di “diritti fondamentali”: i “diritti vitali”. Essi sono definiti come “i diritti fondamentali la cui garanzia è necessaria per garantire la pace”¹⁶⁰, ovvero i diritti che devono essere correlati ad obblighi e divieti

¹⁵⁷ Ivi, p.863.

¹⁵⁸ Ivi, p.865.

¹⁵⁹ Ivi, p.867.

¹⁶⁰ Ivi, p.888.

(garanzie primarie), a sanzioni per la loro violazione e a rimedi (annullamenti e obblighi di integrazione) per incoerenze e lacune legislative (garanzie secondarie), in vista del fine della “pace”. Quest’ultima è definita come “l’aspettativa del non uso di violenza sregolata”, laddove l’unica violenza lecitamente ipotizzabile è quella legalmente prevista come risposta, regolata e limitata, alla violenza sregolata, cioè alla guerra e al crimine.¹⁶¹

Quali siano i diritti necessari alla conservazione della pace è indicato in primo luogo dalla storia: da quella delle lotte per le conquiste dei diritti e da quella delle loro formulazioni teoriche e politiche nell’epoca moderna a partire dall’identificazione nella tutela del diritto alla vita nella ragione fondante dell’istituzione della società civile da parte di Thomas Hobbes. I diritti vitali sono cioè i diritti via via rivendicati non solo con l’espressione del proprio dissenso nei confronti di un ordine giuridico che non li tuteli, ma con “la disobbedienza, la resistenza e, in ultima analisi, la guerra”.¹⁶² È dunque la stessa disponibilità al conflitto di fronte alla negazione di alcuni diritti – storicamente attestata e razionalmente prevedibile, in quanto “su questioni di vita e sopravvivenza non si accetta di essere messi in minoranza”¹⁶³ che qualifica tali diritti come “vitali” e come necessari alla pace. Si riconosceranno come diritti vitali, pertanto

quelli che, storicamente, sono stati rivendicati e poi conquistati da lotte e rivoluzioni attraverso un *mai più* alle loro violazioni: dapprima l’hobbesiano diritto alla vita, poi i diritti di libertà e proprietà, poi ancora i diritti di associazione e riunione, infine i diritti dei lavoratori e i diritti sociali.¹⁶⁴

Così come il criterio assiologico che identifica le costituzioni democratiche, ovvero la prescrizione dei diritti vitali, anche il criterio strutturale che identifica un insieme di norme come una “costituzione”, ovvero il loro essere al vertice della gerarchia delle norme, appare legato alla dimensione storica degli ordinamenti. In particolare, al fatto che essi debbano essere, in un dato momento storico, istituiti. Mentre le norme

¹⁶¹ Ivi, p.886.

¹⁶² Ivi, p.888.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem; sul nesso tra eguaglianza nei e per tramite dei diritti fondamentali e pace si veda anche Luigi Ferrajoli, *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza, Bari 2018, p.12: “sono i diritti fondamentali che formano i tramiti e i parametri dell’eguaglianza dalla cui garanzia dipende la pace: il diritto alla vita e alle libertà fondamentali, dalla cui garanzia dipende la pacifica convivenza delle differenze, ma anche i diritti sociali alla salute, all’istruzione, alla sussistenza e alla previdenza dalla cui garanzia dipende la riduzione delle tensioni e dei conflitti generate da eccessive disuguaglianze.”

subordinate alla costituzione saranno prodotte da atti giuridicamente validi subordinati a *norme sulla produzione di norme* la costituzione è prodotta da un *atto costituente* originario, non soggetto ad alcuna legge superiore. Essa si trova pertanto all'origine e al vertice della gerarchia delle fonti giuridiche e quindi al vertice della gerarchia delle norme, nel senso che saranno le norme costituzionali a determinare le condizioni del riconoscimento e della legittimità delle altre norme (la costituzione invece non sarà né legittima né illegittima, essendo il prodotto di un atto costitutivo e quindi né valido né invalido).¹⁶⁵

Dalla collocazione gerarchicamente sopraordinata, in quanto costituzionale, dei diritti vitali fondamentali, segue che essi costituiscono, per tutte le norme subordinate *norme sostanziali sulla produzione di norme*¹⁶⁶, la cui violazione sarà causa di invalidità degli atti di produzione e illegittimità delle norme prodotte.¹⁶⁷ In generale, la violazione di norme sostanziali sulla produzione può avvenire per commissione o per omissione, ovvero mediante la produzione di norme il cui contenuto prescrittivo sia in contrasto con il contenuto prescrittivo delle norme sostanziali di produzione - dando così luogo ad *antinomie* - o per l'inadempienza nella produzione di norme la cui produzione sia richiesta dalle norme sostanziali di produzione.¹⁶⁸

Antinomie e lacune, in virtù dei *principia iuris tantum* di coerenza e completezza richiederanno rimedi giuridici, ovvero l'annullamento delle antinomie, mediante l'eliminazione delle norme di grado inferiore in contrasto con la norma di produzione, e il riempimento delle lacune, mediante la produzione delle norme di grado inferiore omesse. In virtù della loro collocazione gerarchica negli ordinamenti e dei *principia iuris tantum*, dunque, i diritti fondamentali vitali verranno a svolgere un ruolo di controllo dei contenuti precettivi delle norme inferiori. Ciò non in base a principi o valori morali *esterni* al diritto: essendo stati i principi etico-politici sottesi ai diritti incorporati

¹⁶⁵ Ivi, p. 892-893. i diritti fondamentali norme "sostanziali" perché regolative delle prescrizioni delle norme di grado inferiore e non delle forme legali della loro produzione.

¹⁶⁶ Cfr. ivi pp. 515-519, p. 508: "Norme sostanziali" sono le norme che regolano i significati delle decisioni", "Norma sulla produzione è qualunque norma deontica che regoli la forma di un atto formale o il significato di una decisione", "Decisione è qualunque atto precettivo abilitato a produrre come effetti le situazioni o le norme da esso prescritte come significati, a condizione che siano osservate tutte le norme deontiche di grado ad esso sopraordinato".

¹⁶⁷ Le norme legittime sono definite dai *Principia Iuris* come il prodotto di atti validi e quelle illegittime come il prodotto di atti invalidi, cfr. ivi, p. 546.

¹⁶⁸ Ivi, p. 908.

nell'ordinamento e positivizzati nella costituzione democratica, ma appunto come conseguenza di principi interni (i diritti vitali) e di principi logico-deontici del diritto, ma non direttamente iscritti nel diritto.

3.2.2 - Le definizioni di “diritto soggettivo” e “diritto fondamentale”

“Aspettativa” è, come ho ricordato, un termine primitivo dei *Principia Iuris*. Di essa non è quindi fornita una definizione, invece la sua interpretazione semantica è affidata all'esemplificazione del suo uso legittimo. Esempi di tale uso legittimo sono proposizioni come “il diritto di credito è l'aspettativa di una prestazione debitoria” o “il diritto di proprietà è l'aspettativa del non turbamento del bene che ne è oggetto”,¹⁶⁹ ma vi può essere anche l'aspettativa della sanzione di un atto illecito o l'aspettativa dell'annullabilità degli atti invalidi.¹⁷⁰

In generale, un *soggetto*¹⁷¹ ha un'aspettativa della commissione o dell'omissione di un'azione (“comportamento”, nella terminologia di Ferrajoli), a beneficio o meno del titolare dell'aspettativa.

L'aspettativa (positiva) di un comportamento corrisponde dunque a un obbligo altrui di tale comportamento, così come l'aspettativa (negativa) di un'omissione corrisponde all'obbligo altrui di omissione (o divieto) di tale comportamento, così che la differenza tra aspettative e obblighi (o divieti) con il medesimo argomento consiste esclusivamente nel soggetto cui sono imputati: l'aspettativa è una *figura deontica passiva*¹⁷², che ha per argomento il comportamento di qualcun altro, obblighi, divieti e permessi sono *figure deontiche attive* che hanno per argomento un comportamento proprio. Data l'interdefinibilità di obblighi, divieti e permessi, un quadro adeguato del concetto di aspettativa è data dalle quattro possibili correlazioni tra aspettativa e permesso:

- a) dire che di un comportamento è permessa la commissione equivale [...] a dire che non c'è aspettativa della sua omissione, b) dire che di un comportamento è permessa l'omissione equivale a dire che non c'è aspettativa della sua commissione, c) dire che di un comportamento non è

¹⁶⁹ Ivi, p.86.

¹⁷⁰ Ivi, p.152.

¹⁷¹ “Soggetto” è un altro termine primitivo del sistema, usato per designare “qualunque ‘centro di imputazione’ di comportamenti, o di modalità, o di aspettative o di interessi, come gli esseri umani, ma anche come gli enti e le associazioni di esseri umani”, cfr ivi, p.87.

¹⁷² Ivi, p.151.

permessa l'omissione equivale a dire che c'è aspettativa della sua commissione, d) dire che di un comportamento non è permessa la commissione equivale a dire che c'è aspettativa della sua omissione.¹⁷³

L'aspettativa positiva di commissione è dunque sempre connessa a un obbligo di commissione e a un divieto di omissione, l'aspettativa di omissione è sempre connessa a un obbligo di omissione e a un divieto di commissione e correlativamente, l'inesistenza di un obbligo di commissione (e dunque di un divieto di omissione) è sempre commessa all'inesistenza di un'aspettativa di commissione e l'inesistenza di un obbligo di omissione (e dunque di un divieto di omissione) è sempre connessa all'inesistenza di un'aspettativa di omissione. La correlatività di aspettative e obblighi comporterà una corrispondenza delle relazioni deontiche tra le prime e quelle tra i secondi.

L'*aspettativa della commissione* di un comportamento sarà *incompatibile* con l'aspettativa della sua omissione, come incompatibili sono l'obbligo della commissione correlativo all'aspettativa di essa e il suo divieto, correlativo all'aspettativa dell'omissione. Sarà in una relazione di *contraddizione* con la non aspettativa della commissione, così come in contraddizione sono l'obbligo della commissione di un comportamento e il non obbligo (cioè il permesso dell'omissione). *Implicherà* la non aspettativa dell'omissione, così come l'obbligo di un comportamento ne implica, per l'assioma del permesso, il permesso e il non divieto e così come l'aspettativa dell'omissione implica la non aspettativa della commissione (e il divieto o non permesso della commissione il non obbligo della commissione, o permesso dell'omissione).¹⁷⁴

Alle *non-aspettative* di commissione, corrisponderanno permessi di omissione, all'assenza di aspettative di omissione corrisponderanno permessi di commissione e alle *non-aspettative* di commissione che di omissione corrisponderanno facoltà di commissione e di omissione. A ogni *facoltà* (a ogni comportamento facoltativo) corrisponderà quindi l'assenza di aspettative altrui.¹⁷⁵

Sulla base della nozione di aspettativa, Ferrajoli costruisce la nozione di “diritto soggettivo” dei *Principia Iuris*. Il suo punto di partenza è “un inventario degli usi giuridici correnti nel linguaggio giuridico del termine ‘diritto soggettivo’”, dal quale

¹⁷³ Ivi, p.152.

¹⁷⁴ Ivi, p.155.

¹⁷⁵ Ivi, p.156.

risultano “quattro tipi di diritti”:

a) i diritti potestà, che consistono in facoltà di atti precettivi, e quindi in poteri, appunto potestativi: emblematico il diritto di proprietà, che può essere esercitato tramite atti negoziali di disposizione e di scambio; b) i diritti facoltà, che consistono in facoltà di meri comportamenti, quali sono anzitutto le classiche libertà fondamentali di opinioni, di parola e di associazione di riunione di associazione e simili; c) i diritti immunità, che consistono soltanto in aspettative negative di non violazioni, come i diritti alla vita, alla libertà personale, all'integrità fisica e, inoltre, alla pace, alla difesa dell'ambiente e simili; d) i *diritti-pretese* che sono aspettative positive di prestazione, come i diritti di credito e i diritti sociali.¹⁷⁶

Dal momento che le potestà sono facoltà, cioè atti di cui è permessa la commissione come l'omissione, la prima categoria è fatta rientrare nella seconda. Inoltre le facoltà riconosciute come diritti soggettivi (incluse le potestà) risultano sempre associate (a un esame del diritto di tipo dogmatico) a *immunità* nel senso qui definito, cioè comportano sempre “l'aspettativa negativa che altri non ne impedisca o ne turbi l'esercizio”.¹⁷⁷ Ciò che le diverse categorie di diritti soggettivi hanno in comune, dunque, è l'essere aspettative di comportamenti altrui, correlativi ad obblighi e divieti:

Riconoscere e garantire a taluno un diritto vuol dire, in tutti i casi, assicurarne la tutela – della sua integrità, o dei bisogni ad esso sottostanti, o della sua sfera di azione o di decisione – attraverso il divieto o l'obbligo di un comportamento altrui.¹⁷⁸

La presenza di un'aspettativa non può nondimeno essere considerata un connotato sufficiente a identificare un diritto, ma solo un connotato necessario. Esistono anche, infatti, aspettative che non sono diritti, come l'aspettativa della sanzione di un illecito o l'aspettativa dell'annullamento di una norma illegittima. Ovvero esistono aspettative i cui argomenti non possono essere identificati anche come argomenti di diritti soggettivi. Sarà allora necessaria, per giungere a una definizione di diritto soggettivo “l'identificazione degli argomenti delle aspettative, positive e negative, nelle quali consistono i diversi tipi di diritti”.¹⁷⁹ A questo scopo, i *Principia Iuris* si servono del concetto primitivo di

¹⁷⁶ Ivi, p. 639. In termini hofeldiani, diritti-immunità e diritti-pretese sarebbero due tipi di *pretese* (claim-rights), a omissioni le prime, a commissioni le seconde, i diritti-poteri sarebbero *poteri* e i diritti-facoltà sarebbero *privilegi protetti da pretese* (a omissioni).

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ivi, p.640.

interesse utilizzato “nel senso di ‘ciò di cui è utile l’accadimento (o il non uso e il non accadimento) o, più genericamente, di ‘bene’ o ‘male’ per chi ne è oggetto”.¹⁸⁰ Sulla base della nozione di interesse sono definite le nozioni di “prestazione” e “lesione”:

Prestazione è qualunque atto la cui commissione sia argomento di un interesse [...] Lesione è qualunque atto la cui omissione sia argomento di un interesse.¹⁸¹

A partire dalle quali formula la seguente definizione di diritto soggettivo:

Diritto (soggettivo) è qualunque aspettativa di prestazioni o di non lesioni.¹⁸²

Da questa definizione segue l’identificazione dei diritti con gli *interessi* alle prestazioni e alle non lesioni che di tali interessi sono argomenti, qualora essi siano giuridicamente riconosciuti e tutelati come aspettative¹⁸³, e quindi come correlativi ad obblighi e divieti secondo le relazioni di implicazione sopra descritte.¹⁸⁴ Si ha un diritto dunque, quando al proprio interesse a commissioni od omissioni corrisponde la propria aspettativa di essi. Diritto (soggettivo) è quindi

[...] qualunque *interesse giuridicamente protetto* dalla sua qualificazione come aspettativa della commissione o dell’omissione di atti, nel primo caso obbligatori e nel secondo vietati come invalidi o come illeciti.¹⁸⁵

Dalla nozione di *aspettativa* è ricavata anche quella di *garanzia* dei diritti soggettivi. “Garanzie” sono infatti gli obblighi di commissione corrispondenti alle aspettative positive e i divieti di commissione correlativi alle garanzie negative. Per esempio:

[...] l’obbligo della pubblica assistenza sanitaria è la garanzia positiva del diritto alla salute; nel senso che parimenti l’ottemperanza al primo comporta la soddisfazione del secondo, il divieto di

¹⁸⁰ Ivi, p.88.

¹⁸¹ Ivi, p.640.

¹⁸² Ivi, p.641.

¹⁸³ Ivi, p.642.

¹⁸⁴ Per questa correlatività con obblighi e divieti (che sono anch’essi obblighi, di omissione), Ferrajoli identifica la sua definizione con quella di Hans Kelsen del diritto soggettivo come “il correlativo di un dovere” Cfr p.642, p.716, nota 30, cit. di Hans Kelsen *General Theory of Law and the State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1959, pp.77-83 e *Reine Rechtslehre* (1960) trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p.30. Una differenza vi è però tra le interpretazioni della definizione, in quanto per Ferrajoli le garanzie giuridiche dei diritti, cioè le norme che enunciano gli obblighi ad essi correlativi, non devono essere *di fatto* presenti nel sistema giuridico perché in esso vie siano diritti. La correlazione tra diritti e garanzie è infatti per Ferrajoli deontica e non ontica come per Kelsen, Si veda, Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit. p.668-675, 684-691 e Luigi Ferrajoli, *La Logica del diritto, Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari 2016, pp.52-65.

¹⁸⁵ Ivi, p.641.

arresto senza mandato è la garanzia negativa dell'*habeas corpus*, a sua volta violata ove di esso ricorra l'inottemperanza.¹⁸⁶

Poiché tali obblighi sono implicati dai diritti ad essi correlativi, la circostanza, sempre possibile, della loro mancata prescrizione da parte delle norme di un sistema giuridico costituirà una *lacuna deontica* che determinerà a sua volta nel legislatore o nell'interprete in sede giudiziale un obbligo di introdurre le prescrizioni mancanti. Dei diritti soggettivi inseriti nel codice non si potrà infatti negare l'esistenza per difetto di garanzie. Piuttosto, la constatazione dell'assenza di queste ultime imporrà la loro produzione.¹⁸⁷

Un altro importante connotato dei diritti che è implicato, all'interno dei *Principia Iuris* dalla loro definizione come aspettative è che esse non possano essere *costituenti*. Ciò dipende dal fatto che un postulato della teoria - il quattordicesimo postulato - stabilisce che

“Costituente” non può essere né un'aspettativa positiva, né un'aspettativa negativa, né una modalità del cui argomento non sia permessa la commissione o l'omissione.¹⁸⁸

Le aspettative, al pari degli obblighi e dei divieti, saranno cioè sempre causate da atti giuridici di produzione delle norme che le assegneranno. Soltanto un atto giuridico che sia attuazione di una facoltà giuridica, che cioè non sia giuridicamente, né obbligatorio né vietato potrà essere un atto costituente, in quanto altrimenti sarebbe regolato da norme che a loro volta dovrebbero essere state prodotte da atti (un altro postulato, il decimo, esclude che le norme possano essere il prodotto di altro che i comportamenti umani) Questo atto costituente, come ricordato nel paragrafo 3.2.1 è identificato dai *Principia Iuris* con l'atto del potere costituente che instaura l'ordinamento costituzionale nel quale le aspettative, comprese quelle tutelate da norme di livello costituzionale, sono attribuite. I diritti soggettivi dei *Principia Iuris*, in quanto costituiti da atti e non costituenti, sono dunque diritti positivi e non giusnaturalistici.

Infine, la definizione di diritti fondamentali dei *Principia Iuris* individua i *diritti*

¹⁸⁶ Ivi, pp.197-198.

¹⁸⁷ Ivi, p.199.

¹⁸⁸ Ivi, p.93.

fondamentali come una sottoclasse dei diritti soggettivi in base alla caratteristica dell'universalità di attribuzione. La definizione è indipendente dalla determinazione del contenuto prescrittivo dei diritti fondamentali. Come definizione teorica, essa non dice quali siano i diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici esistenti, questione oggetto della dogmatica, né quali essi debbano essere, questione oggetto della filosofia politica normativa, ma si limita a definire cosa essi siano indicandone la caratteristica comune necessaria e sufficiente a distinguerli dagli altri diritti soggettivi. Inoltre, la definizione non specifica quale debba essere l'estensione delle classi cui i diritti sono attribuite. Esse sono definite sulla base di *status*¹⁸⁹ giuridici cui di fatto negli ordinamenti giuridici esistenti sono attribuiti universalmente diritti soggettivi. Vi sono, innanzitutto, diritti attribuiti universalmente a tutte le persone umane (*diritti umani*), quali "il diritto alla vita e le libertà fondamentali, l'*habeas corpus* e le altre garanzie penali e processuali".¹⁹⁰ Vi sono poi diritti attribuiti a tutte le persone dotate dalla legge di capacità giuridica, come il diritto di "disporre dei propri beni". Infine, vi sono diritti che spettano soltanto ai cittadini, come "i diritti politici, taluni diritti sociali e il diritto di accesso e circolazione nel territorio dello Stato senza specifiche autorizzazioni". Riferendosi a questi tre status giuridici cui i codici giuridici positivi connettono l'universalità di attribuzione di alcuni diritti universali¹⁹¹, viene dunque formulata la seguente definizione di diritto fondamentale:

I diritti fondamentali sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci di agire o in quanto cittadini capaci di agire.¹⁹²

¹⁸⁹ "Status" è un termine primitivo dei *Principia Iuris*, utilizzato in espressioni come "la cittadinanza è lo *status* di quanti sono cittadini, ma anche "lo status di torre nel gioco degli scacchi" che designa l'identità e il ruolo di un dato pezzo nel gioco degli scacchi, o lo "*status* di portiere di arbitro" nel gioco del calcio, lo *status* "di padre o di madre". In generale esso designa una qualificazione di un certo oggetto, istituita da regole e connessa da esse a una certa "posizione in un sistema deontico" (attribuzione di diritti, doveri, poteri, facoltà, ecc.). Cfr. *ivi*, p.87.

¹⁹⁰ *Ivi*, p.726.

¹⁹¹ Ancora una volta, la definizione teorica nulla dice sul piano normativo circa quali diritti dovrebbero essere attribuiti universalmente a quale delle classi, lasciando il problema alla filosofia politica normativa. La posizione di Ferrajoli in merito è che molti dei diritti attualmente connessi alla cittadinanza dovrebbero essere estesi alla classe delle persone umane ed attribuiti universalmente ad essa e che l'attuale restrizione costituisca un'ingiusta discriminazione verso i non cittadini. Si veda Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari 2001, pp.22-26.

¹⁹² *Ivi*, p.727.

3.2.3 - Diritti fondamentali e diritti patrimoniali

Sulla sua definizione di diritti fondamentali Ferrajoli fonda la tesi della contrarietà tra di essi e i diritti patrimoniali in base alla quale “i diritti patrimoniali non sono mai fondamentali e viceversa”. Tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali sussistono infatti quattro differenze di struttura:

1) i diritti fondamentali per definizione sono universali in senso logico, cioè sono attribuiti universalmente a tutti i membri di una certa classe, mentre i diritti patrimoniali

sono diritti “singolari” nel senso parimenti logico della quantificazione esistenziale dei loro titolari, in forza della quale per ciascuno di essi esiste un titolare determinato (o più contitolari) con esclusione di tutti gli altri.¹⁹³

Tale opposizione formale tra universalità e singolarità si traduce nelle concrete opposizioni tra eguaglianza e diseguaglianza e tra inclusività ed esclusività dell’attribuzione rispettivamente dei diritti fondamentali e dei diritti patrimoniali:

I primi sono perciò inclusivi, i secondi sono esclusivi, ossia *excludendi alios*. Gli uni formano la base dell’eguaglianza giuridica, che è precisamente, come dice l’articolo 1 della Dichiarazione dell’89, una “*égalité. en droits*”. Gli altri sono invece alla base dell’ineguaglianza giuridica, che è parimenti una “*inégalité en droits*”.¹⁹⁴

2) I diritti patrimoniali “sono sempre disponibili, mentre non lo sono i diritti fondamentali”.¹⁹⁵

Questa seconda differenza dipende a sua volta dalla prima: infatti i diritti fondamentali non sarebbero universali se qualcuno potesse legalmente esserne privato o privarsene. Essi dovranno pertanto essere caratterizzati dall’*indisponibilità*, in forza della quale “non sono alienabili dal soggetto che ne è titolare e dall’*inderogabilità*, in forza della quale “essi non sono espropriabili o limitabili da altri soggetti a cominciare dallo Stato”.¹⁹⁶ Per contro, i diritti patrimoniali

[...] in tanto sono singolari in quanto, e solo in quanto, possono essere oggetto di scambio nella

¹⁹³ Ivi, p.761.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Ivi, p.762.

¹⁹⁶ Ibidem.

sfera del mercato oltre che – per esempio nell’ordinamento italiano come prevede l’art. 42, comma 3, della Costituzione - di espropriazione per pubblica utilità.¹⁹⁷

3) I diritti fondamentali consistono direttamente in norme di legge, mentre i diritti patrimoniali suppongono norme che stabiliscano le condizioni della loro acquisizione. Anche tra questa terza differenza e la seconda sussiste una connessione. I diritti fondamentali sono infatti indisponibili proprio perché consistono in norme mentre i diritti patrimoniali dipendendo dal verificarsi di condizioni ipotetiche (indicate dalle norme) sono

per loro natura sottoposti a vicende contingenti, quali effetti di atti singolari -negozi o provvedimenti pubblici, o anche atti informali, come l’occupazione, o *l’inventio thesauri*, o persino gli atti illeciti, produttivi del diritto al risarcimento del danno, non già direttamente normativi, ma a loro volta regolati da norme ¹⁹⁸

4) Infine, i diritti patrimoniali coinvolgono i loro titolari in una rete di relazioni giuridiche intersoggettive di tipo civilistico, per esempio contrattuale o successorio, mentre i titolari dei diritti fondamentali sono coinvolti in relazioni giuridiche di tipo pubblicistico che definiscono nei loro confronti obblighi dello Stato:

mentre ai diritti patrimoniali corrispondono o il generico divieto di non lesione da parte di terzi [...] oppure obbligazioni debitorie da parte di singoli [...], ai diritti fondamentali corrispondono divieti e obblighi a carico anzitutto dello Stato, la cui violazione –in forza della struttura verticale dell’ordinamento e del grado sopraordinato rivestito di solito dalle norme da cui tali diritti sono conferiti - a causa dell’ordinamento è causa di invalidità delle leggi e degli altri provvedimenti pubblici.¹⁹⁹

Così come la definizione di diritto fondamentale, queste quattro differenze sono formali, nel senso che non dipendono dal contenuto dei diritti, ma solo, in definitiva, dalla loro universalità o singolarità di attribuzione logicamente connessa alla loro disponibilità o indisponibilità, al loro essere direttamente disposti o predisposti da norme e al loro essere derogabili o inderogabili dallo Stato. Mentre nei nostri ordinamenti diritti come quello alla vita e alla libertà personale sono di fatto diritti fondamentali, ciò non

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Ivi, p. 763.

¹⁹⁹ Ibidem.

dipende da alcuna loro “natura intrinseca”²⁰⁰, dato che sarebbe immaginabile un ordinamento nel quale essi fossero disponibili e dunque non fondamentali, ma patrimoniali, non universali, ma singolari.

Alla disponibilità dei diritti patrimoniali e all’indisponibilità dei diritti fondamentali è poi legata un’ulteriore dimensione dell’uguaglianza dei loro titolari rispetto a questi ultimi e della disuguaglianza rispetto ai primi. Poiché sono indisponibili, i diritti fondamentali sono non solo attribuiti universalmente, ma anche attribuiti normativamente a tutti in modo eguale, mentre i diritti patrimoniali, proprio perché sono disponibili, saranno soggetti a vicende che li distribuiranno in modo disuguale tra i loro titolari:

Tutti siamo parimenti immuni da arresti arbitrari. Ma ciascuno di noi è proprietario o creditore di cose diverse in misura diversa. Si può essere e divenire più o meno ricchi, mentre non si può essere né divenire diversamente liberi. I diritti patrimoniali, avendo ad oggetto cose o prestazioni patrimoniali, si acquistano, si scambiano o si vendono. I diritti fondamentali, invece, non si scambiano né si accumulano. Gli uni sono alterati nella loro quantità e qualità, e magari estinti dal loro esercizio; gli altri restano invariati, quale che sia il loro esercizio. Si consuma o si vende, o si permuta o si dà in locazione una cosa di proprietà. Non si consumano invece, e neppure possono vendersi, il diritto alla vita, o i diritti all’integrità personale, o i diritti civili e politici, a meno che non vengano trasformati in diritti patrimoniali.²⁰¹

I diritti fondamentali debbono dunque, per essere tali, essere sottratti alle decisioni tanto del potere politico quanto del mercato, di modo che “neppure volontariamente” si possa rinunciare ai propri diritti fondamentali. Tale limite “insuperabile all’esercizio degli stessi diritti di autonomia non implica per Ferrajoli nessun paternalismo in quanto limiti all’esercizio dell’autonomia sia civile che politica che ne impediscano l’alienazione o l’abrogazione sono logicamente necessari alla sua stessa conservazione:

Se fossimo liberi di alienare la nostra libertà personale o le altre libertà fondamentali, queste libertà verrebbero meno come libertà di tutti. Se i diritti sociali fossero disponibili, essi cesserebbero di essere norme e diverrebbero merci, fino a scomparire come diritti. Se fosse consentito alla maggioranza di privare la minoranza dei diritti politici cesserebbe la democrazia politica. E lo stesso può dirsi dei diritti civili: se fosse consentita l’alienazione dell’autonomia negoziale cesserebbe il mercato e con esso l’autonomia civile.²⁰²

²⁰⁰ Ivi, p.764.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ivi, p.765.

Capitolo 4. - verifica delle condizioni di coerenza, completezza e universalità

4.1 – I diritti di proprietà

Secondo l'argomento di Steiner per la compostibilità dei diritti, se un sistema normativo morale include diritti, essi dovranno essere compostibili e in posizione di priorità lessicale.²⁰³ Un sistema morale polinomico, reso coerente da un sistema di regole di priorità, potrà determinare obblighi in conflitto con quelli determinati da un altro sistema morale coerente. Tali conflitti coinvolgeranno individui con diversi codici morali. Tuttavia, unito a un sistema di diritti, un sistema morale coerente potrà contemporaneamente 1) consentire la tolleranza di comportamenti contrari alle prescrizioni delle sue norme e 2) rimanere coerente.²⁰⁴ Questo perché i diritti svolgeranno il ruolo di decisori di ultima istanza nei conflitti morali interpersonali. Compostibilità e priorità lessicale saranno necessari affinché l'unione di un sistema di diritti a un codice morale coerente ottenga questo risultato. Diritti non compostibili renderebbero il codice incoerente, mentre diritti che non fossero collocati in una posizione di priorità lessicale non potrebbero dirimere i conflitti da obblighi conseguenti a norme di pari livello o sopraordinate rispetto ad essi.

Steiner identifica i diritti compostibili con *diritti di proprietà*.²⁰⁵ Tale identificazione dipende a sua volta dall'identificazione della condizione di compostibilità tra le azioni con la non coincidenza parziale delle loro componenti fisiche o delle componenti fisiche di un'azione e di quelle di un'azione che costituisca un prerequisito dell'altra. La compostibilità dei diritti richiede che le azioni (atti e omissioni) che soddisfano gli obblighi ad essi correlativi siano compostibili e dunque, se tale compostibilità richiede la non coincidenza parziale delle loro componenti fisiche (o non coincidenza parziale delle descrizioni estensionali), il possesso esclusivo di tali componenti fisiche.

La condizione di completezza, d'altro canto è soddisfatta alle medesime condizioni che soddisfano la condizione di coerenza. Infatti, egli assume che la completezza di un sistema morale richieda l'assenza di *dilemmi* morali derivati dal conflitto tra norme primarie.²⁰⁶ Tale condizione è assicurata dall'unione delle regole primarie con un appropriato insieme di

²⁰³ H. Steiner, *An Essay on Right*, 1994, cit., pp.118-125.

²⁰⁴ Ivi, pp.195-207.

²⁰⁵ Ivi, pp. 86-101.

²⁰⁶ Ivi, pp.118-125.

regole di priorità introdotte come postulati (*non-inferable*). Regole primarie e postulati di priorità permetteranno poi la deduzione di *teoremi* morali e di regole di priorità inferibili. Complessivamente, norme primarie, regole primarie (postulate e inferite) e teoremi permetteranno la determinazione di tutti gli obblighi conseguenti dal sistema normativo e la soluzione di tutti i dilemmi. Le condizioni della completezza indicate sono dunque le medesime della coerenza: le lacune sono identificate con le contraddizioni.

L'universalità, infine, è un'universalità dei dritti originari²⁰⁷ compatibile con le diverse distribuzioni diseguali di questi stessi diritti prodotte nel corso del tempo dall'esercizio dei poteri giuridici ad essi connessi. Tali poteri includono per Steiner il potere di alienare qualsiasi diritto, dato il rifiuto come contraddittoria e irrealizzabile della nozione di "diritto inalienabile".

Di seguito (paragrafo 4.1.1) intendo discutere le condizioni di coerenza e completezza in relazione a un sistema di diritti di controllo esclusivo su porzioni del mondo fisico che, come sosterrò, *può* soddisfarle entrambe. Discuterò anche alcuni problemi relativi sia alla soddisfazione da parte di un sistema di questo tipo della condizione di coerenza, sia a quella della di completezza. A proposito di quest'ultima, si può anticipare che la condizione soddisfatta da un sistema di diritti di proprietà è in realtà una condizione di completezza soltanto relativa a un insieme di azioni di cui sia richiesta una qualificazione deontica e a un insieme di circostanze rilevanti, cioè tali che con il loro variare varierà anche la qualificazione deontica dell'azione. Una coerenza assoluta, relativa a tutte le azioni e le circostanze possibili potrà essere ottenuta soltanto introducendo una regola di chiusura.

Discuterò poi (paragrafo 4.1.2) la condizione di universalità in riferimento a un sistema di diritti alienabili, argomentando che l'alienabilità dei diritti non infici in realtà di per sé la loro attribuzione universale, anche non originaria.

4.1.1 _Le condizioni di coerenza e completezza nel sistema di *An Essay on Rights*

Mentre per Steiner la compostibilità dei diritti è un requisito logico di un sistema morale che li includa, perché per qualunque sistema morale la compostibilità degli obblighi ad esso conseguenti è un requisito logico (derivante dall'assioma del permesso), ho sostenuto nel primo capitolo che sistemi morali e in generale sistemi normativi che abbiano tra le loro

²⁰⁷ Ivi, p.232, p. 265.

conseguenze obblighi conflittuali, non compostibili, potrebbero nondimeno essere coerenti. La compostibilità degli obblighi sarà però richiesta a un sistema normativo *nell'ipotesi* della razionalità del legislatore, in quanto la prescrizione di obblighi non compostibili non potrebbe corrispondere a nessuna determinazione della volontà del legislatore.

La compostibilità avrà come condizione, come argomentato da Steiner, la non coincidenza parziale delle descrizioni estensionali di due azioni, o di una delle due azioni e di una terza azione che costituisca un prerequisito dell'altra. Due azioni che abbiano luogo in spazi differenti, o in tempi differenti, o in spazi e tempi differenti saranno compostibili a meno che una di esse non impedisca uno stato di cose necessario al compimento, successivo o contemporaneo, dell'altra. Impedire uno stato di cose, può significare impedire l'atto o l'omissione che lo produrrebbe o lo conserverebbe (un'omissione produrrà uno stato di cose non arrestando la sua trasformazione in un altro stato di cose).²⁰⁸ Intesa "azione" in questo senso, il requisito del non impedimento di uno stato di cose equivale al requisito del non impedimento di un'azione che lo produca (o conservi). Non è empiricamente possibile, d'altro canto che si dia la compresenza di uno stesso oggetto in luoghi diversi, oppure che oggetti siano presenti nello stesso luogo al medesimo tempo, che è ciò che richiederebbe lo svolgimento congiunto di azioni aventi una descrizione estensionale parzialmente coincidente. Il caso di un'azione che penetri e trapassi i corpi (per esempio, un accoltellamento, o l'emissione di onde elettromagnetiche) non fa eccezione: a livello microscopico non si avrà comunque compresenza spaziale e a livello macroscopico vi saranno comunque stati di cose, descrivibili come il prodotto di azioni, non compostibili con l'azione produttrice della compenetrazione. Per esempio, sarà possibile sedere nel proprio soggiorno mentre viene investito da onde elettromagnetiche ma non sarà possibile farlo senza essere compenetrati da tali onde. Si può quindi affermare che la non coincidenza parziale delle descrizioni estensionali di due azioni sia una condizione necessaria della loro compostibilità. Non si tratta tuttavia di una condizione sufficiente, in quanto sarà richiesto, inoltre, la non coincidenza fisica parziale di una delle due azioni con un prerequisito dell'altra.

Si noti che la domanda circa la compostibilità di due azioni e quella circa la libertà di compierle entrambe sono distinte. Criticando la *zero-sum thesis* di Steiner sulla libertà, fondata sull'idea che due individui non potrebbero essere liberi di rendere attuali due mondi

²⁰⁸ Per una discussione della "logica del mutamento" da uno stato di cose ad un altro mediante azioni e omissioni si veda, G.H.Von Wright, *Norma e azione*, 1989, cit., pp.55-74.

possibili incompatibili (per esempio, Becker e McEnroe non potrebbero essere stati entrambi liberi di vincere Wimbledon nel 1990)²⁰⁹, Ian Carter ha argomentato che due individui saranno liberi al *tempo* t di compiere la stessa azione al *tempo* $t+x$ purché nessuno dei due voglia effettivamente compierla.²¹⁰ In tale condizione infatti, entrambi gli individui saranno liberi di compiere l'azione secondo la definizione di libertà di Steiner, in quanto entrambi avranno il controllo *ipotetico* delle sue componenti fisiche, pur mancando loro il controllo attuale di esse. Nondimeno, le due azioni resteranno non composibili, per la sovrapposizione parziale delle loro componenti fisiche. Pertanto, il numero delle azioni che “a world can contain and the number of freedoms it can contain”²¹¹ saranno differenti. Differenti saranno anche, pertanto, il numero delle azioni che si sarà liberi di compiere e il numero delle azioni che si avrà il *diritto* di compiere, dato che i diritti saranno diritti di compiere o di pretendere che siano compiute azioni composibili, azioni che “il mondo può contenere” (e saranno effettivamente a *somma zero*, dato che ad ogni pretesa corrisponderanno obblighi e ad ogni libertà hohfeldiana non- diritti).

La composibilità delle azioni obbligatorie in base a un certo sistema è a sua volta una condizione necessaria e sufficiente perché tale sistema non contenga obblighi conflittuali. Infatti date due azioni a e b , se $a \rightarrow \neg b$ e $b \rightarrow \neg a$, si avrà (per l'assioma deontico D2²¹² dell'obbligatorietà di ciò che è implicato da ciò che è obbligatorio) $(O(a) \wedge O(b)) \rightarrow (O(\neg b) \wedge O(\neg a))$, dunque non si avranno sistemi normativi deonticamente coerenti che includano obblighi di azioni non composibili: che solo azioni composibili siano obbligatorie è dunque un requisito necessario della coerenza deontica del sistema. D'altro canto, un'azione a e la sua omissione $\neg a$ sono chiaramente impossibili (si noti che continuo ad utilizzare qui azione nel senso sia di commissione che di omissione di un'azione: l'omissione di un'omissione di un'azione sarà da intendersi come la commissione di un'azione), pertanto qualunque sistema che prescriva contemporaneamente a e $\neg a$ includerà obblighi di azioni non composibili: l'assenza di tali obblighi è dunque condizione sufficiente perché il sistema non includa obblighi conflittuali.

Per escludere dalle sue conseguenze normative obblighi non composibili, un sistema di diritti dovrà dunque essere correlativo ad obblighi di compiere azioni che siano tra di loro estensionalmente non parzialmente coincidenti. Vale a dire che se due azioni avessero in

²⁰⁹ Hillel Steiner, *An Essay on Rights*, 1994, cit. p.41.

²¹⁰ I. Carter, *A Measure of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 262-263.

²¹¹ Ivi, p.262.

²¹² Vedi il Capitolo 1 del presente testo, p.6.

comune parti delle loro componenti fisiche, o una di esse avesse parte delle sue componenti fisiche in comune con un prerequisito di un'altra, esse non potrebbero essere entrambe obbligatorie. Questo risultato può essere raggiunto da un sistema di diritti di proprietà assicurando a diversi individui il *possesso esclusivo*, temporalmente indicizzato, di porzioni distinte del mondo fisico. Relativamente a tali porzioni del mondo fisico i proprietari avranno, per un certo periodo di tempo, libertà hohfeldiane di compiere od omettere certe azioni, connesse a pretese di non impedimento. Tali pretese saranno correlative a obblighi imputati ai non proprietari di quella porzione del mondo fisico di non impedire le azioni lecite del proprietario. D'altro canto, il proprietario di una certa porzione del mondo fisico avrà obblighi dello stesso tipo nei confronti di ogni altro proprietario di un'altra porzione del mondo fisico. A tali obblighi corrisponderanno per tutti libertà hohfeldiane *committed* al loro assolvimento, vale a dire che nessuno avrà il diritto-pretesa che qualcun altro violi il proprio obbligo di non impedire le azioni lecite di un proprietario e a tali libertà corrisponderanno pretese di non impedimento e correlativi obblighi, e così via. Nessuno dunque avrà un obbligo che comporti il rendere impossibile l'azione lecita di un proprietario relativa alla sua proprietà, mentre tutti avranno l'obbligo di non impedirla. Poiché i proprietari lo saranno di porzioni disgiunte del mondo fisico, inoltre, tali obblighi riguarderanno azioni con componenti fisiche disgiunte.

Si noti che un sistema di diritti al controllo esclusivo di porzioni del mondo fisico potrebbe comunque contenere conseguenze normative non compostibili. In generale infatti, in base a un sistema di diritti di proprietà i proprietari potranno avere anche obblighi di legge relativi ai loro possessi. In questo ambito, un legislatore potrà introdurre obblighi conflittuali nello stesso modo in cui potrà farlo in relazione a qualunque insieme normativo, prescrivendo contemporaneamente certi tipi di azioni e la loro omissione, oppure certi tipi di azioni e certi altri tipi di azioni che renderebbero impossibili le prime. A venire assicurato da un sistema di diritti di proprietà sarà la compostibilità condizionale degli obblighi relativi agli *act-token*: se gli obblighi a livello di tipi di azioni saranno compostibili, lo saranno anche gli obblighi a livello delle corrispondenti occorrenze individuali delle azioni (*act-token*). Per questo si dovrà affermare che un sistema di diritti di proprietà *potrà* soddisfare la condizione di coerenza, ma non che la soddisferà necessariamente.

Una considerazione a parte sarà necessaria in riferimento ad azioni che impediscano un prerequisito di un'azione. Supponendo che vi siano due proprietari, Tizio e Caio, e che Tizio

compia un'azione che impedisca un prerequisito di un'azione di Caio, si avranno due possibilità: l'azione potrà avere componenti fisiche interne alla proprietà di Tizio, oppure a quella di Caio. Nel primo caso essa sarà per lo più proibita da un sistema di diritti proprietari, nel secondo caso sarà per lo più permessa. Comunque, le due azioni non avranno componenti fisiche in comune e una volta stabilito dalle norme se l'azione di Caio sia permessa o proibita, i restanti obblighi del sistema saranno componibili con l'azione di Caio: se essa fosse proibita, non vi sarebbero l'obbligo di compierla né quello di non impedirla, se fosse permessa, sarebbe congiunta all'obbligo di non impedirla e non vi sarebbe invece per Caio l'obbligo di non impedire l'azione di Tizio.

A garantire la non coincidenza estensionale parziale delle azioni obbligatorie saranno dunque due caratteristiche dei diritti di proprietà: l'assegnazione a individui determinati di porzioni determinate e disgiunte del mondo fisico e la pretesa da parte del titolare di una porzione del mondo fisico, che chiunque altro sia escluso dalla porzione del mondo fisico a lui assegnata. Titolarità e diritto-pretesa di esclusione potranno avere diverse estensioni temporali: la medesima funzione di ripartizione dei diritti sul mondo fisico è condivisa da un diritto di proprietà permanente di una casa e dal possesso temporaneo delle porzioni di spazio che si occupano camminando per strada. Ai diritti-pretesa di non esclusione *potranno essere* - e di fatto negli ordinamenti positivi *saranno* associati diritti-potere di esclusione che saranno esercitabili dal proprietario, sia richiedendone il rispetto o imponendolo sia rinunciando ad esso, consentendo l'azione di altri entro i confini della sua proprietà. Il potere giuridico di imporre o di rinunciare a pretendere l'assolvimento degli obblighi correlativi a un diritto-pretesa è per Steiner una caratteristica essenziale dei diritti., che sono per lui sempre diritti alienabili. Tale questione è però concettualmente distinta e indipendente dal problema della componibilità delle azioni. Anche titoli di proprietà *inalienabili* ripartirebbero il mondo fisico assegnando a ogni titolare libertà di azione entro confini determinati ed escludendo ogni altro e ciò anche se solo il potere di alienazione di un diritto nominalmente inalienabile dovesse di fatto essere attribuito a *qualcun' altro*: finché tale alienazione non sarà stata compiuta, il proprietario conserverà le libertà (protette) e le pretese assegnatili dal diritto di proprietà.

I diritti "di proprietà" che potrebbero assicurare la componibilità delle azioni sarebbero dunque definiti in modo molto ampio. Qualunque diritto che assicuri, per un certo periodo di tempo, il possesso di una porzione del mondo fisico, cioè il suo controllo esclusivo,

rientrerebbe nella categoria. Evidentemente, un simile concetto di proprietà sarebbe molto più inclusivo e molto meno specificato del concetto liberale di *full individual ownership*.²¹³ Di fatto, un sistema di diritti di proprietà sarà un insieme di norme le cui prescrizioni varieranno: in ogni sistema legale vi sono diversi tipi di diritti di proprietà connessi a differenti classi di beni, a differenze di circostanze, a clausole limitative, alle differenti regolazioni dell'uso possibile dei beni, dei contratti stipulabili su di essi, ecc. Ogni diritto di proprietà costituirà un particolare fascio di diritti, di *incident* della proprietà. Degli 11 *incident* elencati da Honoré, che comprendono diritti, (*right to possess, right to use, right to manage*) corrispondenti a diverse posizioni hohfeldiane, talora compresenti in uno stesso diritto (come nel caso del *right to manage*, che comprende il potere di alienare il bene e le libertà d'uso, di abuso e di distruzione del bene), ma anche divieti (dell'uso dannoso della proprietà) e soggezioni (la *liability to execution*), e formano complessivamente il concetto liberale della *full individual ownership*, solo alcuni saranno presenti nella maggior parte dei diritti di proprietà realmente attribuiti dai codici giuridici.

Il possesso esclusivo dell'oggetto fisico, che è ciò che è richiesto per poter soddisfare la condizione di compossibilità è appunto ciò che Honoré definisce come *right to possess*, cioè il diritto "to have exclusive physical control of a thing or to have such control as the nature of the thing admits".²¹⁴ Esso comporta, nella definizione di Honoré una *pretesa* di acquisizione del controllo esclusivo di un oggetto fisico e una *pretesa* di mantenerne il controllo, cioè "the claim that others should not without permission, interfere".²¹⁵ Azioni che includano l'oggetto come componente fisica che non siano permesse dal proprietario saranno dunque proibite.

Nella definizione di Honoré un diritto di possesso include la definizione delle condizioni di acquisizione del titolo a tale possesso. Essa dovrà consentire di connettere univocamente individui determinati con oggetti fisici determinati: se i titoli di proprietà assegnassero a individui diversi il controllo esclusivo di uno stesso oggetto fisico, ognuno di essi potrebbe legittimamente pretendere di escludere l'altro e si avrebbero dunque obblighi non compossibili.

Una precisazione è necessaria circa l'*individualità* di questi titoli: mentre forme di comproprietà faranno sempre riferimento a titoli di proprietà individuali su frazioni dei beni la cui titolarità complessiva sia attribuita più individui, è possibile immaginare titoli di

²¹³ A. M. Honoré, *Ownership*, in Guest A.G., (ed. by), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, Oxford 1961, pp.107–147;

²¹⁴ *Ivi*, p. 108.

²¹⁵ *Ibidem*.

proprietà *comune* che assegnino un titolo a più individui e definiscano regole (per esempio turni), o procedure di deliberazione collettiva (per esempio: votazioni a maggioranza) per determinare l'uso del bene. Tali diritti di proprietà comune faranno comunque ultimamente riferimento a *titoli* temporanei assegnati a individui. Il modello di proprietà comuni di questo tempo si ha nella gestione dei *commons* dell'economia agricola: per esempio, la proprietà comune di un bosco assegnata agli abitanti di un villaggio, comporterà titoli individuali che assegneranno a ogni abitante del villaggio la libertà protetta di tagliare la legna con un certo ordine di precedenza ed entro una certa misura.²¹⁶ Diverso sarà il caso in cui le modalità di uso della proprietà, assegnata nominalmente ad un collettivo, siano determinabili di diritto da un sottoinsieme del collettivo, come nel caso della proprietà statale. In questo caso, si dovrebbe piuttosto negare la presenza di titoli individuali di proprietà o attribuirli ai membri di questo sottoinsieme.

L'attribuzione univoca dei titoli di proprietà dovrà essere conservata nel caso essi siano trasferibili. Le regole di tali trasferimenti dovranno quindi assicurare che solo trasferimenti univoci, da un titolare determinato a un altro titolare determinato siano riconosciuti come validi. Allo stesso modo, trasferimenti di titoli di proprietà da un oggetto ad un altro oggetto, ottenuto per scomposizione del primo o mediante il suo assemblaggio o mescolamento con altri oggetti, dovranno associare un solo titolare determinato a ogni oggetto determinato.²¹⁷ In ogni momento, la validità di un titolo di proprietà non originario dipenderà dalla validità di un titolo precedente e dal fatto che tale titolo sia stato validamente trasferito.

Ogni titolo di proprietà, inoltre, riguarderà uno specifico diritto di proprietà, ovvero una norma o un insieme di norme che assegneranno specifici complessi di *incident* della proprietà al titolare, descrivibili anche come complessi di posizioni hohfeldiane, che ordinariamente includeranno 1) libertà hohfeldiane relative ad azioni che abbiano l'oggetto come componente fisica necessaria, connesse a 2) diritti pretesa verso i non proprietari che saranno sempre diritti al non impedimento di tali libertà hohfeldiane, ma potranno essere anche diritti ad azioni dei non proprietari, condizionati al verificarsi di determinate circostanze (per esempio la stipulazione di contratti) 3) immunità dalla soppressione o dall'alterazione del diritto e 4) poteri giuridici, incluso il potere di rinunciare al titolo di proprietà o di trasferito.

²¹⁶ per uno studio sulle regole di gestione dei beni comuni si veda, Elinor Ostrom, *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective action.*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.

²¹⁷ vedi H. Steiner, *An Essay on Rights*, 1997, cit. , pp.103-105.

Un diritto di proprietà sarà inoltre connesso a divieti e possibili obblighi imputati al proprietario stesso. In generale vi sarà il divieto dell'uso improprio e dannoso (per esempio l'uso di un coltello come arma, che però potrà anche essere interpretato come divieto di violare la proprietà di sé della vittima) o obblighi o divieti specifici relativi a specifiche categorie di beni (per esempio il divieto di alterare e l'obbligo di preservare beni con valore ambientale o culturale), e inoltre a *limitazioni*, connesse a particolari circostanze, alle pretese e alle libertà hohfeldiane del proprietario, che estenderanno, per contro, l'ambito delle libertà hohfeldiane e delle pretese dei non proprietari. Tali limitazioni non saranno necessariamente da considerarsi alla stregua di giustificazioni di *infringement* dei diritti.

Discutendo un esempio, proposto da Joel Feinberg, relativo ad escursionisti sorpresi da una bufera che si rifugiano in una baita disabitata rompendo una finestra per entrare, Steiner nega appunto che tale comportamento costituisca, moralmente, un *infringement*, proprio perché ciò presupporrebbe una proprietà sgombra dagli *specificabili* (*specifiable*) doveri e incapacità (imputabili al proprietario) che renderebbero invece l'azione degli escursionisti un comportamento giustificato.²¹⁸

Queste considerazioni potrebbero essere estese a un sistema legale positivo, nel quale doveri e incapacità del proprietario potrebbero essere legittimamente considerati come facenti parte del sistema normativo dei diritti di proprietà. Si può osservare ancora che alcune circostanze saranno esimenti non nel senso di una restrizione dei diritti di proprietà, ma di una loro estensione. A loro volta queste estensioni di diritti di proprietà corrisponderanno a limitazioni di altri diritti. La limitazione del diritto del proprietario della baita montana di escludere dalla sua proprietà i non proprietari corrisponderà per esempio ad un'estensione del diritto di proprietà su di sé degli escursionisti, che in ragione di essa avranno una pretesa di non impedimento di un'azione compiuta mediante il loro corpo. Complessivamente, limitazioni ed estensioni costituiranno variazioni, circostanziali e specificabili, dei diritti di proprietà.

Titolarità, scelta del proprietario circa i doveri correlativi ai suoi diritti e variazioni (specificabili e circostanziabili) del diritto di proprietà potrebbero essere sufficienti, in relazione a un insieme di diritti di proprietà opportunamente definito a definire l'insieme delle circostanze rilevanti in relazione alle quali si avranno tutte le conseguenze normative dell'insieme.

²¹⁸ Hillel Steiner, *Directed Duties and Inalienable Rights*, in "Ethics", Vol 123, N 2 (January 2013), pp.230-244, cfr. Joel Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton 1980, p. 230.

Supponiamo che ci si chieda di un certo individuo se gli è permesso compiere una certa azione che includa un certo oggetto come componente fisica. E' possibile che per un certo sistema normativo tutte le circostanze rilevanti per rispondere a questa domanda siano l'attribuzione o la non attribuzione al tale individuo del titolo di proprietà sull'oggetto (che dipenderà a sua volta dal verificarsi o non verificarsi di stati di cose, o dall'essersi o no tali stati di cose verificati nel passato) la scelta del titolare (sia esso o meno l'individuo in questione) di permettere o non permettere l'azione e il verificarsi o non verificarsi di circostanze che comportino una variazione del contenuto prescrittivo del diritto.

Per esempio, nel caso degli escursionisti sorpresi nella bufera che entrano in una baita disabitata, si verificherebbero le circostanze della non titolarità e della condizione esimente. Supponiamo anche che il proprietario, se si fosse trovato nella situazione di poter esprimere un consenso all'azione degli escursionisti, lo avrebbe negato. Anche in questo caso l'azione sarebbe stata lecita in ragione del verificarsi della circostanza esimente dal dovere di non entrare nella baita.

In generale, ad ogni combinazione di circostanze rilevanti, sarà possibile associare una qualificazione deontica dell'azione "entrare nella baita":

1) In presenza di una circostanza esimente, l'ingresso sarà permesso, indipendentemente dal possesso del titolo di priorità e dal consenso del proprietario.

2) In presenza di una circostanza limitante prevista dalle norme, l'ingresso sarà proibito, indipendentemente dal possesso del titolo e dal consenso del proprietario.

3) In presenza sia di una circostanza esimente, che di una circostanza limitante, sarà necessaria una regola di priorità. Per esempio, nell'esempio di Feinberg, se a uno degli escursionisti fosse specificatamente proibito avvicinarsi non solo al proprietario della baita, ma anche alle sue proprietà, in base per esempio ad un'ordinanza restrittiva, oppure se la baita possedesse un particolare valore-storico artistico, per il quale, per esempio, danneggiarne la porta per entrare fosse proibito non solo in base al diritto del proprietario, sarebbe necessaria una gerarchia tra circostanza esimente e circostanza limitante.

4) Se un individuo vanta il titolo di proprietà sulla casa, l'ingresso gli è consentito a meno che non si verifichi una circostanza limitante. Il permesso riconosciuto al proprietario di entrare in un edificio di sua proprietà è quindi indipendente dal verificarsi o meno del suo consenso. Nonostante la possibile percezione di una sorta di stranezza connessa a

quest'ultima affermazione, essa corrisponde semplicemente al fatto che a chiunque può essere *permesso* di fare ciò che di fatto non fa e nemmeno vuole fare. A questa possibilità di concepire, sul piano normativo, come permessi comportamenti che non si vogliono adottare corrisponde la possibilità di descrivere tali comportamenti come liberi (o non liberi) sul piano empirico.

5) Se un individuo non vanta il titolo di proprietà sulla casa, e non si verifica nessuna circostanza esimente, l'ingresso nella casa gli è permesso solo con il consenso del proprietario.

L'insieme delle qualificazioni deontiche dell'azione "entrare nella casa" determinate dal diritto di proprietà sulla casa in relazione alle circostanze definite come rilevanti dalle norme sarà dunque completo (tutte le combinazioni di circostanze rilevanti sono associate a una qualificazione deontica) e coerente (ogni circostanza rilevante è associata univocamente a una qualificazione deontica dell'azione).

L'analisi qui condotta in riferimento a un singolo problema e a un modello semplificato di un sistema di diritti di proprietà, che utilizza in maniera informale i concetti definiti da Carlos E. Alchourron ed Eugenio Bulygin in *Normative Systems*, ma non sembra vi siano motivi per cui altri problemi non potrebbero essere affrontati con la medesima procedura, anche con più complesse e intricate formulazione dei diritti di proprietà.

Di seguito, procederò invece a discutere alcuni dei problemi che incontrerebbe il tentativo di costruire un sistema di diritti di proprietà coerente e completo.

Violazioni inevitabili di diritti

Steiner ammette una sola tipologia di circostanze nella quale sarà impossibile ottemperare congiuntamente a tutti i doveri connessi a un sistema di diritti di proprietà: quella in cui si sia fisicamente costretti alla violazione di un diritto o di un altro e non si abbia la possibilità di risarcire la violazione di nessuno dei due diritti (nell'esempio da lui proposto si suppone che un individuo ne spinga un altro costringendolo a scegliere se versare il contenuto di una caraffa di caffè sulla tovaglia di qualcuno o sui vestiti di qualcun altro, non avendo la possibilità di risarcire successivamente nessuno dei due)²¹⁹. Discutendo il problema Steiner avanza l'ipotesi che il caso non si differenzi in realtà da quello in cui la violazione di un solo diritto sia allo stesso tempo inarrestabile e non rimborsabile. Se

²¹⁹ H. Steiner, *An Essay on Right*, 1994, cit., p.206.

esistesse una forma di *enforcement* adeguata a questo caso, sarebbe allora adeguata anche per il dovere disatteso nel caso del doppio obbligo. Conclude però che l'assenza di una forma adeguata di *enforcement* per il caso dell'obbligo singolo, porterebbe a descrivere la scelta nel caso dei due obblighi come un venir meno a uno dei doveri di *enforcement*.

Considerando il caso ipotizzato da Steiner come l'oggetto della deliberazione di un legislatore razionale, se ne può comunque cogliere la differenza rispetto a casi nei quali due azioni impossibili vengano entrambe prescritte. Nell'esempio proposto da Steiner il fatto che un individuo si trovi a dover scegliere tra due violazioni di diritti dipende da una precedente violazione di un diritto (la spinta che causa il versamento). Non avendo prescritto tale violazione, e anzi avendola proibita, il legislatore non avrebbe *voluta* in assoluto neanche una delle azioni rese obbligatorie dal verificarsi di tale violazione. Le avrebbe volute *nel caso la violazione si fosse verificata*, ma non incondizionatamente. Per altro, una situazione nella quale obblighi conflittuali fossero prodotti non dalla violazione intenzionale di un diritto, ma da una violazione accidentale sarebbe del tutto analoga. In un caso come nell'altro si produrrebbe uno stato di cose che, per effetto della prima violazione delle norme, non potrebbe più essere considerato come coincidente con il contenuto della volontà del legislatore, e quindi come espressione della razionalità o irrazionalità di quest'ultima: un legislatore razionale può assicurarsi che le sue prescrizioni siano componibili, ma come mostra l'esempio di Steiner, non può assicurarsi che una volta violata una sua prescrizione sia possibile non violarne nessun'altra. Tuttavia, egli potrà rendere legale la condotta di chi si trovi in una situazione di doppio obbligo come quella dell'esempio, stabilendo regole di priorità che consentano di trascurare uno degli obblighi oppure, più semplicemente, stabilendo che in situazioni simili sia permesso trascurare uno o l'altro degli obblighi, ma non entrambi.

Casi non paradigmatici come lacune di riconoscimento

Un sistema di diritti di proprietà potrebbe risultare incompleto, o incoerente se da esso fossero derivate prescrizioni non componibili a causa della possibilità, segnalata da Herbert A.L. Hart in *The Concept of Law*, casi *non paradigmatici* o casi *di penombra*.²²⁰

²²⁰ Si veda Herbert A.L. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. *Il Concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p.153 e seg.; Id. *Positivism and the separation of Law and Morals*, in "Harvard Law Review", 71, 1958, pp. 593-629.

Nell'esempio di Hart la norma che vieta l'uso di autoveicoli nei parchi pubblici proibisce chiaramente il caso paradigmatico dell'uso dell'automobile, mentre il caso non paradigmatico dell'uso di un'automobile giocattolo resterebbe non regolato dalla norma, richiedendo una decisione giudiziale per poter essere regolato. Analogamente, potrebbero darsi ambiguità non circa la classificazione di un'azione, ma circa quella di una circostanza. Nell'esempio di Feinberg, la tormenta in alta montagna può essere un esempio paradigmatico di emergenza, mentre, per esempio, il rischio per gli escursionisti di non poter ritornare a valle prima di una bufera potrebbe rappresentare un caso non-paradigmatico. I casi non paradigmatici sembrerebbero quindi rendere illusorio il perseguimento della completezza di un qualsiasi sistema normativo, perché l'indeterminatezza della loro collocazione impedirebbe che siano associati una qualificazione deontica semplicemente conseguente alle norme, precedente a un processo di interpretazione o di decisione giudiziale. Per Hart il problema dei casi non-paradigmatici dipende da due limitazioni ineliminabili dell'attività legislativa: la limitatezza delle conoscenze dei fatti da parte del legislatore e la relativa indeterminatezza dei suoi scopi. La seconda circostanza dipende dalla prima: l'impossibilità di anticipare tutte le possibili combinazioni di circostanze che daranno luogo ai fatti futuri comporta infatti che lo scopo del legislatore resti necessariamente indeterminato rispetto a tali fatti. E soltanto quando sorge il caso non previsto che si potrà decidere di esso (mediante un bilanciamento di interessi), determinando lo scopo del testo normativo in relazione a quel caso specifico e il significato prescrittivo delle relative norme.

L'inevitabilità del presentarsi di casi non paradigmatici non basta però a stabilire che la volontà del legislatore sia indeterminata rispetto ad essi. Il caso non paradigmatico potrebbe infatti essere un'esemplificazione individuale di un caso generico che, a causa di un'inevitabile grado di vaghezza del linguaggio legislativo, non sarebbe immediatamente riconosciuto come tale. Tuttavia, se il caso generico fosse determinato deonticamente, anche il caso individuale lo sarebbe e l'unica lacuna imputabile al sistema normativo (nello specifico, al sistema dei diritti di proprietà) sarebbe una lacuna *di riconoscimento* del caso individuale come esempio del caso generico.²²¹ Questa differenza di comprensione teorica del problema non è priva di conseguenze pratiche. Infatti, un conto è sostenere che un sistema normativo sarà necessariamente incompleto a causa della varietà e dell'imprevedibilità dei casi, rispetto alle quali la volontà del legislatore resterebbe sempre

²²¹ La nozione di lacuna *di riconoscimento* è introdotta in C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, 1971, cit., pp.31-34.

necessariamente indeterminata, altro è ammettere che un sistema normativo, pur completo nelle definizioni deontiche dei casi generici rilevanti e dei casi individuali ad essi riconducibili, potrebbe non essere immediatamente applicabile a casi individuali non riconosciuti come esempi di casi generici. Questa seconda interpretazione lascia comunque aperta la possibilità di distinguere tra sistemi normativi che possono completi e sistemi non completi e di rendere i primi più direttamente applicabili ai casi singoli accrescendo la precisione del linguaggio legislativo. Anche se questa precisione non sarà mai assoluta, si avranno gradi maggiori o minori di approssimazione a un modello di deducibilità delle conseguenze deontiche del sistema circa i casi individuali.

Lacune assiologiche

Un altro possibile difetto di un sistema normativo, cui corrisponderà una diversa tipologia di lacuna, la *lacuna assiologica* consiste nella mancata specificazione di casi definiti da proprietà *rilevanti* in base ad un qualche *assunto assiologico*.²²² Si avrà una lacuna assiologica cioè, quando, in base all'assunto assiologico, in un certo caso, specificato da una certa proprietà, certe azioni dovrebbero avere una qualificazione deontica diversa da quella associata al caso generico e a motivo della mancata specificazione del caso, invece, ad esso è connessa la medesima qualificazione deontica del caso generico. Nel caso del diritto di proprietà, per esempio, certe condizioni di limitazione del diritto di proprietà, o certe condizioni di invalidità del titolo (identificate dall'assunto assiologico) potrebbero non essere specificate. L'incompletezza di un sistema normativo, intesa in questo senso, dipende totalmente dall'adesione all'assunto assiologico. Senza una valutazione della rilevanza di una proprietà, la mancata differenziazione del caso da essa identificato non costituirebbe un problema. Inoltre, a qualsiasi insieme di circostanze classificate come rilevanti corrisponderà un assunto assiologico implicito: quello che identificherà come rilevanti le proprietà in base alle quali i casi sono identificati. La lacuna assiologica sarà dunque determinata da una *discrepanza* tra l'assiologia implicita nel sistema normativo e quella di un assunto in base al quale il sistema dovrebbe connettere conseguenze normative a proprietà che invece tratta come irrilevanti. L'assunto assiologico di riferimento potrebbe però essere quello del legislatore, e una lacuna assiologica sarebbe in tal caso la mancata considerazione di una

²²² Ivi, pp.106-110.

proprietà di cui il legislatore avrebbe tenuto conto se non l'avesse (involontariamente) ignorata.²²³

La discrepanza di un sistema normativo rispetto a un assunto assiologico ad esso esterno, comunque, non pregiudica la sua completezza rispetto ai casi da esso specificati, né la discrepanza del sistema da un sistema che meglio avrebbe risposto alle intenzioni del legislatore pregiudica la *possibilità* di costruire un sistema normativo completo rispetto a un certo assunto assiologico. Nel caso di un sistema di diritti di proprietà, l'assunto assiologico dovrebbe fornire una definizione delle proprietà che individuano le circostanze nelle quali un titolo, connesso a un certo oggetto e a certi *incidents* della proprietà, sarebbe assegnato a un certo individuo e delle circostanze nelle quali il diritto sarebbe limitato o esteso. Un legislatore selezionerebbe tali proprietà in accordo col suo giudizio assiologico.

Completezza relativa e completezza assoluta

La completezza del sistema dei diritti di proprietà che è stata fin qui discussa è una completezza relativa a un certo insieme di casi o di circostanze rilevanti. La completezza *assoluta* del sistema, relativa a tutte le azioni e a tutti i casi possibili sarà ottenibile solo mediante una norma di chiusura che potrà assumere due forme: “tutto ciò che non è permesso è proibito” o “tutto ciò che non è proibito è permesso”.²²⁴ La prima di queste forme sarà interpretabile nel senso che ogni commissione di un'azione non permessa sia proibita o che ogni omissione non permessa sia proibita: l'interpretazione in base alla quale ogni commissione e ogni omissione non permesse sarebbero proibite non sarebbe invece accettabile perché darebbe luogo a contraddizioni deontiche (di un'azione non normata non sarebbero permesse né la commissione né l'omissione e dunque entrambe risulterebbero proibite). Per quanto riguarda la seconda forma, si può osservare che come la sua traduzione nel principio *nullum crimen sine lege* può essere intesa come espressione dell'ideologia liberale nell'ambito del diritto penale, così la sua applicazione ai diritti di proprietà può essere intesa come loro concezione liberale, in opposizione a una concezione in base alla quale al proprietario sarebbe consentito solo ciò che fosse esplicitamente consentito dalla legge.

²²³ Ivi, p.107.

²²⁴ Ivi, p. 122.

Un'altra tipologia di sistema si otterrebbe introducendo una modifica nel modello di sistema dei diritti di proprietà, cioè eliminando dalle circostanze rilevanti il consenso del proprietario. Si noti che nei casi in cui l'individuo agente A fosse il proprietario, questa modifica non cambierebbe nulla, dato che la qualificazione deontica delle azioni del proprietario è indipendente dal suo consenso. Invece, per ciò che riguarda le azioni permesse con il consenso del proprietario, ma non senza il suo consenso, vi sarà una sola qualificazione deontica. Ciò produrrà un sistema di diritti di proprietà correlativi a obblighi dei non proprietari cui i proprietari non potranno rinunciare, descrivibili nei termini della *Interest Theory*, ma non in quelli della *Choice Theory*. Si noti che, mentre alcuni degli obblighi dei non proprietari nel sistema che include la scelta dei proprietari sono obblighi di compiere un'azione, oppure obblighi di astenersene (per esempio: l'obbligo di astenersi dal violare i confini della proprietà altrui), altri obblighi, come gli obblighi contrattuali, sono obblighi di compiere un'azione, se il proprietario sceglie che sia compiuta, o di non compierla, se il proprietario sceglie che non sia compiuta. Eliminare la rilevanza normativa del consenso del proprietario significherebbe nel primo caso rendere inalterabili gli obblighi dei non proprietari che già il sistema normativo conferisce loro in assenza di un permesso del proprietario, mentre nel secondo caso significherebbe che qualificazioni normative altrimenti dipendenti dalla scelta del proprietario dovrebbero essere specificate dalle norme. Un sistema per il quale la scelta del proprietario fosse irrilevante nel primo tipo di casi, ma rilevante nel secondo, sarebbe un sistema intermedio tra un sistema di diritti di proprietà come sistema di diritti di scelta del proprietario e un sistema di diritti come tutele degli interessi del proprietario, definiti dal legislatore. Una versione ancora più estrema di quest'ultimo, renderebbe la scelta del titolare del diritto di proprietà irrilevante anche per la determinazione deontica delle sue azioni. In un tale sistema, al diritto di proprietà sarebbero ancora connessi i correlativi obblighi dei non proprietari, definiti dalle norme, ma il titolare non avrebbe la libertà hohfeldiana di compiere o non compiere certe azioni, ma solo la pretesa del non impedimento delle azioni per lui obbligatorie. Applicando a questi obblighi il ragionamento di Steiner relativo a poteri e immunità, si potrebbe chiedere *chi deterrebbe*, in un caso simile, la pretesa correlativa agli obblighi del titolare, e sostenere in primo luogo che costui dovrebbe esistere in secondo luogo che sarebbe plausibilmente un funzionario incaricato di far rispettare la legge o un legislatore, e infine che in realtà, nonostante il titolo nominale del proprietario, sarebbe quest'ultimo a detenere realmente il titolo di proprietà

Azioni rischiose e diritti procedurali

Tra le azioni di difficile classificazione, una particolare rilevanza rispetto a un sistema di diritti hanno le azioni rischiose, perché difficilmente riconducibili a un'opposizione binaria tra rispetto e violazione dei diritti.²²⁵ Supponiamo che un'azione compiuta dal proprietario nella o mediante la sua proprietà, *possa* comportare la violazione di diritti di terzi. L'azione dovrà essere proibita come violazione di un diritto? Risposte assolute a questa domanda avrebbero conseguenze controintuitive: una risposta affermativa perché comporterebbe la proibizione anche di azioni connesse a un rischio trascurabile e una negativa perché comporterebbe la liceità di azioni associate a un rischio, ed eventualmente a una disutilità attesa, molto alti. Il principio del danno, in base al quale dovrebbero essere proibite le azioni che causino un danno identificabile non varrebbe a risolvere il conflitto, in quanto le distribuzioni di diritti possono essere considerate anche come distribuzioni di esternalità negative. La concorrenza commerciale, per esempio, sia pure esercitata nel rispetto della legge e dunque nel pieno dei propri diritti, produce certamente danni economici a chi ne esce sconfitto, e comunque produce certamente un rischio di danni. D'altro canto, una risposta che rimandi a trade-off tra i diversi interessi in gioco e un calcolo dell'utilità sembra incompatibile con ogni concezione dei diritti come decisori di ultima istanza nelle contese interpersonali, non soggetti a trade-off.

Se assoggettati agli esiti di un calcolo dell'utilità attesa i diritti non potrebbero cioè essere collocati in una posizione di priorità lessicale rispetto alle altre norme di un sistema normativo, né potrebbero costituire *vincoli collaterali* che indichino ciò che comunque non può essere fatto. La problematicità del trattamento delle azioni rischiose è però strettamente connessa alla considerazione dei diritti come vincoli *morali* all'azione. Se infatti si assume che sotto il profilo morale il divieto della violazione di un diritto costituisca l'unico limite lecito e, d'altro canto, inderogabile, alla libertà degli individui, la qualificazione deontica di un'azione che comporti il rischio della violazione di un diritto comporterà una sorta di dilemma morale: proibirla costituirebbe, nel caso essa non comportasse in definitiva, di fatto, nessuna violazione di un diritto, una ingiusta limitazione della libertà, mentre consentirla

²²⁵ Sui problemi posti dal rischio a una concezione dei diritti come vincoli collaterali si veda la discussione della teoria nozickiana in Barbara H Fried, *Does Nozick has a Property Rights Theory?*, in R.M.Bader, J.M. Meadowcroft, (ed. by), *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy State and Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp.230-252.

comporterebbe, nel caso l'azione in definitiva produca la violazione di un diritto, permettere quest'ultima.²²⁶

Probabilmente, anche il problema morale può essere risolto, ammettendo che non esistano divieti di compiere azioni che producano certi stati di cose (incluse gli stati di cose nei quali dei diritti sono violati), ma solo proibizioni di compiere azioni che producano certi stati di cose *con una probabilità superiore a un certo valore-soglia*. Comunque, un sistema di diritti positivi potrebbe affrontare il problema del rischio mantenendo le caratteristiche formali della compossibilità degli obblighi, della completezza e della priorità lessicale. Ciò potrebbe essere garantito stabilendo valori soglia di probabilità e assegnando alla violazione di un diritto in conseguenza di un'azione una certa probabilità. Nella maggior parte dei casi, al di sotto di un certo valore soglia di probabilità che un'azione produca una violazione di un diritto un'azione sarà permessa, al di sopra di esso sarà proibita. Tale valore soglia potrà variare a seconda del tipo di azione in questione: sembra ragionevole che sia sufficiente una probabilità più bassa per proibire un'azione che possa causare la morte che per proibire un'azione che possa causare un danno a una casa, a un'automobile o a un altro bene materiale e che il valore di tale probabilità aumenti ancora con il diminuire del danno e del valore del bene. Si tratta, certamente, di considerazioni di natura utilitaristica, che però non eliminano il riferimento ai diritti, dato che il danno, in ogni caso, è definito come violazione probabile di un diritto (alla vita, all'integrità personale, alla salvaguardia dei propri beni). In un sistema di diritti di proprietà tale violazione consisterà sempre nella violazione dei confini di una proprietà, inclusa la proprietà del proprio corpo. Che poi, nell'ambito della gestione del rischio, i diritti siano connessi a tutele crescenti in ragione della maggiore importanza che ragionevolmente ci si può aspettare alcuni di essi rivestano per i loro titolari non costituirà una sostituzione del sistema dei diritti con un sistema di welfaristico di calcolo dell'utilità: anche nel diritto penale, l'omicidio è punito più severamente del vandalismo contro la proprietà privata, benché entrambi costituiscano violazioni di diritti che un sistema in cui questi abbiano priorità lessicale si troveranno allo stesso livello della gerarchia normativa e avranno la medesima inderogabilità. Un caso particolare si avrà qualora sia un'azione che la sua omissione comportino un rischio con un valore di probabilità superiore alla soglia limite. Una simile circostanza sarà molto probabilmente un'emergenza, per esempio di tipo medico.

²²⁶ Sui problemi posti dal rischio al ragionamento morale, in particolare in relazione alla determinazione della causalità e all'attribuzione di responsabilità si veda Judith Jarvis Thomson, *Imposing Risk*, in W. Parent (ed. by), *Rights, Restitution, and Risk, Essays in moral Theory*, Harvard University Press, Cambridge London 1986.

La prescrizione per essa sarà, posto che chi vi sia coinvolto possa effettuare accurate valutazioni del rischio, di scegliere la linea di condotta *meno rischiosa* anche se al di sopra della soglia di rischio.

Con queste indicazioni, un sistema di diritti di proprietà regolerà in modo coerente e completo situazioni di rischio. In ogni circostanza, sapendo se vi sia il rischio della violazione di un diritto, di che tipo sia questa violazione e le assegnazioni di probabilità relative alla violazione connesse al compimento di una certa azione e alla sua omissione, si potrà, in base alle norme del sistema dei diritti, qualificare l'azione come permessa o proibita o come obbligatoria (nel caso sia assegnata solo la probabilità connessa a un'azione, ma non quella connessa alla sua violazione, o viceversa, la qualificazione comunque potrà avvenire tenendo conto solo della probabilità connessa all'azione e della sua collocazione al di sotto o al di sopra del valore soglia).

Un tipo particolare di azioni rischiose è rappresentato dalle punizioni dei crimini previste dal diritto penale, il cui funzionamento comporta il permesso di violazioni di diritti in risposta a violazioni di diritti. Assumendo che il criminale abbia rinunciato a parte dei suoi diritti con la sua azione, e tralasciando quindi la discussione dei problemi etici connessi a quest'idea, tali violazioni di diritti possono essere considerate azioni rischiose per via della possibilità di errori giudiziari. Precisamente, il rischio sarebbe dunque associato alle procedure giudiziarie. Non è detto che tale rischio essere valutato stabilendo un valore soglia, dato che nel caso del sistema penale la violazione dei diritti sarebbe certa e ad essere incerta sarebbe invece la colpevolezza dei condannati. Si potrebbe sostenere che, coerentemente a un sistema di diritti inviolabili nei confronti degli innocenti, questi ultimi avrebbero un diritto procedurale alla migliore procedura di giudizio possibile, cioè alla procedura che minimizzasse la probabilità di un errore giudiziario. Ogni procedura di giudizio avrebbe però dei costi, anche in termini di mancata condanna dei colpevoli e dunque di mancata protezione dei diritti. Al crescere di questi costi, e al diminuire dell'entità dei miglioramenti della procedura (cioè al diminuire dei decrementi della probabilità di errore giudiziario apportati da miglioramenti della procedura), altre considerazioni potrebbero divenire prevalenti e richiedere l'adozione di una procedura peggiore della migliore disponibile.

4.1.2 - Universalità e alienabilità dei diritti di proprietà

L'universalità dell'attribuzione di un diritto richiede la sua assegnazione eguale ai membri di una certa classe. Per Steiner, la giustizia richiede una distribuzione *originaria* eguale delle libertà negativa, e dei diritti che ne costituiscono il *perimetro* protettivo, tra gli esseri umani: ciò implica una distribuzione di eguali titoli di possesso su oggetti fisici, ma tale distribuzione potrà variare nel tempo in conseguenza dell'esercizio dei poteri hohfeldiani di alienazione dei diritti. E' certamente possibile definire l'universalità di attribuzione dei diritti come universalità di attribuzione in un certo tempo, piuttosto che come attribuzione permanente: in qualsiasi tempo, tutti i membri di una certa classe condivideranno l'eguale proprietà di essere stati titolari di eguali diritti in un tempo precedente. Per Steiner tuttavia, l'alienabilità dei diritti non è soltanto una possibilità, ma una caratteristica necessaria dei diritti. Questo sia in dipendenza dalla definizione dei diritti nei termini della *Choice Theory*, sia in base alla loro caratterizzazione in termini di relazioni hohfeldiane, per via del *regressum ad infinitum* che si produrrebbe se si desse un diritto inalienabile. Un diritto sarà necessariamente connesso, per Steiner, al potere giuridico di rinunciarvi.²²⁷ Entrambe le strategie argomentative utilizzate da Steiner per giungere a questa conclusione sono state contestate. Gli argomenti presentati in *An Essay on Rights* a sostegno della *Choice Theory* e contro l'*Interest Theory* sono stati criticati da Matthew Kramer come fondati su un fraintendimento della seconda e su una presupposizione della prima. La *Interest Theory* è caratterizzata per Kramer dalla tesi per la quale il titolare di un diritto è sempre il beneficiario del correlativo dovere, logicamente distinta da quella per la quale il beneficiario di un dovere è sempre il beneficiario di un correlativo diritto.²²⁸ Pertanto, gli esempi di doveri non connessi a diritti (quali il dovere di fornire indicazioni stradali a noi note, il dovere di essere cortesi, ecc.) non sarebbero controesempi ad essa. In secondo luogo, casi nei quali alla titolarità di un diritto non corrisponderebbe un beneficio non potrebbero fornire un sostegno alla *Choice Theory* senza presupporla, ovvero senza presupporre che sia il controllo dei doveri correlativi a un diritto a identificare un diritto e non il trarre beneficio dall'assolvimento di tali doveri.²²⁹ Tale presupposto non può essere derivato da un'analisi concettuale dei diritti come relazioni hohfeldiane: non esiste infatti una connessione logica necessaria tra *pretese* e *poteri* e le prime potranno darsi disgiunte dai primi tanto quanto

²²⁷ H. Steiner, *An Essay on Right*, 1994, cit., P.70.

²²⁸ Matthew H Kramer, *Rights Without Streaming*, in Kramer, Simmonds, Steiner, *A Debate Over Rights*, *Philosophical Enquiries*, Clarendon Press, Oxford 1998; p.63.

²²⁹ Ivi, p.68-69.

congiunte ad esse: tra le due opzioni si dovrà dunque operare una scelta che dovrà plausibilmente essere giustificata sulla base di opzioni valoriali ed etico politiche.²³⁰

La derivazione dell'alienabilità dei diritti sulla base dell'argomento del *regressum ad infinitum* è stato parimenti criticato. Nigel E. Simmonds ha sostenuto che l'incapacità giuridica di modificare gli obblighi di qualcuno non richiederebbe l'attribuzione di un'immunità a *qualcun' altro*. In realtà, l'incapacità di modificare l'insieme degli obblighi di qualcuno sarebbe correlativa a un'immunità attribuita precisamente al *titolare di tali obblighi*.²³¹ Tale immunità sarebbe a sua volta un'incapacità, perché il titolare non potrebbe modificarla, correlativa all'immunità del titolare della prima incapacità (che sarebbe il titolare del diritto-pretesa correlativo agli obblighi, o un pubblico ufficiale), che a sua volta sarebbe anche un'incapacità, correlativa all'immunità del titolare degli obblighi, e così via. Si produrrebbe ancora un regresso all'infinito, ma esso non comporterebbe il problema dell'impossibilità di identificare il detentore ultimo dell'immunità all'alienazione del diritto, e dunque dell'impossibilità di verificare, in un tempo finito, se un diritto sia realmente inalienabile, perché tutti gli elementi della spirale sarebbero collocati in due soli individui.

Pierfrancesco Biasetti ha evidenziato come il problema del *regressum* non dipenda specificatamente dalla presenza di diritti inalienabili, ma da una caratteristica strutturale del sistema hohfeldiano.²³² Infatti, la catena di immunità e incapacità relative all'alienazione dei diritti si arresterà allorché incontrerà un potere, che potrà essere esercitato per rendere l'incapacità immediatamente precedente nella catena un potere (e l'immunità correlativa una soggezione) che potrà essere esercitato sull'immunità precedente, e così via fino al diritto "inalienabile" di partenza, che potrà essere reso alienabile dal potere (dall'incapacità trasformata in potere) immediatamente precedente. All'altro capo della catena, il potere che avrà iniziato il processo potrà però a sua volta essere alienabile o inalienabile. Nel caso sia inalienabile, darà a sua volta inizio a un *regressum ad infinitum* di immunità e incapacità correlative.²³³ Il problema del regressum ad infinitum cioè si porrebbe anche per il *potere giuridico di alienare i diritti*.

²³⁰ Ivi, p. 66-67.

²³¹ N. E. Simmonds, *The Analytical Foundations of Justice*. Cambridge Law Journal 54 (2) (1995), pp. 306-341.

²³² Pierfrancesco Biasetti, *Infinite Regress and Hohfeld: A Comment on Hillel Steiner's "Directed Duties and Inalienable Rights"*, in "Ethics", Vol.126 (1) (October 2015), pp.139-152.

²³³ Ivi, p.148.

Visa A. J. Kurki concorda con questa generalizzazione, ma argomenta che in realtà il cosiddetto *regressum ad infinitum non costituirebbe affatto un problema*.²³⁴ In primo luogo, Kurki colloca l'immunità correlativa all'incapacità di rinunciare al rispetto dei doveri ad essi correlativi nei due individui coinvolti in tale relazione hohfeldiana. Un diritto inalienabile comporterebbe una immunità del titolare dei doveri ad esso correlativi (e la relativa incapacità del titolare del diritto) e una immunità del titolare del diritto *verso sé stesso* associata alla correlativa disabilita, sempre del titolare del diritto verso sé stesso. Non di meno, altri individui deterrebbero poteri o incapacità di secondo livello relative a queste immunità e incapacità di primo livello - potendo o non potendo alterarle - e a un'incapacità corrisponderebbe (oltre all'immunità dei titolari delle prime immunità e incapacità) un potere o un'incapacità di alterazione. Tuttavia dato che le relazioni hohfeldiane di livello inferiore sarebbero definite indipendentemente da quelle di livello superiore (e quindi la catena sarebbe, propriamente, *ricorsiva* e non *regressiva*) non sarebbe necessario risalire la catena delle immunità e delle incapacità per individuare i detentori di un diritto-pretesa inalienabile e dei doveri ad esso correlativi. In terzo luogo, anche la catena delle immunità e delle incapacità non richiederebbe di essere percorsa a ritroso per verificare che nessuno detenesse il potere di alterare le posizioni inferiori, perché l'infinità delle posizioni hohfeldiane generate ricorsivamente potrebbe comunque essere regolata mediante l'uso di quantificatori universali. Regole che stabiliscano che *nessuno* possa modificare gli obblighi correlativi a un diritto e dispensarne i titolari e che per di più nessuno possa modificare tale situazione di immodificabilità sarebbero cioè del tutto sufficienti ad affermare l'inalienabilità di un diritto in un dato sistema giuridico.

Tutte queste considerazioni, se da un lato appaiono convincenti nel chiarire *come* un sistema normativo potrebbe attribuire diritti - o comunque, pretese hohfeldiane, -non alienabili, dall'altro non dicono nulla circa ciò che avverrebbe immediatamente fuori dai confini (linguistici) di questi sistemi. Un sistema di norme formulate da un legislatore porrebbe infatti il problema del potere o dell'incapacità giuridica del legislatore stesso di modificare le immunità e le incapacità da lui poste. La catena ricorsiva delle immunità e delle incapacità potrebbe di fatto terminare con questo legislatore. Inoltre, i cambiamenti circa le immunità e le incapacità comporterebbero mutamenti anche a livello dei diritti-pretesa, che diverrebbero alienabili, e dei doveri ad essi correlati, che sarebbero annullabili.

²³⁴ Visa Kurki, *Hohfeldian Infinities: Why Not to Worry*, in "Res Publica", vol 23(1) (2017), pp.137-146.

Se ne potrebbe ricavare l'idea che in definitiva, i diritti inalienabili potrebbero esse resi alienabili dal legislatore che li avesse posti come tali. Tuttavia, come abbiamo visto nel paragrafo 3.2, sistemi di costituzionalismo rigido includono divieti (o previsioni di invalidità) di alterazioni delle norme costituzionali che, specialmente nel caso di incapacità e immunità giuridiche relative a diritti, possono essere assoluti. In casi simili, sembrerebbe che il legislatore costituzionale abbia reso assolutamente inalienabili i diritti protetti da tali norme. Anche i sistemi costituzionali rigidi, però, sono insiemi di norme, per cui l'inalienabilità dei diritti da essi prevista resta un'inalienabilità relativa a tali sistemi di norme. Al di fuori di un ordine costituzionale rigido, nel momento in cui esso venisse abolito e/o sostituito, le immunità e le incapacità poste a protezione dei diritti potrebbero essere abolite. Certo, il potere di abolire le garanzie costituzionali dell'inalienabilità dei diritti non sarebbe un potere legale e tanto meno costituzionale (sarebbe, nei termini di Ferrajoli, un potere costituente e perciò non regolato da norme), ma nondimeno il fatto che qualsiasi sistema positivo di diritti dipenda ultimamente da un potere di questo tipo, segnala il fatto che mentre una catena ricorsiva di posizioni hohfeldiane può estendersi all'infinito, la catena dei titolari di tali posizioni dovrà estendersi necessariamente a un numero finito di individui. Tolto il caso di serie ricorsive di relazioni hohfeldiane tra un individuo e sé stesso, o tra due individui, tali catene finiranno dunque per incontrare un potere giuridico o extragiuridico in grado di modificarle interamente. A proposito della prima opzione,, poi ci si potrebbe chiedere come di fatto sarebbe esercitata l'immunità di un individuo contro sé stesso o l'immunità del titolare di un dovere verso la dispensa da tale dovere. Certamente, definita un'immunità come la non soggezione a un potere giuridico, tali posizioni rientreranno nel suo concetto, tuttavia, ci si può chiedere a che cosa esse corrisponderebbero nei concreti rapporti tra individui, ed' è facile immaginare che in questo ambito, l'immunità di un individuo verso se stesso sarebbe associata di fatto alla sua soggezione al potere giuridico di qualcun altro, che gli attribuirebbe la correlativa incapacità, e l'immunità del titolare di un obbligo riguardo alla remissione di tale obbligo corrisponderebbe egualmente al potere giuridico di qualcuno che attribuirebbe l'incapacità correlativa (all'immunità) al titolare della pretesa correlativa (all'obbligo).

Se dunque l'alienabilità dei diritti non può essere considerata una loro caratteristica formale, perché è perfettamente possibile attribuire diritti non alienabili *in base alle norme di un sistema normativo*, la questione del se i diritti debbano o meno essere alienabili sembra

porsi sul piano etico-politico. Chiedersi se un diritto dovrebbe o meno essere alienabile equivale infatti a chiedersi se al termine della catena delle posizioni hohfeldiane relative a questo diritto debba trovarsi un potere giuridico del titolare dello stesso titolare del diritto o piuttosto un potere giuridico di qualcun altro.²³⁵ La questione dell'alienabilità, d'altro canto, implica anche la domanda circa l'ammissibilità che, in un certo momento del tempo, un diritto sia attribuito in modo diseguale tra i membri di una certa classe. Essa sembra dunque configurare un conflitto valoriale tra autonomia individuale da un lato ed eguaglianza giuridica dall'altro, non risolvibile con gli strumenti di un'analisi formale.

La possibilità di un codice che attribuisca diritti inalienabili (in base alle sue norme) sembra comunque comportare che, quanto meno, i diritti possano non essere *diritti di proprietà* nel senso generalmente attribuito al termine (sebbene possano esserlo nel senso estremamente ampio definito nel precedente paragrafo). Volendo identificare un nucleo minimo di *incident* della *full individual ownership* necessario per riconoscere un diritto come un diritto di proprietà, sembra infatti che in accordo con l'uso comune del termine esso debba includere un particolare potere di alienazione, ovvero il potere di trasferire titoli di proprietà, senza il quale non sarebbero possibili né, per il proprietario, il pieno godimento economico del bene, né, a livello sociale, le istituzioni di mercato.

Gerald F. Gaus, per esempio, individua quattro diritti essenziali del diritto di proprietà:

- 1) Right of use: Alf has a right to use P, i.e.
 - (a) It is not wrong for Alf to use P, i.e
 - (b) It is wrong for others to interfere with Alf's using P
- 2) Right to Exclusion: Others may use P if and only if Alf consents, i.e.
 - (a) If Alf consents, it is prima facie not wrong for others to use P, and
 - (b) If Alf doesn't consent it is prima facie wrong to use P
- 3) Right to transfer Alf may permanently transfer the rights in rules 1) and 2) in specific persons by consent
- 4) Right to compensation If Betty damages or uses P without Alf's consent, then Alf typically has a right to compensation from Betty.²³⁶

²³⁵ Si noti che tutto ciò vale anche per sistemi di diritti *morali* dei quali ci si potrà chiedere se siano nella disponibilità dei loro titolari o di qualcun' altro, per esempio, di un legislatore divino.

²³⁶ Gerald F. Gaus, *Property, Rights, and Freedom* in Frankel Paul, Miller, Paul (ed. by), *Property Rights*, 1994, pp. 213-214.

La mancanza di uno di questi diritti consentirebbe, di affermare che il diritto di proprietà di Alf su P sarebbe “at best attenuated”.²³⁷

Contro la tesi che i diritti di proprietà costituirebbero una classe speciale di diritti a motivo della loro trasferibilità, la risposta di Randy Barnett richiamata da Gaus consiste nel sottolineare il fatto che in realtà, sebbene sia possibile alienare i propri diritti di proprietà su specifici oggetti fisici, non è possibile alienare il proprio diritto di divenire e rimanere proprietari e tale situazione è del tutto simile a quella di altri diritti, incluso il diritto di integrità personale.²³⁸ La distinzione tra diritti di proprietà (alienabili) e diritto di essere proprietari (inalienabile) potrebbe allora permettere di pensare che

[...] no asymmetry obtains between property rights and, say, personal rights. To be sure, rights to bodily integrity cannot be relinquished, but neither (it might be argued) can the right to hold property. To insist that property rights are inherently alienable, the objection runs, is to say that one can alienate any or all pieces of property, not that one can relinquish the right to hold property. In a similar sort of way, even if one cannot relinquish the right not to be beaten, one can waive it on particular occasions, as when one agrees to participate in a boxing match.²³⁹

La controreplica di Gaus si sofferma in primo luogo sull’asimmetria tra la cessione temporanea e revocabile dei diritti all’integrità personale e la cessione permanente e irrevocabile dei diritti di proprietà su oggetti, e poi, in modo più decisivo, sul fatto che la non alienabilità del diritto di essere proprietari sarebbe in realtà la conferma che non tutti i diritti sono diritti di proprietà. Infatti, ammesso che una caratteristica di questi ultimi sia l’alienabilità, il fatto che lo stesso diritto di essere proprietari sia inalienabile sarebbe un’ulteriore esempio del fatto che non tutti i diritti siano diritti di proprietà.

Il diritto essere proprietari consiste però, nel diritto ipotetico di acquisire, di conservare, usare e scambiare i beni di proprietà oggetto dei singoli diritti di proprietà. Esso è un diritto universale e ipotetico ad acquisire, condizionatamente a certe circostanze, diritti di proprietà singolari e su oggetti fisici determinati e poi a farne uso, scambiarli ecc. Per ogni individuo il diritto di essere proprietari è dunque inseparabile da questi diritti di proprietà determinati. Supponiamo che qualcuno sia privato di tutti i suoi beni di proprietà e che inoltre si predisponga l’esproprio di ogni bene di proprietà che possa acquisire successivamente al

²³⁷ Ivi, p.214.

²³⁸ Ivi, p.215, nota 26; Cfr. Randy Barnett, *Contract Remedies and Inalienable Rights*, in J.Coleman, E. Frankel Paul (ed. by), *Philosophy and Law*, Basil Blackwell, Oxford 1987, pp. 194-95.

²³⁹ Ivi, p.215.

primo esproprio. Affermare che costui conserverebbe tuttavia il *diritto di essere proprietario*, sembrerebbe assurdo

Mentre il diritto di essere proprietari è formulato come universale e ipotetico, in quanto prefigura la proprietà di oggetti fisici indeterminati in certe circostanze specificate (per esempio il possesso di un libro in seguito al suo acquisto), i diritti di proprietà connessi a titoli sono diritti attribuiti a singoli, su oggetti fisici determinati e incondizionati (sono infatti attribuiti quando tutte le condizioni richieste per divenire e rimanere proprietari sono soddisfatte). La distinzione è del tutto analoga, per esempio, a quella che può essere ravvisata tra i diritti dei singoli individui a non subire violazioni determinate della propria integrità fisica e il diritto universale all'integrità fisica. Le condizioni di un diritto singolo potranno poi essere più o meno restrittive: quasi sempre, e comunque in un'enorme varietà di circostanze, che non verranno, né dovranno essere enumerate dalle norme, si avrà il diritto a non subire una certa violazione dell'integrità fisica, mentre le circostanze nelle quali si sarà proprietari di un certo oggetto saranno determinate e di numero determinato. Ciò non altererà però il rapporto tra il diritto universale ipotetico (ad essere proprietari di oggetti fisici esterni, all'integrità fisica, alla libertà di espressione, di associazione) e i diritti singolari incondizionati (di essere proprietari di un oggetto determinato, di non subire un determinato assalto alla propria integrità fisica, di parlare in una particolare occasione pubblica, di associarsi con determinate persone). Né l'alienazione dei singoli titoli di proprietà, o la rinuncia a singoli esercizi dei diritti di espressione o di associazione, o singoli permessi di violazioni dell'integrità personale comporteranno l'alienazione del diritto universale di essere proprietari, così come la rinuncia ad esprimere la propria opinione, o alla propria integrità fisica in una particolare circostanza, o all'associazione con particolari persone comporterà la rinuncia a tali diritti. Per contro, la rinuncia giuridicamente efficace al proprio diritto di proprietà comporterebbe la rinuncia a tutti i diritti da esso ipoteticamente previsti.

Il legame tra diritto di universale di essere proprietari e diritti di proprietà singoli, così come di altri diritti universali con diritti singoli, relativi a circostanze determinate e a oggetti fisici determinate, permette di affermare che tali diritti dovrebbero essere considerati "diritti di proprietà" nel senso ampio che implicano che, se si verificheranno certe condizioni, i loro titolari avranno un controllo esclusivo di certi determinati oggetti fisici. In assenza di questo controllo ipotetico, non vi sarebbero i diritti universali. D'altro canto, la non alienabilità, in relazione a un sistema normativo, del diritto di essere proprietari, o del diritto all'integrità

fisica, farà sì che essi siano universalmente attribuiti non solo originariamente, ma stabilmente.

4.2 - I diritti fondamentali

4.2.1- Le antinomie in un sistema di aspettative normative.

La trattazione dell'antinomia in Ferrajoli

Ferrajoli affronta il problema della coerenza del sistema dei diritti soggettivi a partire da una ridefinizione del concetto di *antinomia*. Antinomia è per Ferrajoli: “il vizio sostanziale prodotto dall'indebita decisione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l'annullamento della norma in contrasto”.²⁴⁰ Tale definizione contrasta con la definizione di antinomia come “incompatibilità tra norme che non consenta l'osservanza o l'applicazione di entrambe”. Gli elementi specifici della definizione di Ferrajoli rispetto a quella corrente sono due: 1) il fatto che l'incompatibilità sia tra norme gerarchicamente ordinate, essendo una di esse una *norma sostanziale sulla produzione di norme*, cioè una norma regolativa del *contenuto* delle norme (distinta dalle norme regolative della forma della produzione di norme, che riguardano la regolazione legale dei modi nei quali le norme vengono prodotte e non il loro contenuto) prioritaria rispetto all'altra 2) il fatto che affinché la norma gerarchicamente sopra-ordinata possa essere applicata, quella di grado inferiore debba essere annullata da un apposito atto giuridico. Ciò significa che per poter propriamente comportare un'antinomia, un problema di contrasto tra norme non deve poter essere risolto dall'interpretazione giuridica “sulla base del diritto vigente”, ma soltanto dall'attività legislativa mediante una “alterazione” di tale diritto vigente.

Ferrajoli non nega la possibilità di antinomie tra norme del medesimo livello, che propone di chiamare “antinomie in senso debole”, ma ne sottolinea la differenza strutturale rispetto alle antinomie propriamente intese, o “antinomie in senso forte”.²⁴¹ Differenza strutturale manifestata dalle caratteristiche di ordinamento gerarchico e necessità di annullamento proprie delle antinomie in senso forte, ma che ha origine nella diversa natura

²⁴⁰ Formalmente definita come segue: $(w)(x)(ANT_{wx} \equiv (VIS_{wx} \wedge EFF_{wx} \wedge (\exists y)(\exists r)(DEC_{xy} \wedge IVS_x \wedge NOR_y \wedge \neg COE_{yr} \wedge NSO_{rx}) \wedge ((\exists x')(\exists r)APS_{x'r} \rightarrow (\exists x'')ANN_{x''x'})))$; Luigi Ferrajoli, *Principia iuris.. vol 1*, 2007, cit. p.685.

²⁴¹ Ivi, p.688.

giuridica degli atti di produzione delle norme nei due tipi di antinomia. Nessuna delle norme antinomiche in senso debole, infatti, è identificabile come *vizio* giuridico cioè come “una norma illegittima prodotta da un atto invalido”, mentre lo è la norma subordinata nelle antinomie in senso forte. L’invalidità dell’atto produttivo di questa norma deriva precisamente dal contrasto tra ciò che prescrive e i limiti posti a ciò che è prescrivibile dalla norma sopra-ordinata. Mentre inoltre la norma illegittima, invalida, ma in vigore nell’ordinamento giuridico in quanto prodotta in accordo con le norme formali di produzione delle norme, dovrà essere annullata per poter risolvere il conflitto con la norma sulla produzione di norme, le antinomie in senso debole potranno in generale essere risolte mediante l’applicazione di due inequivoci criteri interpretativi: “il criterio cronologico della prevalenza della legge successiva su quella antecedente (*lex posterior derogat priori*)” e “il criterio di specialità della prevalenza della legge speciale su quella generale” (*lex specialis derogat generali*)”.²⁴²

All’interno di questo quadro generale, che delinea il modo in cui le antinomie possono essere affrontate in sistemi normativi gerarchizzati, quali quelli degli stati costituzionali di diritto, si inserisce la trattazione delle antinomie in un sistema di diritti soggettivi, che ordinariamente costituirà una frazione di un sistema normativo più ampio. In questo ambito più ristretto la risoluzione delle antinomie in senso forte sarà ricavata in base alle gerarchie che i diversi sistemi giuridici istituiscono tra differenti gruppi di diritti, cioè attribuendo un ruolo normativo ai diritti gerarchicamente sopraordinati, e i “limiti” reciprocamente posti gli uni agli altri da diritti di pari livello.²⁴³

I diritti fondamentali, innanzitutto, saranno tutti gerarchicamente sopraordinati ai diritti patrimoniali. Ciò è una conseguenza di una delle differenze strutturali tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali indicata da Ferrajoli, ovvero l’indisponibilità– e in particolare, l’inderogabilità – dei primi e la disponibilità – e in particolare la derogabilità – dei secondi. È chiaro che in caso di contrasto tra un diritto inderogabile e un diritto derogabile (più precisamente, tra i doveri correlativi a un diritto inderogabile e quelli correlativi a un diritto derogabile) il primo dovrà prevalere sul secondo.²⁴⁴ È su questa disposizione gerarchica tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali che, negli ordinamenti costituzionali positivi di cui la teoria di Ferrajoli costituisce un’astrazione, si fonderà la legalità degli atti di esproprio o di

²⁴² Ivi, p.689.

²⁴³ Ivi, p. 755-757, vedi anche un’utile schematizzazione in: Giorgio Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali*, in “Filosofia politica”, 2 (2010), pp. 287-306.

²⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol 1, 2007, cit. pp. 759-765.

tassazione compiuti dallo Stato a salvaguardia di diritti fondamentali quali – eminentemente, ma non esclusivamente- i diritti sociali.

In secondo luogo, all'interno della stessa classe dei diritti fondamentali la teoria di Ferrajoli attua una gerarchizzazione che colloca in posizione sopraordinata i diritti di libertà e i diritti sociali, e in posizione subordinata i diritti di autonomia economica e politica, cioè i diritti consistenti in poteri giuridici nelle sfere, rispettivamente, del mercato e della democrazia. La ragione della subordinazione dei diritti di autonomia ai diritti di libertà e ai diritti sociali risiede proprio nel loro essere “diritti-poteri”, perciò destinati a “interferire e quindi a confliggere con le sfere di altri soggetti”.²⁴⁵ Per questo “sono sottoposti, nello stato di diritto, a norme che, degli atti precettivi da cui sono esercitati, regolano forme e contenuti a garanzia degli interessi pubblici e dei diritti di tutti”. Gli atti giuridicamente efficaci attraverso cui si esercitano i diritti di autonomia cioè, sarebbero illegittimi se violassero i sopraordinati diritti di libertà e sociali (o se danneggiassero l'interesse pubblico) e apposite norme, negli stati costituzionali di diritto, devono definire che cosa conterebbe come violazione di questi diritti (o come messa a repentaglio dell'interesse pubblico).

Il criterio dell'interferenza con altri diritti sembra però dover portare a riconoscere un'ulteriore gerarchizzazione tra i rimanenti diritti fondamentali. All'interno del gruppo dei diritti di libertà, Ferrajoli distingue tra diritti alla “libertà da” e diritti alla “libertà di”.²⁴⁶ I primi, da lui definiti anche “immunità fondamentali”, sono “diritti passivi di cui è impossibile l'esercizio”, quali il diritto a non essere torturati, il diritto all'inviolabilità del domicilio, il diritto al nome o il diritto alla *privacy*. I diritti di “libertà di”, quali il diritto alla libertà di parola, alla libertà di associazione, alla libera scelta della professione, ecc., sono “diritti attivi che possono ben interferire con la libertà degli altri”. Da questa differenza segue che “i primi, mentre non incontrano nessun limite, non potendo logicamente interferire con nessun altro diritto, sono un limite all'esercizio dei secondi i quali non possono mai avere per argomento la loro lesione”: i diritti di “libertà di” sarebbero dunque tra loro necessariamente coerenti e gerarchicamente sopraordinati rispetto ai diritti di “libertà di”.

I diritti sociali, infine, sono posti allo stesso livello dei diritti di “libertà da”.²⁴⁷ Come tra questi ultimi, tra i diritti sociali non si darebbero antinomie. Tra i diversi tipi di prestazioni obbligatorie correlative ai diritti sociali non sussisterebbe nessuna incompatibilità logica: di

²⁴⁵ Ivi, p. 756.

²⁴⁶ Ivi, p.757.

²⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol. 2, 2007, cit., p.73.

per sé le azioni e le forniture di beni necessarie per garantire il diritto all'istruzione non impedirebbero le azioni e le forniture necessarie a garantire il diritto a cure mediche o il diritto alla previdenza sociale. In generale, la presunzione di compatibilità tra diritti sociali può cioè fondarsi sull'idea che i tipi di prestazioni richieste dai doveri ad essi correlati siano sempre composibili. Non è così però per i *token* spazio-temporalmente situati di queste azioni, che richiedono l'impiego di risorse. In presenza di risorse limitate potrebbe essere necessario decidere di destinarle al soddisfacimento di un diritto sociale a detrimento di un altro, ma questa sarebbe una decisione di carattere politico resa necessaria dal mancato reperimento delle risorse finanziarie necessarie alla soddisfazione di entrambi i diritti. L'obbligo per gli organi dello Stato di reperire tali risorse sarebbe logicamente implicato dal diritto.

Il quadro delineato da Ferrajoli è dunque quello di un sistema in cui non si danno antinomie irrisolvibili all'interno del sistema normativo. Nel codice di diritti descritto da Ferrajoli si possono infatti avere soltanto:

1) antinomie in senso debole, risolvibili mediante regole di priorità quali *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*

2) insiemi di diritti dello stesso livello, sempre composibili per motivi logici, come le immunità fondamentali

3) insiemi di diritti dello stesso livello composibili come tipologie, nel senso che è possibile che i loro *token* si diano insieme (per esempio, è possibile che una certa prestazione medica a un certo individuo sia fornita contemporaneamente ad una certa prestazione formativa, in ottemperanza l'una del diritto alla salute e l'altra del diritto all'istruzione) ma allo stesso tempo è possibile che essi confliggano nelle loro istanze singolari, per via della possibile scarsità delle risorse necessarie alla loro soddisfazione. In questo caso i conflitti possono essere risolti in prima istanza da decisioni politiche di allocazione delle risorse, anche se il reperimento delle risorse necessarie alla soddisfazione di un diritto fondamentale è resa obbligatoria dalla presenza di tale diritto in un codice.

4) diritti ordinati gerarchicamente, tra i quali in caso di conflitto prevarranno quelli sopraordinati.

A questa ricostruzione di Ferrajoli, sia come astrazione teorica dei sistemi costituzionali di fatto esistenti, sia come proposta di ciò che *dovrebbe essere* un sistema di diritti fondamentali possono essere opposte diverse obiezioni.

In primo luogo, possono essere presentati controesempi di antinomie insorgenti tra di diritti che secondo Ferrajoli sarebbero sempre componibili. In secondo luogo, si possono contestare due assunti: che i limiti legali imposti ai diritti di autonomia non entrino in conflitto con questi diritti, e che non lo facciano di per sé le limitazioni “politiche” delle risorse disponibili per i diritti sociali in conflitto (sebbene il mancato reperimento delle risorse necessarie alla soddisfazione di un diritto costituisca una lacuna giuridica).

Queste obiezioni sarebbero però inefficaci se si ammettesse che i diritti, nel sistema di Ferrajoli, non possano avere altro significato che quello loro attribuito dal complesso delle norme che li prescrivono e di quelle che li limitano. Se così fosse, le limitazioni volte a rendere componibili i diritti, essendo parte integrante della loro definizione, certamente non li contraddirebbero. Discuterò l'ipotesi che la componibilità dei diritti fondamentali sia assicurata dal concorrere dell'intero sistema normativo dei diritti alla definizione di essi nel paragrafo 4.2.1.1. Questa soluzione sembrerebbe però limitarsi a spostare il problema. L'assenza di contraddizione tra diritti oggettivi che includano nella propria definizione i limiti ad essi imposti da altri diritti, infatti, comporterebbe pur sempre una contraddizione tra differenti aspettative normative che costituiscono i diritti soggettivi: un problema che appare risolvibile, solo sacrificando la completezza deontica del sistema dei diritti fondamentali o la specificità della definizione dei diritti soggettivi in termini come aspettative. Discuterò queste altre due opzioni del (paragrafo 4.2.1.2). Infine, sosterrò che la possibilità di antinomie nel sistema dei diritti fondamentali, derivi dall'implicazione di diritti singolari su risorse fisiche, che possono essere scarse e dunque oggetto di conflitti, da parte di diritti universali (paragrafo 4.2.1.3).

4.2.1.1 - Antinomie nel sistema dei diritti fondamentali

Nel sistema dei diritti fondamentali di Ferrajoli sono state riscontrate possibilità di *antinomie* sia tra diritti dello stesso tipo che tra diritti di tipo diverso. Seguendo la ripartizione dei diritti fondamentali esposta nel paragrafo 4.2.1 si avranno, *tra diritti dello stesso tipo*²⁴⁸:

²⁴⁸ Riprendo in gran parte la seguente classificazione dei possibili conflitti tra diritti fondamentali da Giorgio Pino,

1) Antinomie tra “diritti immunità”²⁴⁹ o diritti alla libertà di, come per esempio tra il diritto alla vita di un individuo e quello di un altro in caso di legittima difesa, tra il diritto a non essere torturato di un individuo che nasconde un’informazione essenziale per salvare la vita di almeno un altro individuo (per esempio, il luogo scelto per un attentato, o l’ubicazione di un ordigno) e il diritto alla vita di quest’ultimo, conflitti tra il diritto alla patria potestà e il diritto all’invulnerabilità del corpo da un lato e il diritto alla salute dall’altro, qualora inteso come implicante la vaccinazione obbligatoria universale, tra il diritto al nome di un individuo e quello di un altro in casi di controversa legittimità.²⁵⁰

2) Conflitti tra diritti di autonomia, per esempio tra atti di autonomia privata e atti di autonomia pubblica, come nel caso di un contratto non conforme alla legge.²⁵¹

A questi casi si devono inoltre aggiungere due casi previsti da Ferrajoli, ma da lui ritenuti risolvibili, come si è visto l’uno mediante la limitazione legale della portata dei diritti e l’altro mediante decisione politica:

3) Antinomie tra diritti di “libertà di” come nel caso di conflitti tra il diritto alla libertà di sciopero e il diritto alla libertà di circolazione, o tra il diritto alla libertà di parola e il diritto alla tutela dell’onore. Ferrajoli ritiene che queste siano antinomie soltanto apparenti, in quanto in realtà le definizioni stesse dei diritti in questione includerebbero le regolazioni e le limitazioni legali che li renderebbero compatibili. La libertà di sciopero, per esempio, sarebbe definibile, e definita nell’ordinamento italiano in modo da non consentire lesioni del diritto alla libertà di circolazione. Per converso, le limitazioni poste al diritto di libera circolazione dal diritto di sciopero saranno incluse nella definizione legale di tali di diritti e non ne comporteranno perciò la violazione di fatto o la contraddizione normativa. A una tale strategia di neutralizzazione delle antinomie si possono però opporre due ordini di obiezioni. Innanzitutto si può mettere in dubbio che la distinzione tra *soluzione* legale di un conflitto tra diritti e *limitazione* legale della portata e del significato di tali diritti in modo tale da evitare l’insorgere del conflitto corrisponda a una differenza reale e non sia invece una mera ridefinizione, o una strategia retorica²⁵². Anche nel caso in cui la reciproca limitazione

Conflitti tra diritti fondamentali, 2010, cit. pp. 12-18.

²⁴⁹ Un “diritto immunità” è nei Principia Iuris qualunque diritto alla non commissione di atti che interferirebbero con la sfera di autonomia e libertà del soggetto, dunque non soltanto, come nello schema hohfeldiano, una protezione dalle modificazioni degli obblighi giuridici da parte del titolare di un potere giuridico.

²⁵⁰ Vedi G. Pino, *Conflitti...*, 2010, cit. p.13.

²⁵¹ Ivi, p.15.

²⁵² Ivi, p.14.

dei diritti sia prevista dalla legge prima dell'insorgere di un concreto conflitto, infatti, essa potrebbe essere considerata come la soluzione al caso possibile – e correttamente previsto dal legislatore – di impossibilità di soddisfare tutti i diritti previsti dalla legge. Secondo questa descrizione le “limitazioni” dei diritti in conflitto sarebbero a tutti gli effetti loro violazioni ammesse - se non prescritte –dalla legge. Il diritto di sciopero, per esempio, sarebbe legalmente violato dalla sua sospensione per garantire la libertà di movimento e parimenti il diritto a quest'ultima sarebbe violato dalle eccezioni ad esso giustificate dal diritto di sciopero. Tali violazioni potrebbero ben essere legali, ma ridefinirle per questo “limitazioni” non ne modificherebbe comunque la natura. In secondo luogo si può osservare che di fatto nei sistemi giuridici esistenti le “limitazioni” dei diritti non determinano affatto univocamente le soluzioni dei possibili casi controversi. E' il caso per esempio delle norme italiane sulla limitazione del diritto di sciopero che si limitano a indicare libertà di circolazione come principio in riferimento ai quali tali diritti dovrebbero essere temperati senza indicare però le precise fattispecie dei casi nei quali il diritto di sciopero dovrebbe in virtù di questa temperazione essere limitato, né come e in che misura questo dovrebbe avvenire. La legge rimanda perciò necessariamente a decisioni giudiziali e a interpretazioni giuridiche che però difficilmente potranno essere condotte sulla base di semplici regole di priorità per specialità o per cronologia, specialmente nel caso di leggi costituzionali.

4) Antinomie tra diritti sociali, generate dalla scarsità di risorse e risolte secondo Ferrajoli da decisioni esclusivamente politiche. Come è stato osservato da Giorgio Pino, non è però chiaro per quale motivo, se una decisione di allocare tutte le risorse disponibili alla soddisfazione di un diritto X a detrimento di un diritto Y fosse meramente politica, la decisione di non allocare risorse né per un diritto né per l'altro costituisca invece per Ferrajoli l'omissione di un atto giuridico obbligatorio, e perciò determini una lacuna normativa e produca come effetto giuridico proprio l'obbligo di porre rimedio a tale lacuna.²⁵³ Una risposta a questa obiezione potrebbe consistere nell'indicare nella mancanza di risorse sufficienti alla soddisfazione di tutti i diritti ad essere l'effetto di una lacuna normativa, cioè dell'assenza di una normativa (presumibilmente fiscale) volta a garantire tali risorse. Di per sé, invece, in assenza di risorse sufficienti, la mancata copertura dei costi dei diritti sociali non potrebbe essere considerata una lacuna giuridica, né la decisione positivamente espressa di non coprire questi costi un'antinomia delle norme prescrittive dei

²⁵³ Ivi, p. 15.

diritti. Il caso in cui le risorse siano insufficienti a soddisfare contemporaneamente due diritti sociali sarebbe analogo. Provvedere alla copertura di uno sarebbe infatti di per sé un atto legalmente legittimo e doveroso, richiesto dalla norma prescrittiva del diritto. Non provvedere le risorse necessarie alla soddisfazione dell'altro, in assenza di queste, non sarebbe né una lacuna né un'antinomia, mentre una lacuna andrebbe riscontrata, come nel caso precedente, nella loro mancata raccolta.

Tra diritti di tipo differente:

1) Tra immunità, o diritti alla “libertà da” e diritti alla “libertà di”. La soluzione indicata da Ferrajoli, secondo la quale le immunità sarebbero illimitate perché meramente passive e costituirebbero i limiti delle “libertà di” non sembra corrispondere al modo in cui gli ordinamenti giuridici possono trattare, per esempio, i conflitti tra le “libertà da” attribuite dal diritto all'onore e dal diritto alla privacy la “libertà di” attribuita dal diritto alla libertà di parola.²⁵⁴ A meno che sia proibita *ogni* possibile violazione della privacy e dell'onore infatti, alle limitazioni della libertà di parola poste a tutela di questi interessi saranno affiancate limitazioni di segno opposto della tutela dell'onore o della privacy per consentire l'esercizio della libertà di parola. Un modo di evitare questa conclusione consisterebbe nell'affermare che violazioni dell'onore o della privacy siano *per definizione* soltanto azioni non legalmente tutelate come esercizio del diritto alla libertà di espressione, ma ancora una volta questa potrebbe non essere considerata altro che una ridefinizione di un processo (sia esso compiuto in ambito legislativo, giudiziale o amministrativo) di soluzione di un'antinomia mediante la decisione di far prevalere un diritto su un altro.

2) Conflitti tra diritti di libertà (sia “libertà di” che “libertà da”) e diritti sociali. Un esempio, avanzato dallo stesso Ferrajoli, è il conflitto tra diritto di sciopero (diritto a una “libertà di”) e il diritto alla salute in quanto implica o include un diritto a ricevere cure mediche.²⁵⁵ Le eventuali limitazioni del diritto alla libertà di sciopero imposte per tutelare il diritto a ricevere cure mediche, così come le limitazioni di quest'ultimo diritto per tutelare il diritto alla libertà di sciopero, possono ben essere considerate, infatti, soluzioni di antinomie normative mediante la decisione di far prevalere un diritto sull'altro in determinati casi.

3) Conflitti tra diritti di libertà e diritti di autonomia. La possibilità di risolvere sempre tali conflitti mediante il prevalere dei primi sui secondi sembra configgersi con la prassi giuridica e con il senso comune, che ammettono entrambe, per esempio limitazioni

²⁵⁴ Ivi, p.16.

²⁵⁵ Ivi, p.17.

contrattuali del diritto alla libertà di espressione o dei diritti di iniziativa economica dei dipendenti.²⁵⁶ Tale contrasto è naturalmente compatibile con un uso ricostruttivo e non normalmente descrittivo della teoria di Ferrajoli: resta il fatto che in tal caso essa comporterebbe una divergenza dalla prassi dei moderni sistemi costituzionali che aspira a descrivere.

Sembra inoltre che si debba ammettere l'ulteriore possibilità di:

4) Conflitti tra diritti di libertà e diritti di autonomia da un lato e diritti sociali dall'altro. Esempi di questo tipo di conflitti possono essere: il conflitto tra diritto all'abitazione (diritto sociale) e il diritto all'inviolabilità del domicilio (diritto di immunità, o di libertà da) che potrebbe essere risolto – e storicamente è stato di fatto risolto in alcuni ordinamenti - con l'imposizione della coabitazione, il conflitto tra il diritto a cure mediche gratuite (diritto sociale) e il diritto alla scelta della professione o il diritto di emigrazione (diritti di libertà di), che potrebbe essere risolto con l'imposizione ad alcuni individui della formazione e della professione mediche e/o con il divieto di emigrazione del personale sanitario, il conflitto tra il diritto a cure mediche o a un'istruzione gratuite (diritti sociali) e il diritto di iniziativa economica (diritto di autonomia) del personale sanitario o degli insegnanti, cui potrebbe essere proibito l'esercizio privato della professione, il conflitto tra diritto (sociale) all'abitazione e diritto (di autonomia privata) a vendere, affittare o non affittare immobili, tra diritto di indossare il velo islamico o un altro simbolo religioso (diritto di libertà di) e diritto (di autonomia pubblica) di proibire simboli religiosi negli spazi pubblici. Inoltre, se si ammettesse, come Ferrajoli non farebbe, che i diritti di autonomia privata implicino l'inderogabilità anche da parte dello Stato, o la derogabilità solo in situazioni chiaramente definite e circoscritte, dei diritti di possesso su beni reali acquistati mediante l'esercizio di tale autonomia, si avrebbe la possibilità di conflitti anche tra diritti sociali e diritti di autonomia, nel senso che il reperimento delle risorse necessarie al soddisfacimento dei primi potrebbe richiedere la violazione dei secondi mediante l'espropriazione totale o parziale dei beni reali posseduti. Anche in questi casi, la ridefinizione delle "violazioni" come "limitazioni" legali dei diritti non sembra poter eliminare un effettivo conflitto tra diritti – o meglio tra doveri correlativi a diritti – non componibili.

²⁵⁶ Ivi, pp.17-18.

Il presupposto implicito dell'obiezione in base alla quale la "limitazione" dei diritti è soltanto una ridefinizione della decisione di favorire un diritto contro un altro (che verrà violato) per risolvere un'antinomia è però che i diritti *siano definiti in modo completo indipendentemente dall'indicazione dei loro limiti*. Questo presupposto può essere negato in nome del principio di positività del diritto, sostenendo che non sia possibile identificare un diritto indipendentemente dalla sua effettiva definizione in un sistema giuridico. Un passo ulteriore porterebbe alla tesi in base alla quale il significato di un diritto dipenderebbe dalla totalità del sistema normativo che lo prescrive, o meglio che prescrive i doveri ad esso correlati. Secondo questo punto di vista, il significato della proposizione "X ha diritto a Y" sarebbe dato da un elenco di doveri implicati da un certo sistema normativo. I doveri di tale elenco per definizione sarebbero tutto quanto richiesto per soddisfare il diritto di X a Y. Le limitazioni del diritto di sciopero imposte per garantire il diritto alla libera circolazione, per esempio, non costituirebbero violazioni del diritto di sciopero, essendo quest'ultimo definito da un sistema normativo inclusivo di tali limitazioni come diritto limitato dal diritto alla libertà di circolazione. Il diritto alla libertà di circolazione, d'altro canto, può essere a sua volta limitato dal diritto di sciopero in modo tale da determinarne la definizione.

Nella prassi giuridica degli stati costituzionali però, i limiti dei diritti vengono talora stabiliti *dopo* l'insorgere di conflitti originariamente non previsti dal legislatore. Sia che questi conflitti siano risolti mediante decisioni giudiziali o amministrative, sia che lo siano mediante nuovi interventi legislativi, l'accettazione della tesi per la quale i limiti di un diritto sarebbero parte integrante della definizione del suo significato comporterebbe allora che quest'ultimo possa essere stabilito soltanto a posteriori, vale a dire dopo la non insorgenza o la soluzione di conflitti con altri diritti. Un sistema dei diritti così inteso darebbe dunque luogo a una distribuzione di doveri e permessi collegati ai diritti non prevedibile sulla base delle leggi vigenti e a una costitutiva incertezza delle *aspettative* individuali circa le effettive prescrizioni del sistema giuridico. È infatti alla nozione di aspettativa, centrale nel sistema di Ferrajoli che occorre guardare per comprendere se, in quale senso e a quale costo teorico e pratico il sistema di gerarchizzazioni e di regole derogatorie proposto da Ferrajoli risolva il problema delle antinomie giuridiche.

4.2.1.2 - Aspettative e conflitti tra aspettative

“Aspettativa” è uno dei termini primitivi nel sistema assiomatico dei *Principia Iuris*, come tale non è definito, ma il suo significato è illustrato mediante l'esemplificazione del suo uso. Questo può avvenire in generale “sia in contesti monadici (Aspy) del tipo 'ad ogni obbligo e ad ogni divieto corrisponde un'aspettativa' sia in contesti diadici (Aspyx, Aspy⊥ x) del tipo 'il diritto di credito è l'aspettativa di una prestazione debitoria' o 'il diritto di proprietà è l'aspettativa del non turbamento del bene che ne è oggetto’”.²⁵⁷ Inoltre, in termine “aspettativa” è “predicabile in relazione non già alla commissione o all'omissione di un comportamento del soggetto cui è imputata, ma a un comportamento altrui”.

Tre postulati, congiunti con assiomi standard della logica deontica, definiscono poi la trama di relazioni logiche tra le aspettative, le modalità ad esse connesse e i soggetti titolari delle une e delle altri:

1) il postulato P3, in base al quale

Se di qualcosa esiste l'aspettativa della commissione allora esiste anche una corrispondente modalità in forza della quale non ne è permessa l'omissione e viceversa.

$$(x)((\exists y')Aspy'x \equiv (\exists y'')(MODy''x \wedge \neg PER \perp x))^{258}$$

2) il postulato P4 in base al quale

Per ogni comportamento, per ogni modalità, per ogni aspettativa e per ogni interesse esiste qualcuno che ne è soggetto

$$(x)((COMx \vee MODx \vee ASPx \vee INTx) \rightarrow (\exists z)SOGzx)^{259}$$

3) il postulato PM, in base al quale

Se un termine designa la proprietà di un argomento, esso designa anche la relazione che questo può intrattenere con un altro argomento, e viceversa.

$$(y)(Py \equiv M(\exists x)Pyx)^{260}$$

In base al postulato P3 si ricavano quattro identità tra permessi e divieti e aspettative (positive o negative) o assenze di aspettative:

$$(a) \quad PERx \equiv \neg ASP \perp x$$

²⁵⁷ Ivi, p.86.

²⁵⁸ Ivi, p.92.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ivi, p.94.

- (b) $PER \perp x \equiv \neg ASPx$
- (c) $\neg PERx \equiv ASP \perp x$
- (d) $\neg PER \perp x \equiv ASPx$ ²⁶¹

In base al postulato PM, a queste identità tra relazioni monadiche corrispondono altrettante identità tra relazioni diadiche, dove nel primo termine al modo deontico del “permesso” è sostituito la modalità della “permissione” (di una commissione o di un'omissione):

- (a)' $PEMy''x \equiv \neg ASPy' \perp x$
- (b)' $PEMy'' \perp x \equiv \neg ASPy'x$
- (c)' $\neg PEMy''x \equiv ASPy' \perp x$
- (d)' $\neg PEMy'' \perp x \equiv ASPy''x$ ²⁶²

da cui segue

$$(a)'' (y)(x)(ASPyx \rightarrow \neg ASPy \perp x) \text{ (per (d)', (a)' e assioma del permesso)}$$

(b)'' $(y)(x) (ASPy \perp x \rightarrow \neg ASPyx)$ (per (a)'', e anche per (c)', (b)' e assioma del permesso)

$$(c)'' (y)(x) (\neg ASPyx \vee \neg ASPy \perp x) \text{ (per (a)'' e anche per (b)'')}$$

$$(d)'' (y)(x) \neg (ASPyx \wedge ASPy \perp x)$$
²⁶³ (per (c)'')

e per l'interdefinibilità di permessi, obblighi e divieti

$$(a)''' (x)(\exists y')ASPy'x \equiv (\exists y'')OBLy''x)$$

$$(b)''' (x)(\exists y')ASPy' \perp x \equiv (\exists y'')DIVy''x)$$

$$(c)''' (x) \neg (\exists y')ASPy'x \equiv \neg (\exists y'')OBLy''x)$$

$$(d)''' (x) \neg (\exists y')ASPy' \perp x \equiv \neg (\exists y'')DIVy''x)$$
²⁶⁴

²⁶¹ Ivi, p.152.

²⁶² Ivi, p.153.

²⁶³ Ivi, p.154.

²⁶⁴ Ivi, p.155.

Cioè per ogni aspettativa alla commissione esiste un obbligo di commissione, per ogni aspettativa di astensione esiste un divieto di commissione (che è la stessa cosa di un obbligo di omissione), per obbligo di commissione esiste un'aspettativa di commissione e per ogni divieto di commissione esiste un'aspettativa di omissione. .

Sempre sulla base del postulato P3, Ferrajoli distingue poi il significato deontico o normativo del termine “aspettativa” così come è utilizzato nel suo sistema ad indicare sempre “aspettative deontiche di effettività”²⁶⁵, dal significato “cognitivo” del termine per il quale un'aspettativa è una “previsione di ciò che di fatto accadrà, o meglio di ciò che è verosimile o inverosimile che possa accadere”. Le aspettative deontiche o normative, per contro, altro non sarebbero che il *dover essere* di una norma o di un comportamento. Per esempio, l'aspettativa previsionale che il mio appartamento non sia violato è diversa dall'aspettativa normativa che violare il mio appartamento sia vietato dalla legge, che tutti si conformino alla legge come dovrebbero, e che le infrazioni vengano punite.²⁶⁶ Come è stato notato, tuttavia, un'aspettativa deontica può comportare anch'essa un aspetto previsionale e cognitivo, se riguarda la previsione che una norma sia o non sia in vigore o che un comportamento sia o non sia attuato, effettuata in base alla loro qualificazione deontica: in questo senso essa sarà un'aspettativa *cognitivamente normativa*, distinta da un'aspettativa meramente normativa, consistente solo nella qualificazione deontica di una norma o di un comportamento, come pure da un'aspettativa meramente fattuale, riguardante il vigore o non vigore di una norma o il verificarsi o non verificarsi di un comportamento indipendentemente dalla loro qualificazione deontica.²⁶⁷

Per il postulato P4, sia aspettative che obblighi e divieti sono sempre imputati a un soggetto (il quale, in base al postulato P 5 ha uno statuto per il quale non è un oggetto), ovvero ogni aspettativa è sempre l'aspettativa di qualcuno e l' obbligo (di commissione o di non commissione) da essa implicato è imputato a sua volta a un soggetto determinato. Infatti:

²⁶⁵ La nozione di “effettività” è a sua volta definita da Ferrajoli in relazione ad aspettative e modalità deontiche positive e negative, per cui “Le facoltà gli obblighi e le aspettative positive sono 'effettivi' se e solo se ne ricorre l'attuazione e 'ineffettivi' in caso contrario”, mentre “I divieti e le aspettative negative sono 'effettivi' se e solo se non ne ricorre l'attuazione e 'ineffettivi' in caso contrario., ivi p.167.

²⁶⁶ La distinzione è ripresa da Johan Galtung, *Expectations and Interactions Process*, in “Inquiry” 2,(1960), p. 299 e seguenti, cfr Ferrajoli, *Principia Iuris*, p. 176, nota 10.

²⁶⁷ Vedi Bernardo Bolanós Guerra, *La estructura de las expectativas jurídicas*, in Miguel Carbonel Sanchez, Pedro Salazar Ugarte (a cura di), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídicos de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005, pp. 293-318

Dire che un individuo è imputato di un'aspettativa positiva equivale a dire che un altro individuo è imputato dell'obbligo di commissione corrispondente

$$(x)((\exists z')(\exists y')(IMPz'y' \wedge ASPy'x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \wedge OBLy''x))$$

Dire che un individuo è imputato di un'aspettativa negativa equivale a dire che un altro individuo è imputato dell'obbligo di omissione (o divieto di commissione) corrispondente

$$(x)((\exists z')(\exists y')(IMPz'y' \wedge ASPy' \wedge x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \wedge DIVy''x))^{268}$$

Inoltre, dal postulato PM si deduce che “le figure di qualificazione deontica [...] implicano non già l'esistenza, ma solo la possibilità dell'esistenza degli argomenti da essi qualificati. Non il loro essere (o accadere) ma il loro poter essere (o poter accadere)”. Il principio infatti afferma che se un certo y è una modalità, o un'aspettativa, allora può esistere un x che è oggetto di questa modalità (che è permesso, vietato, obbligatorio, facoltativo) o di questa aspettativa. Tale *possibilità e contingenza* degli argomenti delle modalità deontiche e delle aspettative è per Ferrajoli “la struttura dei fenomeni deontici” e associa “a queste figure di qualificazione [...] quello che Hans Kelsen chiama il nesso di «dover essere» (*sollen*) tra l'antecedente e il conseguente dell'implicazione istituita da un norma giuridica. Questo nesso, che parafrasando il *sollen* kelseniano possiamo denominare di «poter essere» (*dürfen*), ne risulta configurato come una semplice relazione logico modale, interpretabile come deontica in quanto espressa da concetti deontici. Si tratta della relazione che esprime il carattere intrinseco della fenomenologia deontica: il possibile accadere ma anche il possibile non accadere di ciò che è qualificato dalle modalità e dalle aspettative e quindi [...] la loro osservabilità ma anche la loro violabilità”²⁶⁹.

²⁶⁸ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol 2, 2007, cit., p.190. Dal momento che, come ricordato nel capitolo 1 e come ricorderò tra poco, i diritti soggettivi sono per Ferrajoli *aspettative* a commissioni o omissioni per le quali esiste un *interesse* di un soggetto, essi ereditano da queste ultime (che li definiscono) questa struttura bilaterale, per cui al titolare di un diritto corrisponde sempre il titolare del correlativo dovere. Vi è quindi un'omogeneità strutturale tra i diritti soggettivi della teoria di Ferrajoli e i diritti hohfeldiani. Tuttavia, si deve osservare che nel sistema hohfeldiano ai diritti di *libertà* (o privilegi), consistenti nell'assenza di obblighi di agire (o non agire) nei modi in cui si è liberi di agire (o non agire) e quindi in *permessi* o *non-doveri*, non corrispondono obblighi in capo all'individuo collocato all'altro capo della relazione bilaterale, ma soltanto non- “diritti”, dando in questo caso al termine diritti il significato hohfeldiano specifico di “pretese” (*claim rights*). A questa assenza di pretese legittime corrisponderebbe nel sistema di Ferrajoli l'assenza di diritti, quindi di aspettative. Alla libertà, a sua volta, corrisponde ciò che nel sistema di Ferrajoli è chiamato “facoltà”, che è appunto “la modalità di ciò che è facoltativo”(p.147) di cui cioè è permessa sia la commissione che l'omissione. La facoltà imputata a un individuo implica sempre, quindi, l'assenza di aspettative (circa il comportamento che di tale facoltà è argomento) nei confronti di questo individuo imputate ad un altro individuo (infatti, se un'aspettativa di commissione o di non commissione esistesse, esisterebbe anche un corrispondente dovere, e dunque non vi sarebbe la facoltà di commettere o di omettere). Ne segue che nel sistema di Ferrajoli le libertà hohfeldiane non possono essere classificate come diritti e al contrario possono solo essere *limitate* da questi, in virtù dell'imposizione dei correlativi doveri.

²⁶⁹ Ivi, p.145

Dal nesso tra qualificazioni deontiche e possibilità contingente dei loro argomenti segue poi che qualora l'accadimento o il non accadimento di tali argomenti siano impossibili “non può parlarsi né di modalità né di aspettativa” tesi in cui si riuniscono il principio del “dovere implica potere” e la tesi per cui ciò che *necessariamente* accade (o non accade) non ha qualificazione deontica.²⁷⁰

Inoltre, nel caso specifico delle aspettative, la contingenza dei loro argomenti fa sì che esse implicino sempre un'ulteriore qualificazione deontica di questi ultimi, che Ferrajoli definisce come *garanzia*:

Garanzia è l'obbligo corrispondente all'aspettativa positiva del suo medesimo argomento.

$(y)(y')(GARy'y' \equiv M(\exists x)(OBLy"x \wedge ASPy'x))$ ²⁷¹

laddove, potendo intendersi come argomento sia una commissione x che una omissione $\perp x$, nel loro complesso “le garanzie equivalgono alla somma degli obblighi e dei divieti corrispondenti rispettivamente alle aspettative positive e a quelle negative da esse garantite”. In particolare: “'garanzia positiva' è la garanzia consistente in un obbligo” e “'garanzia negativa' è la garanzia consistente in un divieto. Ne segue che nel sistema di Ferrajoli ad ogni aspettativa corrisponde un insieme di obblighi o di divieti da essa implicati. Obblighi e divieti corrispondenti rispettivamente alle aspettative positive e a quelle negative e “dalla cui ottemperanza o inottemperanza dipendono [...] il soddisfacimento delle prime e la non violazione delle seconde”.²⁷²

Sulla base della nozione di aspettativa è di quella di *interesse*²⁷³ è poi definita la nozione di diritto soggettivo:

Diritto soggettivo è qualunque aspettativa di prestazioni o di non lesioni

$(y)(DIRy \equiv M(\exists x)((ASPyx \wedge PRTxy) \vee (ASPy\perp x \wedge LESyx)))$ ²⁷⁴

²⁷⁰ Ivi, p.146: “Possibilità e doverosità deontica (*dürfen* e *sollen*) suppongono come condizione di senso la possibilità materiale (*können*) sia della commissione che dell'omissione del comportamento deonticamente qualificato” (cfr. per questa tesi Georg Von Wright *Norma e azione*, cit, p. 157 e seguenti).

²⁷¹ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol. 1, 2007, cit., p.196.

²⁷² Le garanzie sono poi distinte in garanzie primarie che sono gli obblighi di prestazione o di non lesione e in garanzie secondarie che sono gli obblighi di annullamento degli atti giuridicamente invalidi e di condanna degli illeciti, vedi Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol. 1, 2007, cit., p.669.

²⁷³ Altro termine primitivo del sistema di Ferrajoli impiegato “nel senso si ciò di cui 'è utile l'uso o l'accadimento (o il non uso o il non accadimento)' o, più genericamente, di 'bene' o 'male' per chi ne è soggetto [...] in contesti monadici del tipo 'ogni diritto soggettivo riflette un interesse, oppure nei due opposti contesti diadici dell'*interesse positivo* o alla commissione (*INTy*) e dell'*interesse negativo* o all'omissione (*INT\perp y*)

²⁷⁴ Ivi, p. 641.

Dove per “prestazione” si intende “qualunque atto la cui commissione sia oggetto di un interesse” $(x)(y)(PRT_{xy} \equiv (ATT_x \wedge INT_{yx}))$) e per “lesione” “qualunque atto la cui omissione sia oggetto di un interesse” $(x)(y)(LES_{xy} \equiv ATT_x \wedge INT_{y \perp x})$)²⁷⁵

I diritti fondamentali sono poi definiti come

i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci di agire o in quanto cittadini capaci di agire

$(y)(DFO_y \equiv ((DIR_y \wedge ((z)TIT_{zy} \wedge PNA_z) \vee (z)(TIT_{zy} \wedge CIT_z))) \vee (DIP_y \wedge ((z)(TIT_{zy} \wedge CAA_z) \vee (z)(TIT_{zy} \wedge CIT_z \wedge CAA_z))))))$ ²⁷⁶

Si possono fornire tre diverse interpretazioni del sistema di Ferrajoli in relazione al rapporto tra diritti e loro implicazioni deontiche, che a loro volta influiscono sulle possibili soluzioni offerte dal sistema al problema delle antinomie. Per la prima interpretazione, in un codice positivo considerato staticamente in un tempo t a un diritto fondamentale sarebbero immediatamente correlati tutti gli obblighi che, al tempo t e in tutti i tempi successivi, *dovrebbero essere prescritti* in virtù del fatto che nel codice è presente questo diritto. Per la seconda interpretazione, a un tempo t a un diritto fondamentale non sarebbero correlati tutti gli obblighi che potrebbero essergli riferiti ma questi verrebbero definiti in tempi successivi appunto con le decisioni imposte dall'insorgere di conflitti interpretativi circa l'ambito di applicazione di diversi diritti fondamentali. La terza interpretazione è che al tempo t valga un certo insieme di obblighi collegato ad ogni diritto fondamentale e che tale insieme sia completo, ma che possa *cambiare* al tempo $t+1$, in seguito all'insorgere di un antinomia e che anche il nuovo insieme sia completo. Adottare la seconda interpretazione comporterebbe l'ammissione dell'*incompletezza* del sistema. Discuterò pertanto questa possibilità, nel prossimo paragrafo, dedicato appunto alla condizione di completezza. Sempre nel prossimo paragrafo discuterò la terza possibilità, che risolve il problema creandone un altro, perché permette di considerare completi sistemi giuridici posti in successione nel tempo, definiti dalle decisioni (per lo più giudiziali) circa il significato prescrittivo dei diritti, rendendo rendendo così problematica, però, l'idea che in un dato momento il titolare di un diritto possa

²⁷⁵ Ivi, p.640.

²⁷⁶ Ivi, p.727.

aspettarsi o prevedere le conseguenze giuridiche di tale titolarità-²⁷⁷. Di seguito discuterò la prima possibilità.

Supponiamo dunque inizialmente che la prescrizione di un diritto fondamentale *implichi* tutti gli obblighi correlativi a questo diritto. Considerato nel suo complesso, un *sistema* di diritti fondamentali sarà allora correlativo a un sistema di obblighi. Tra questi obblighi, potrà risultare non esservi nessun conflitto. Per esempio, se il diritto alla libertà di circolazione implicasse l'obbligo, per i lavoratori nel settore dei trasporti pubblici, di garantire la possibilità di questa circolazione, e dunque certe limitazioni del loro diritto di sciopero, tali limitazioni non violerebbero nessuno degli obblighi implicati dal diritto di sciopero, posto che questo diritto non implichi nessun obbligo che sia in conflitto con gli obblighi implicati da un qualsiasi altro diritto fondamentale. Si deve osservare, tuttavia, che di per sé l'enunciazione di un diritto alla libertà di circolazione non implica in modo evidente limitazioni della libertà di sciopero, e che per converso l'enunciazione di un diritto alla libertà di sciopero potrebbe essere interpretata come se implicasse il dovere di permettere sempre e ad ogni categoria di lavoratori, lo sciopero. Sostenere che in un dato sistema normativo le limitazioni del diritto di sciopero siano implicate dal diritto alla libera circolazione e che ciò nonostante esse non siano *limitazioni* del primo diritto, rese necessarie da un conflitto con il secondo, equivarrebbe ad affermare che in tale sistema giuridico il significato del diritto di sciopero possa essere definito in modo completo solo in relazione al diritto alla libertà di circolazione, ovvero mediante una definizione che includa le limitazioni poste a garanzia di quest'ultimo diritto. Tale tesi potrebbe essere generalizzata a tutti i diritti fondamentali inclusi in un sistema normativo siffatto: poiché a)-gli obblighi connessi a ciascuno dei diritti fondamentali sarebbero soltanto obblighi compatibili con gli obblighi connessi all'insieme di tutti gli altri diritti fondamentali, ne seguirebbe che b)-solo dall'insieme di tutti i diritti fondamentali potrebbero essere dedotte tutte *le conseguenze normative di ciascun diritto fondamentale* e quindi l'insieme delle conseguenze del sistema

Agli obblighi generati dal sistema saranno ovviamente associati divieti (divieti di omissione agli obblighi di commissione e divieti di commissione agli obblighi di omissione) e permessi. Questi ultimi consisteranno in *facoltà* se generati dalla regola di chiusura per cui

²⁷⁷ E di disattendere una delle richieste fondamentali poste da Ferrajoli ad una teoria del diritto: che possa rendere conto delle implicazioni *logiche* tra norme. Si veda Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari 2016, pp.144-178.

tutto ciò che non è vietato è permesso, in permessi di compiere ciò che è anche obbligatorio compiere se generati dall'assioma del permesso e in libertà protette da pretese (*claim rights*) se oggetto di specifici diritti a libertà *da* interferenze correlativi a doveri di non interferenza. Ogni linea di condotta *y* (attiva o omissiva) avrà quindi una qualificazione deontica come obbligatoria, permessa, vietata o facoltativa in relazione ai diritti fondamentali e il sistema sarà anche completo. Le linee di condotta che costituiscono non-violazioni dei diritti fondamentali, saranno, in relazione a questi ultimi, permesse, ovvero obbligatorie se saranno anche da questi richieste, facoltative se anche la linea di condotta opposta sarà facoltativa rispetto ai diritti fondamentali. Il riferimento ai diritti è necessario: linee di condotta facoltative rispetto ai diritti potrebbero essere proibite od obbligatorie in relazione ad altre parti di un codice giuridico (ma linee di condotta obbligatorie o vietate in riferimento ai diritti non potrebbero essere, rispettivamente, vietate o obbligatorie in riferimento ad altre parti del codice, pena l'incoerenza di quest'ultimo).

Questo modo di ottenere la coerenza (e la completezza) del sistema dei diritti fondamentali avrebbe tuttavia un prezzo, che diviene evidente non appena si consideri che i diritti soggettivi, e tra di essi i diritti fondamentali, sono per Ferrajoli *aspettative normative* e che la *totalità* dei doveri ad essi collegati costituisce la garanzia della loro effettività. Affermare che i doveri correlativi a un diritto possono essere determinati solo dall'intero sistema dei diritti fondamentali significa allora affermare che la garanzia dell'effettività dell'aspettativa che costituisce ogni singolo diritto fondamentale è fornita e *determinata* solo dal sistema nel suo insieme.

Così, per esempio, le garanzie del diritto alla libertà di espressione saranno tutti i doveri correlativi a tale diritto *dati* tutti gli altri diritti fondamentali. Ma tra *aspettative* e *garanzie* esiste nel sistema di Ferrajoli una identità estensionale, perché le aspettative sono aspettative degli argomenti degli obblighi che ne costituiscono le garanzie. Ne segue che anche gli argomenti delle singole aspettative che definiscono i diritti fondamentali saranno determinabili soltanto dalla totalità delle aspettative che definiscono i diritti fondamentali, e non dalle singole aspettative.

Ma che cosa esattamente, allora, definirebbe un'aspettativa? Se la prescrizione del diritto a X, per esempio del diritto di sciopero, comporta una specifica distribuzione di obblighi e di permessi (tale da escludere, per esempio, il diritto dei dipendenti pubblici di impedire la

possibilità della libera circolazione) soltanto in congiunzione con tutte le altre prescrizioni di diritti fondamentali l'aspettativa delle norme da cui conseguono questi obblighi e permessi non si identifica forse con l'*intero* sistema dei diritti fondamentali? In realtà l'aspettativa che definisce il diritto soggettivo si differenzia dalle altre per il fatto che determina positivamente obblighi e permessi connessi a quest'ultimo. Le altre aspettative, invece, determinano questi obblighi e permessi *negativamente* o nel senso che determinano la negazione di altri obblighi e permessi e dunque *limitano* le conseguenze normative del diritto, o nel senso che *non determinano* la negazione degli obblighi e dei permessi connessi all'aspettativa definiente (se la determinassero, tali obblighi e permessi non potrebbero essere connessi all'aspettativa definiente). Inoltre, obblighi e permessi connessi a qualsiasi singola aspettativa non esauriscono gli obblighi e i permessi connessi all'insieme delle aspettative dei diritti fondamentali. Vi è quindi ragione di distinguere l'aspettativa che i diritti fondamentali siano garantiti nel loro complesso, dalle aspettative che siano garantiti i singoli diritti fondamentali.

Ciò che viene a mancare, in questa interpretazione del sistema dei diritti fondamentali è la possibilità che la formulazione di un diritto, o dell'aspettativa all'oggetto di tale diritto, *implichi* logicamente l'insieme degli obblighi e dei permessi ad essa connessi. Tale implicazione, infatti, è possibile solo a partire dall'intero sistema dei diritti fondamentali (o delle aspettative che li definiscono), dal momento che da esso dipendono gli argomenti dei singoli diritti o delle singole aspettative, che coincidono con gli obblighi commissione e di omissione ad esse correlativi.

Da ciò seguono due ulteriori conseguenze, relative una ai diritti considerati *oggettivamente*, come proposizioni normative, l'altra ai diritti considerati soggettivamente, come *aspettative cognitive normative*, cioè come aspettative soggettive che certe norme e prescrizioni saranno in vigore e altre no. Dal primo punto di vista, la conseguenza della dipendenza della totalità delle conseguenze normative connesse a un diritto fondamentale da *tutti* i diritti fondamentali è che, di per sé, ad un singolo diritto fondamentale non è possibile attribuire un insieme di conseguenze normative determinate. Infatti, le possibili conseguenze dei rimanenti diritti fondamentali sarebbero conseguenze negative, che potrebbero escludere alcune delle conseguenze ipotizzabili. Per esempio, il diritto all'onore potrebbe implicare l'esclusione dall'insieme delle conseguenze normative del diritto alla libertà di espressione del diritto di insultare, di diffamare o di calunniare. Si potrebbe ritenere che la prescrizione di

un diritto comporti in virtù del significato ordinario dell'oggetto di tale diritto alcune prescrizioni normative ineliminabili dall'insieme. Per esempio, si potrebbe sostenere che laddove sia negato il diritto di criticare pubblicamente il governo in carica, il diritto alla libertà di espressione sia certamente violato. Ma, in via teorica, il sistema dei diritti fondamentali potrebbe includere diritti che comportino la negazione di *qualsiasi* conseguenza normativa di un certo specifico diritto. Per esempio, nel caso precedente, si potrebbe includere nel sistema dei diritti fondamentali un “diritto alla stabilità politica” e sostenere che da esso deriverebbe la conseguenza normativa del divieto di criticare i governi in carica. Oppure, in un sistema democratico, questa limitazione potrebbe essere richiesta in virtù di un “diritto al rispetto delle opinioni politiche espresse tramite il voto”. Sebbene a un diritto dovrebbero essere associate alcune conseguenze normative, in un sistema nel quale tutte queste conseguenze dipendessero dall'intero insieme dei diritti fondamentali, nessuna specifica prescrizione sarebbe necessariamente inclusa nell'insieme di tali conseguenze. Se quest'ultimo fosse vuoto, il diritto non avrebbe semplicemente nessun significato prescrittivo, e dunque non vi sarebbe alcuna ragione per il legislatore per includerlo in un codice, ma quali elementi sarebbero inclusi in esso e quali esclusi non potrebbe essere determinato sulla base della sola comprensione del significato ordinario dell'oggetto del diritto. Ciò perché il significato della prescrizione del diritto dipenderebbe anche dalle conseguenze normative degli altri diritti fondamentali.

Dal secondo punto di vista, si possono dare ancora due possibilità. La prima prevede che le aspettative cognitive normative possano essere considerate ben fondate solo se riferite all'intero sistema dei diritti fondamentali e a tutte le sue conseguenze. Accettando questa interpretazione, il sistema dei diritti fondamentali propriamente consisterebbe in *una sola* aspettativa cognitiva: quella di tutte le sue conseguenze normative. La seconda alternativa, consistente nell'attribuire a ogni singolo diritto fondamentale un' aspettativa cognitiva all'insieme di conseguenze normative che gli sarebbero attribuibili in riferimento al significato ordinario del suo argomento, comporta l'insorgere di antinomie tra queste aspettative, e dunque tra i diritti fondamentali. Per esempio, se si definisce l'aspettativa normativa alla libertà di espressione in base al senso ordinario di “libertà di espressione” e quella alla tutela dell'onore (posto che libertà di espressione e tutela dell' onore siano identificati come diritti fondamentali) in base al significato ordinario di “tutela dell'onore”, si

avranno aspettative conflittuali a che le offese personali siano permesse e a che siano proibite. È importante sottolineare che tale conflitto non riguarderebbe soltanto i diversi soggetti coinvolti e a diverso titolo interessati alla tutela dei diritti in questione. Uno stesso soggetto potrebbe legittimamente assumere le aspettative conflittuali, trovandosi quindi nella situazione di non poter prevedere le conseguenze normative delle sue azioni o di quelle di altri nei suoi confronti: per esempio nella situazione di non sapere se insultare un altro individuo sarebbe o meno privo di conseguenze legali per lui, oppure al contrario se sarebbe in grado di farsi valere legalmente nei confronti di qualcuno che lo insultasse. Tale conflitto sarà poi risolto da un atto di interpretazione dei due diritti che consisterà propriamente, in una ridefinizione del significato dei loro argomenti. Non vi è differenza nella descrizione di questo processo a seconda che esso sia condotto come interpretazione giudiziale o come definizione legislativa: in entrambi i casi, ammessa una pluralità di aspettative cognitive normative, fondate sul significato ordinario dei loro argomenti, esso consisterà in una ridefinizione. Una volta che il processo sia stato compiuto per tutti i diritti fondamentali, poi, il risultato sarà estensivamente identico a quello di un sistema di aspettative fondato sulla totalità del sistema normativo: un insieme di obblighi, permessi e divieti dipendenti dall'insieme delle proposizioni normative positivamente presenti nel codice dei diritti fondamentali, vale a dire dagli enunciati dei diritti e dalle loro garanzie: come ricordato più sopra sono infatti le garanzie dei diritti fondamentali che, nel sistema di Ferrajoli, ne specificano positivamente le conseguenze normative.

Da questo resoconto di come queste garanzie verrebbero specificate segue però che esse non potrebbero essere considerate implicazioni deontiche dei diritti fondamentali e il venir meno della specificità dei diritti soggettivi rispetto all'insieme delle prescrizioni dell'intero sistema normativo. Se a nessun diritto fondamentale può essere collegata l'aspettativa di un insieme determinato di conseguenze normative (né cognitiva né meramente deontica, visto che è impossibile derivare per implicazione queste conseguenze dalla prescrizione del diritto), la nozione di diritti soggettivi definiti come aspettative perde di ogni utilità esplicativa: non è infatti il diritto a implicare certe conseguenze deontiche, ma sono queste "conseguenze", che più correttamente dovrebbero essere definite semplicemente *qualificazioni* deontiche, a definire il significato del diritto. Né un diritto può di per sé essere definito un'aspettativa nel senso cognitivo di una conoscenza logicamente necessaria di quali norme saranno in vigore e quali no, e di quali obblighi e permessi saranno assegnati. Una tale

conoscenza infatti può derivare solo dall'intero sistema dei diritti fondamentali e delle loro garanzie. La funzione dell'enunciazione del diritto nel codice non può dunque essere quella di attribuire a un soggetto la pretesa legale a che certe conseguenze normative (le garanzie) vengano anch'esse enunciate, ma piuttosto quella espressiva di raggruppare, sintetizzare e comunicare in una forma più breve una certa sotto-classe dell'insieme delle attribuzioni deontiche del codice.

In altri termini, ciò che viene meno è precisamente il valore teorico del postulato P3 :
 $(x)((\exists y')Aspy'x \equiv (\exists y'')(MODy''x \wedge \neg PER \perp x))$ ²⁷⁸, per il quale “se di qualcosa esiste l’aspettativa della commissione, allora esiste anche una corrispondente modalità in forza della quale non ne è permessa l’omissione” Vale a dire che un’aspettativa di una commissione implicherà sempre il divieto della correlativa omissione e un’aspettativa di commissione implicherà sempre il divieto della corrispondente omissione. Tale postulato nel sistema di Ferrajoli “enuncia la correlazione biunivoca che sempre sussiste tra aspettative e modalità deontiche del medesimo argomento in capo a soggetti diversi”. Questo postulato, nota Ferrajoli *non* è una definizione di aspettativa, perché “la variabile di cui aspettativa è predicato è quantificata nel *definiendum* esistenzialmente e non compare in quello che dovrebbe essere il *definiens*, il quale quindi non può rimpiazzare il *definiendum* in tutte le sue occorrenze”.²⁷⁹ Vi possono infatti essere modalità che non corrispondono ad aspettative. Se però le modalità corrispondenti alle aspettative fossero definite dall’intero sistema dei diritti fondamentali, non vi sarebbe motivo per introdurre un termine primitivo ulteriore rispetto alle modalità. Alle “aspettative” non corrisponderebbe propriamente che una sotto-classe delle modalità, precisamente, la sottoclasse delle modalità attive riferite a soggetti che ne costituirebbero i referenti passivi, (obblighi, di commissione o di omissione, dovuti a *qualcuno*). Ma anche questa distinzione sarebbe priva di valore informativo, dal momento che l'essere in vigore di questi obblighi non dipenderebbe che dal loro essere positivamente prescritti dal codice e in alcun modo dai soggetti ai quali sarebbero riferiti. L'obbligo di una prestazione o di un'omissione nei confronti di un individuo dotato dello status di soggetto, in questo senso non sarebbe diverso da un obbligo di commissione o omissione nei confronti di un ente cui fosse per contro attribuito lo status di oggetto: l'obbligo dell'assistenza sanitaria, per esempio, non sarebbe diverso da un obbligo di manutenzione delle strade, nel senso che

²⁷⁸ Cioè per ogni x esiste y^i tale che y^i è aspettativa di x se e solo se esiste y^{ii} tale che y^{ii} è modalità di x e l’omissione di x non è permessa

²⁷⁹ Ivi, p.146, nota 9.

la relazione tra il titolare dell'obbligo e l' X cui esso farebbe riferimento sarebbe la stessa nei due casi. Con ciò verrebbe meno, quindi, la possibilità di distinguere, attraverso la loro definizione come aspettative, i diritti soggettivi dagli obblighi oggettivi ad essi correlati. Questa possibilità ritiene, nel sistema di Ferrajoli, un ruolo centrale. Esplicitamente, Ferrajoli ravvisa in essa la chiarificazione delle ambiguità legate alla nozione di diritto soggettivo. In base al terzo postulato scrive

Sarà possibile definire da un lato le diverse figure di situazioni giuridiche passive, come i diritti soggettivi, le responsabilità e l'annullabilità e, dall'altro, le garanzie ad esse offerte dai rapporti giuridici che i loro titolari intrattengono con altri soggetti titolari delle corrispondenti situazioni attive di obbligo e divieto.²⁸⁰

Si può ritenere che implicitamente essa costituisca una risposta alla tesi propria della *Will Theory* per la quale un soggetto non può essere il titolare di un diritto se non può esercitare il controllo su di esso decidendo di farlo valere o di rinunciarvi. Se colui che pure ha l'interesse all'argomento di un certo diritto mancasse di questo potere giuridico, sarebbe *qualcun' altro*, e precisamente chi può negarli tale potere, il vero titolare del diritto. Dal momento che per Ferrajoli i diritti fondamentali, che si trovano al vertice della gerarchia dei diritti, sono strutturalmente indisponibili e inalienabili, questa tesi è per lui chiaramente inaccettabile. Per contro, la definizione dei diritti mediante la nozione di aspettativa svolge precisamente la funzione di riferirli ai soggetti titolari degli *interessi* ai quali a loro volta le aspettative che definiscono i diritti-pretesa si riferiscono (essendo un diritto un'aspettativa di una prestazione, cioè di un "atto la cui commissione sia oggetto di interesse" o di una non lesione, cioè dell'omissione di un atto la cui "omissione sia oggetto di interesse").

Un'altra possibilità, che merita di essere menzionata, è che l'aspettativa normativa cognitiva venga intesa non come aspettativa di conseguenze normative certe, ma probabili. Una tale interpretazione potrebbe trovare giustificazione nel collegamento istituito da Ferrajoli tra l'aspettativa che definisce un diritto soggettivo e l'*interesse* di un soggetto al suo argomento. Come ricordato più sopra, un diritto soggettivo è per Ferrajoli un'aspettativa positiva di ciò di cui esiste un interesse alla commissione o un'aspettativa negativa di ciò di cui esiste un interesse all'omissione. Se la prescrizione di un diritto venisse considerata come la prescrizione della tutela di un interesse, quest'ultima potrebbe non essere intesa come una tutela certa, ma condizionale alla necessità di tutelare interessi concorrenti. In un tale

²⁸⁰ Ivi, p.97.

contesto la relazione tra i diritti e le loro garanzie non sarebbe di implicazione, ma di *conferma normativa*, nel senso che l'iscrizione di un diritto in un codice giuridico renderebbe normativamente *più probabile* l'inserimento delle correlative garanzie.²⁸¹ Tale probabilità sarebbe soggetta a incrementi o a diminuzioni con il variare degli altri interessi tutelati da diritti. In un tale sistema, le aspettative normative cognitive soggettive di ogni singolo individuo potrebbero essere *coerenti*, posto che venissero da lui assegnate rispettando gli assiomi del calcolo della probabilità.²⁸² La possibilità che le aspettative normative siano coerenti anche intersoggettivamente, altrimenti che per un caso fortunato (in cui tutti assegnano aspettative complementari alle garanzie di diritti conflittuali), dipende dalla risposta al problema della possibilità di assegnare probabilità oggettive. Se ciò fosse possibile, anche le aspettative delle garanzie dei diritti potrebbero essere *inferite induttivamente* e dunque il loro grado di probabilità *dovrebbe* essere valutato in modo eguale dai diversi soggetti.

In ogni caso, in un simile sistema i diritti non sarebbero altro che tutele revocabili di interessi e sarebbero soggetti al calcolo dell'utilità, o più in generale del bilanciamento di interessi, attesi dalle diverse possibili distribuzioni degli obblighi e dei permessi ad esso collegati. Non è chiaro in che cosa un tale sistema si differenzerebbe da un sistema welfaristico privo di riferimenti ai diritti, né se sarebbe vantaggioso e normativamente giustificabile, nel suo disegno istituzionale, selezionare alcuni interessi come "diritti", limitando il calcolo a questo insieme ristretto, e non sarebbe invece più opportuno prendere costantemente in considerazione il maggior numero possibile di interessi, preferenze ed istanze via via emergenti dalla società.

In conclusione, la supposizione che un sistema di diritti fondamentali del tipo di quelli previsti da Ferrajoli debba essere inteso come inclusivo di tutte le conseguenze normative connesse a tali diritti porta a due possibilità alternative, ovvero o a considerare questo sistema come non esente dal possibile insorgere di antinomie, o a eliminare il nesso *implicativo* tra diritti soggettivi e le qualificazioni deontiche che nel sistema di Ferrajoli sono le garanzie primarie. Tale nesso implicativo può essere sostituito in teoria con un nesso inferenziale di tipo induttivo, ma il sistema così ottenuto determina le implicazioni normative

²⁸¹ È questa la proposta di Bolanõs, vedi Bernardo Bolanõs Guerra, *La estructura de las expectativas jurídicas*, cit. Per le nozioni di inferenza induttiva e conferma si veda Rudolf Carnap, *Logical Foundations of Probability*, The University of Chicago Press, Routledge, Chicago-London 1950, pp.192-202, pp. 19-23.

²⁸² Sulla coerenza logica delle assegnazioni di probabilità si veda Ian Hacking, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 58-65, 163-169.

dei diritti in base a un calcolo del migliore bilanciamento atteso tra interessi contrastanti (sia pure inclusi in una lista più ristretta rispetto agli di fatto interessi presenti nella società), nel quale i diritti stessi non possono svolgere una funzione discriminante di *ultima istanza*.

4.2.1.3 -I diritti singolari e le antinomie

L'insorgere di antinomie in un sistema di diritti fondamentali intesi come implicanti le conseguenze normative ad essi connesse, appare poi dipendere dal legame tra le norme universali che attribuiscono i diritti fondamentali e i diritti singolari che ne conseguono. Riguardando prestazioni (o omissioni) e beni spazio-temporalmente situati (o meglio la fornitura di questi beni o l'astensione dall'azione su di essi: quindi sempre azioni od omissioni), i diritti singolari possono non essere componibili, sia se collegati a un medesimo diritto fondamentale, sia se collegati a diritti fondamentali diversi. Se X e Y hanno entrambi, in virtù del loro diritto universale alla salute, diritto a una certa risorsa scarsa (quale un certo quantitativo di medicine, un posto letto in un ospedale, le presentazioni di medici e infermieri) non sufficiente per entrambi, l'obbligo di fornire tale risorsa a X sarà in conflitto con l'obbligo di fornirla a Y. In generale si deve osservare che nel sistema di Ferrajoli le *garanzie primarie*, che imputano a individui determinati obblighi la cui osservanza è necessaria alla soddisfazione dei diritti, saranno, dal momento che questi obblighi riguarderanno necessariamente azioni da compiere o da omettere nello spazio e nel tempo, o beni fisici da fornire, precisamente la connessione tra i diritti universali e i diritti singolari.

Diritti universali *ipotetici* sono connessi a diritti (e quindi a obblighi) singolari condizionali al verificarsi dalle condizioni indicate dalle ipotesi incluse (esplicitamente o implicitamente) nelle norme che prescrivono i primi. Tali condizioni sono circostanze fattuali, affermando la verità delle quali si possono implicare, in virtù delle norme universali, obblighi incompatibili pur non incorrendo in nessuna contraddizione. Se il diritto alla salute di X e quello di Y implicano, qualora si ammalino, che sia loro resa disponibile la risorsa Z, non sufficiente per entrambi, e si verificano contemporaneamente le circostanze della malattia di X e di quella di Y, si avrà un'incompatibilità tra l'obbligo di fornire Z a X a garanzia del suo diritto alla salute e quello di fornirla a Y, sempre a garanzia del suo diritto alla salute.

Diritti universali categorici, formulati come validi in ogni circostanza, per esempio come pretese valide *erga omnes* alla non interferenza o alla non lesione, d'altro canto implicheranno anch'essi diritti singolari. Il diritto alla libertà di parola per esempio, comporterà diritti singolari a esprimere la propria opinione senza interferenze, e senza subirne in seguito conseguenze legalmente obbligatorie (per esempio carcere o pene pecuniarie) in una molteplicità di circostanze e di luoghi. Il diritto all'onore, per contro, comporterà diritti-pretese singolari per i quali certi specifici discorsi, in circostanze e luoghi determinati, dovranno essere ritenuti non permessi. Dal momento che tali discorsi saranno proibiti dal diritto all'onore indipendentemente da ogni circostanza ulteriore, in questo caso il conflitto sarà direttamente tra gli stessi diritti universali alla libertà di espressione e all'onore. Mentre nel caso del diritto alla salute sarà sempre logicamente possibile che tutti gli obblighi da esso implicati vengano soddisfatti, e lo stesso varrà per diritti eterogenei come il diritto alla salute e quello all'istruzione, tra i quali pure possibili conflitti insorgeranno solo in seguito al verificarsi di circostanze quali la scarsità di risorse e la concomitanza di giustificate pretese a tali risorse, basate su quei diritti, un conflitto di diritti categorici conflittuali dipendente soltanto dalla decisione di *qualcuno* di esercitare in una certa modalità uno dei diritti sarà possibile in ogni circostanza. Per esempio, dalla decisione di Y di esercitare il diritto alla libertà di espressione insultando X seguirà necessariamente un conflitto tra il diritto alla libertà di espressione di Y e il diritto alla libertà di espressione di X. In altri termini, in casi simili la possibilità di antinomie riguarderà sempre anche *types* di azioni o omissioni e di pretese alle corrispondenti omissioni o azioni (ad esempio, l'azione di ingiuriare e la pretesa di non essere ingiuriati, l'omissione dell'azione di fornire un'istruzione e la pretesa a riceverla), mentre nei casi affini alle antinomie relative al diritto alla salute o a quelle relative al conflitto tra diritto di sciopero e diritto alla libertà di circolazione, tale possibilità riguarderà *solo* i *token* di azioni, omissioni o di beni fisici che costituiranno gli argomenti di questi diritti: le azioni di curare un individuo e anche un altro, o l'azione di scioperare compiuta da un individuo e quella di circolare in un territorio compiuta da un altro individuo sono infatti tipi di azioni di per sé compostibili, che possono entrare in conflitto solo in circostanze determinate. In entrambe le categorie di possibili antinomie, tuttavia, vi sarà sia un riferimento ai diritti singolari, sia un riferimento ai correlativi diritti universali. Il conflitto tra libertà di espressione e tutela dell'onore riguarderà anche diritti singolari a pronunciare o a scrivere o a stampare certe parole in tempi e spazi determinati, riguardo a

specifici individui che rivendicheranno a loro volta diritti singolari a risarcimenti, o al ritiro dal commercio di certi libri o giornali, o a che specifici individui vengano sanzionati per averli ingiuriati. Così ogni conflitto tra diritti universali implicanti tipi di azioni o omissioni o usi di risorse incompatibili comporterà conflitti tra diritti singolari implicanti azioni, omissioni o (usi di) risorse spazio-temporalmente situati. Il conflitto tra diritti singolari di differenti individui a risorse mediche scarse, implicherà un conflitto interno tra il diritto ipotetico universale alla salute attribuito a ciascuno di questi individui e lo stesso diritto attribuito a tutti gli altri. Il conflitto tra il diritto singolare di scioperare in un tempo e in un luogo determinati, bloccando specifiche operazioni e il diritto singolare alla mobilità in un tempo e in un luogo determinati determinerà un corrispondente conflitto tra il diritto universale ipotetico allo sciopero e il diritto universale ipotetico alla mobilità. In generale ogni conflitto tra diritti singolari implicati da diritti universali comporterà un conflitto tra i corrispettivi diritti universali o, nel caso sia soltanto un diritto universale ad implicare i diritti singolari un conflitto interno a questo diritto. Ciò proprio in virtù della relazione di implicazione. Infatti, un conflitto tra diritti singolari non composibili significherà che, dati gli obblighi a due linee di condotta (azioni o omissioni) a e b , implicati da due diritti singolari, si avrà $\neg M(a \wedge b)$, ovvero $\neg a \vee \neg b$, in violazione di $O(a)$ o di $O(b)$, ma essendo tali obblighi implicati da diritti singolari a loro volta implicati da diritti universali, si avrà un conflitto tra obblighi ultimamente implicati da diritti universali.

Un sistema di diritti universali collegati ad obblighi a *tipi* di azioni o di omissioni composibili è possibile, e un sistema inclusivo di diritti sociali potrebbe essere di questo tipo. Non esiste per esempio un conflitto tra i tipi di azione prescritti dal diritto alla salute e quelli prescritti dal diritto all'istruzione. E soltanto al livello dei diritti singolari implicati dai diritti universali e relativi a risorse scarse situate nel mondo fisico e nel tempo che un conflitto tra diritti a prestazioni o a risorse tenderebbe ad emergere, almeno, appunto, in condizioni di scarsità. Tuttavia, la non implicazione di obblighi singolari relativi ai *token* di azioni renderebbe anche l'ottemperanza degli obblighi relativi ai tipi di azioni priva di garanzie.

4.2.2 – La completezza del sistema di diritti fondamentali

Come anticipato nel precedente paragrafo, vi è un'interpretazione possibile del sistema

dei diritti fondamentali per la quale esso può risultare coerente, ma è incompleto. In base ad essa ai diritti fondamentali non corrispondono in un tempo t tutte le conseguenze normative che ne potranno essere ricavate o giustificate in tempi successivi.

Nel sistema dei *Principia Iuris* un assioma di completezza deontica, congiunto con la definizione di diritto fornita da Ferrajoli, implica la completezza del sistema dei diritti fondamentali.

Il postulato P2 dei *Principia Iuris* stabilisce infatti che:

Ogni comportamento suppone una qualche modalità deontica della quale è argomento
 $(x)(COMx \rightarrow (\exists y)MODyx)^{283}$

Un diritto soggettivo è nel sistema di Ferrajoli un'aspettativa di commissione o di omissione, alla quale corrisponde l'obbligo o il divieto di un comportamento. Il comportamento o i comportamenti di cui un diritto soggettivo è aspettativa sono dunque sempre qualificati deonticamente.

Ciò non significa che di fatto un sistema normativo non possa manifestare lacune normative positive, cioè mancare di norme che prescrivano o proibiscano i comportamenti che in accordo con i diritti fondamentali dovrebbero essere prescritti o proibiti. Tali norme costituiscono nel sistema di Ferrajoli le garanzie primarie dei diritti, e alla loro mancanza può comunque essere posto rimedio riferendosi alle conseguenze logiche delle norme esistenti o con altre procedure, come il ricorso all'analogia giuridica o ai principi. Di seguito (paragrafo 4.2.2.1) analizzerò anzitutto l'incompletezza deontica determinata dalla volontà di evitare che un conflitto tra diritti produca un'antinomia.

In seguito (paragrafo 4.2.2.2) sosterrò l'inapplicabilità a questo tipo di lacune dei rimedi previsti dai *Principia Iuris* per le lacune da essi ammessi. Evidenzierò poi (paragrafo 4.2.2.3) come le lacune deontiche comportino l'impossibilità di aspettative giustificate circa comportamenti rilevanti in relazione ai diritti fondamentali. Infine (paragrafo 4.2.2.4) presenterò una terza alternativa possibile all'incoerenza o all'incompletezza prodotte dai conflitti tra diritti, ovvero l'indipendenza logica tra diversi sistemi di diritti fondamentali in diversi momenti temporali.

²⁸³ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol. 1, 2007, cit. p. 144, dove COM si legge "comportamento" e MOD "modalità" e ogni espressione del tipo ABCx si legge "x è un ABC" e ogni espressione del tipo ABCxy si legge "x è un ABC di y".

4.2.2.1 -Incompletezza deontica

La richiesta che l'insieme delle conseguenze deontiche del sistema dei diritti fondamentali sia completo equivale alla richiesta che sia completo l'insieme delle conseguenze deontiche di ogni diritto fondamentale preso singolarmente. Tali conseguenze deontiche riguarderanno tipi di comportamenti *rilevanti* in relazione al diritto fondamentale.

Possiamo considerare un comportamento *rilevante* in relazione a un diritto fondamentale così com'è definito nella teoria di Ferrajoli un comportamento correlato all'interesse che il diritto è inteso tutelare. Del comportamento di cui un diritto soggettivo è aspettativa esiste infatti sempre per la teoria Ferrajoli un interesse soggettivo alla commissione o all'omissione²⁸⁴. Così la "prestazione di cure mediche" sarà riconoscibile come un comportamento rilevante in relazione al diritto alla salute per il fatto che dell'interesse soggettivo alla salute fa parte l'interesse a ricevere cure mediche qualora se ne abbia la necessità. Per questo, a meno che l'interesse tutelato dal diritto alla salute non sia ridefinito, l'aspettativa che definisce il diritto alla salute sarà anche un'aspettativa della commissione dell'azione "fornire cure mediche necessarie" o, in modo equivalente, le garanzie primarie del diritto alla salute includeranno l'obbligo di fornire cure mediche necessarie. Oppure: l'atto di insultare pubblicamente qualcuno sarà rilevante in relazione al diritto all'onore, perché dell'interesse soggettivo all'onore fa parte l'interesse a non essere pubblicamente insultati, per cui l'aspettativa alla tutela dell'onore comporterà, a meno di una ridefinizione, l'aspettativa dell'obbligo di omissione dell'azione "insultare pubblicamente".

Queste qualificazioni dei comportamenti rilevanti fanno appello al significato ordinario dei termini impiegati per designare gli oggetti dei diritti, quali "salute" e "onore". Una ridefinizione legale positiva delle aspettative alla salute o all'onore potrebbe escludere come loro oggetto il ricevere cure mediche necessarie o il non essere insultati pubblicamente. In assenza di una tale ridefinizione esplicita, tuttavia, appare plausibile il riferimento a un significato ordinario. In ogni caso, l'attribuzione di *un significato* ai termini impiegati in una norma che assegni un diritto è necessaria, sia per fornire un contenuto cognitivo soggettivo, e al tempo stesso pubblicamente condiviso, all'aspettativa costitutiva di tale diritto, sia per permettere qualsiasi inferenza o argomentazione (per esempio, in sede giudiziale) dalla norma alle sue conseguenze normative, cioè alla qualificazione deontica di comportamenti in conseguenza della norma stessa.

²⁸⁴ Ivi, p. 641.

Si deve anche osservare che la possibilità di qualificare certi comportamenti come rilevanti in relazione a un diritto non comporta necessariamente l'adozione di una definizione di diritto soggettivo che si riferisca ultimamente agli interessi da esso tutelati. Un diritto potrebbe essere infatti definito come un ambito di scelta, attribuito a un individuo, circa comportamenti altrui senza che la possibilità di indicare i comportamenti rilevanti in relazione al diritto sulla base del significato del suo oggetto venga meno. Se il diritto all'inviolabilità del domicilio fosse definito come il diritto di un individuo di proibire (o consentire) ad altri l'ingresso nel proprio domicilio, per esempio, l'effrazione di un appartamento sarebbe chiaramente riconoscibile come comportamento rilevante in base al diritto.

La qualificazione deontica di un comportamento lo collocherà nell'insieme dei comportamenti obbligatori, in quello dei comportamenti proibiti o in quello dei comportamenti leciti, ovvero permessi ma non obbligatori. Nel sistema di Ferrajoli i comportamenti regolati dalla norma prescrittiva di un diritto dovrebbero essere qualificati come obbligatori o come vietati, in quanto correlativi ad un'aspettativa di commissione o di omissione.

Comportamenti rilevanti in relazione a un diritto potrebbero tuttavia essere qualificati come leciti non come conseguenza della norma che assegna tale diritto, ma di un'altra, per esempio dalla norma di chiusura "tutto ciò che non è proibito è permesso" (in base alla quale sia la commissione che l'omissione di un comportamento saranno lecite se non saranno proibite). L'ipotesi che un conflitto tra diritti, uno dei quali richiederebbe di permettere un comportamento e l'altro di proibirlo, produca una lacuna deontica richiede l'esclusione di questa possibilità. Una regola di chiusura del tipo "tutto ciò che non è proibito è permesso" produrrebbe per altro soluzioni sistematicamente permissive in caso di lacune connesse a conflitti tra diritti: ogni sciopero e ogni espressione di pensiero, per esempio, sarebbero permessi. Anche ammettendo una soluzione di questo tipo comunque, resterebbe la possibilità di lacune prodotte da altri tipi di conflitti, ovvero tra obblighi o tra divieti o tra permessi non compossibili.

Al caso dei conflitti tra differenti diritti si deve poi aggiungere quello dei conflitti interni a uno stesso diritto, cioè tra differenti applicazioni di uno stesso diritto. Il diritto alla salute potrebbe per esempio comportare obblighi conflittuali relativi all'assegnazione di risorse scarse per garantire cure mediche. In generale, l'assegnazione di risorse scarse può produrre

conflitti non solo tra diritti conflittuali, soddisfacibili in certi casi solo impiegando tali risorse, ma interni a qualunque diritto che ne richieda l'impiego. L'atto di impiegare risorse per ottemperare agli obblighi correlativi a un diritto è evidentemente sempre un atto rilevante in relazione a tale diritto, e pertanto un conflitto relativo a tale atto produrrà sempre un'antinomia o una lacuna deontica.

Accanto agli atti di per sé rilevanti in relazione a un diritto vi sono comportamenti rilevanti in relazione a un diritto in certe circostanze fattuali, che possono a loro volta essere definite circostanze *rilevanti*. Per esempio, atti che comportino un possibile danno per la salute sono rilevanti in relazione al diritto alla salute in ogni circostanza, nel senso che in ogni circostanza saranno soggetti ad essere qualificati deonticamente in relazione a tale diritto (eventualmente, un rischio minimo giustificherà una qualificazione di tali atti come leciti). Ciò non significa che norme positive debbano qualificare ogni atto che potenzialmente arrechi un danno alla salute, ma che in sede giudiziale, porre in questione la liceità di un atto che comporti un possibile danno alla salute sulla base del diritto ad essa sarebbe ovviamente pertinente. Supponiamo invece che esista una cura medica illimitatamente disponibile e tale da non provocare danni alla salute se somministrata a persone sane. L'azione di fornire una tale cura medica sarebbe rilevante in relazione al diritto alla salute solo in modo condizionale al verificarsi di una circostanza fattuale: una malattia che renda la cura necessaria. D'altro canto, la circostanza fattuali della pericolosità della cura per le persone sane, così come quella della sua disponibilità limitata la renderebbero rilevante indipendentemente dalla presenza di una malattia. La prima perché ne farebbe non solo una cura medica, ma al contempo un atto potenzialmente dannoso per la salute, la seconda perché farebbe sì che fornirla a individui sani riducesse al contempo le risorse disponibili per i malati.

Il caso di un conflitto tra diritti si presenterà relativamente alla qualificazione deontica di un comportamento rilevante per entrambi i diritti in conflitto. Ciò potrà dipendere dal solo comportamento, e dunque valere in tutte le circostanze, oppure dal verificarsi circostanze rilevanti. Per esempio, l'atto di insultare qualcuno sarà rilevante sia per il diritto alla libertà di espressione sia per il diritto all'onore. La partecipazione a uno sciopero sarà rilevante sia per il diritto di sciopero che per il diritto alla salute solo nella circostanza fattuale in cui partecipare a un sciopero comporti l'impossibilità per alcuni di ricevere cure mediche. Il caso più generale è comunque quello di un comportamento rilevante per diritti in conflitto in

almeno una circostanza rilevante. La rilevanza di tale circostanza dipenderà, nel caso di un conflitto tra diritti, dall'essere un possibile caso di applicazione di uno dei diritti in conflitto. Egualmente condizionato al verificarsi di specifiche circostanze fattuali è l'insorgere di un conflitto tra diverse applicazioni di uno stesso diritto, come, in riferimento al diritto alla salute, il caso in cui si debba scegliere se destinare le risorse disponibili alla cura di una certa malattia a preferenza di un'altra, o di certi individui a preferenza di altri, senza che sia possibile fare entrambe le cose.

La rilevanza delle circostanze non è però condizionata all'effettivo verificarsi di situazioni conflittuali. Essa dipende solo dalla *possibilità* di situazioni che richiedano il contemporaneo soddisfacimento di obblighi incompatibili correlativi a diritti inclusi nell'insieme dei diritti fondamentali (a più diritti o anche a un solo diritto). Se un diritto fondamentale è presente in tale insieme al *tempo t* e se la qualificazione deontica di un comportamento in una circostanza C è da esso richiesta, la circostanza C è rilevante al *tempo t* anche se di fatto si verificherà solo al *tempo t+x*, o anche se non si verificherà mai.

In generale, la necessità di regolare conflitti tra diritti insorgerà in riferimento ad un caso singolo, al verificarsi del quale sarà richiesta una decisione giudiziale o legislativa, la quale farà tuttavia riferimento a una classe di casi rilevanti inclusiva del caso singolo. La qualificazione deontica del comportamento rilevante al *tempo t+x* sarà pertanto estesa a tutti i casi, reali o ipotetici, di questa classe.

Si può allora affermare che un sistema di diritti fondamentali è deonticamente incompleto se in esso:

i) esiste almeno una qualificazione deontica di un comportamento c relativamente a una circostanza rilevante C che consegue da un diritto fondamentale DFO a un tempo $t+x$, ma non consegue da nessun diritto fondamentale in un tempo precedente t.

Da i) segue che:

ii) DFO non implica la qualificazione deontica di c nella circostanza C al *tempo t+x*.

Se DFO implicasse logicamente la qualificazione di c nella circostanza C, non la implicherebbe soltanto al *tempo t+x*, ma anche al *tempo t*, e ciò anche qualora C si verificasse al *tempo t+x* e non al *tempo t*. Ciò varrebbe anche se DFO non implicasse una certa qualificazione deontica di c se non in congiunzione con l'affermazione di C, se cioè

quest'ultimo fosse il solo caso in cui c fosse qualificato deonticamente in un certo modo. Supponiamo per esempio che in conseguenza dell'effettivo verificarsi di uno sciopero una decisione, giudiziaria o legislativa, stabilisca che tra le conseguenze del diritto alla salute vi sia la proibizione di scioperi *nel caso in cui* essi privassero alcuni individui di cure mediche essenziali. Se la condizione richiesta da i) fosse verificata, questa qualificazione deontica non sarebbe tra le conseguenze del diritto alla salute *prima* di tale decisione. Pertanto, la proibizione dello sciopero nel caso in cui esso impedisca cure mediche essenziali non potrebbe essere un'implicazione logica del diritto alla salute, che come tale dovrebbe valere in qualsiasi momento.

Inoltre, la proposizione i) stabilisce che la qualificazione deontica di c nella circostanza C non è una conseguenza normativa di nessun diritto fondamentale diverso da df al *tempo* t : se lo fosse il sistema sarebbe completo (e in caso di conflitto con conseguenze deontiche di altri diritti fondamentali, incoerente). La congiunzione di i) con l'assunto che il sistema dei diritti fondamentali sia coerente e rimanga nomodinamicamente tale (cioè lo sia al *tempo* $t+x$ come al *tempo* t) comporta inoltre che

iii) nessuna norma inclusa nel sistema dei diritti fondamentali ha tra le sue conseguenze al *tempo* $t+x$ una qualificazione deontica di c nella circostanza C conflittuale rispetto a quella che segue da DFO al *tempo* $t+x$.

Cioè se DFO ha tra le sue conseguenze al *tempo* $t+x$ che c nella circostanza C è permesso, nessun diritto fondamentale può avere tra le sue conseguenze al *tempo* $t+x$ la proibizione di c nel caso C , se DFO ha tra le sue conseguenze al *tempo* $t+x$ che c nella circostanza C è proibito, nessun diritto fondamentale può avere tra le sue conseguenze al *tempo* $t+x$ che c nella circostanza C è permesso.²⁸⁵ Da ciò segue anche, per applicazione di ii), che tali conseguenze conflittuali non possono essere implicate da nessun diritto fondamentale. Inoltre, la proposizione iii) stabilisce che il sistema dei diritti fondamentali non può includere al *tempo* t nessuna norma di chiusura che determini la qualificazione deontica del comportamento, stabilendo per esempio che, non essendo proibito, sarebbe

²⁸⁵ Quest'ultima condizione esclude anche che c sia contemporaneamente proibito in base a un diritto fondamentale e obbligatorio in base ad un altro diritto fondamentale, assunto che in un sistema di diritto positivo concepito in accordo con i fini di un legislatore razionale varrà l'assioma del permesso. Inoltre, dal momento che con il termine "comportamento" intendo un'azione o un'omissione, le due condizioni coprono anche il caso in cui ad essere permessa, o proibita in base a un diritto fondamentale sia l'omissione di una prestazione positiva (azione) di cui un diritto fondamentale è aspettativa. In questo caso, nessun altro diritto fondamentale può, rispettivamente, proibire tale omissione (cioè prescrivere l'azione correlativa) o permetterla (cioè non prescrivere l'azione correlativa, consentendone o prescrivendone l'omissione).

permesso in senso forte (né, al contrario, che non essendo permesso in senso forte sarebbe proibito), nel caso in cui tale qualificazione risulti in contrasto con la qualificazione di *c* al tempo $t+x$.

Il sistema di diritti fondamentali così descritto sarebbe dunque coerente in ogni momento, perché in nessun momento differenti diritti fondamentali (o diritti e norme di chiusura incluse nel sistema) avrebbero come conseguenze qualificazioni deontiche conflittuali. Inoltre in ogni momento ciascun diritto fondamentale giustificerebbe un insieme determinato di qualificazioni deontiche di determinati atti in determinati casi. Tuttavia, almeno nel caso di un diritto fondamentale, l'insieme delle aspettative ad esso connesse sarebbe incompleto al tempo t , nel senso che *in una circostanza rilevante un comportamento non sarebbe qualificato deonticamente al tempo t* . La condizione ipotizzata per un comportamento *c* nella circostanza *C* e per un diritto fondamentale DFO può essere estesa a più comportamenti in più circostanze relativamente a uno stesso diritto e a più diritti fondamentali. Tutte le antinomie imputabili al sistema dei diritti fondamentali se lo si interpreta nomostaticamente come un sistema di qualificazioni deontiche implicate *in ogni momento* dai diritti fondamentali, cessano di essere tali interpretandolo come un sistema nomodinamico nel quale almeno alcune delle conseguenze deontiche dei diritti fondamentali non sono da essi implicate e possono dunque essere assenti in un tempo t e presenti in un tempo $t+x$. Al tempo t il sistema dei diritti fondamentali è però deonticamente incompleto, in contrasto con l'assioma P2 e con l'intento teorico di ricostruire il diritto come un sistema nel quale norme di grado superiore prescrivono sia la produzione che il significato prescrittivo delle norme di grado inferiore e in particolare i diritti fondamentali implicano le loro garanzie primarie, cioè le prescrizioni degli obblighi di commissione e di omissione ad essi correlati, e secondari, cioè le prescrizioni delle sanzioni connesse all'inosservanza delle garanzie primarie. Su questi nessi logici si fondano le procedure rimediali previste nei *Principia Iuris* per le lacune ammesse dal sistema. L'assenza di questi nessi determinerà quindi l'impossibilità di ricorrere a tali procedure.

4.2.2.2 - Lacune ammesse dai *Principia Iuris*

In primo luogo, Ferrajoli ammette la possibilità di lacune normative, cioè di lacune consistenti nell'assenza di norme subordinate obbligatoriamente richieste da norme di grado

superiore, che ne predeterminerebbero anche il contenuto prescrittivo.²⁸⁶ Nei termini della definizione di Ferrajoli, tale incompletezza normativa è incompatibile con l'incompletezza deontica, in quanto quest'ultima consisterebbe in un'indeterminatezza delle conseguenze normative delle norme positive di un codice. Se in base ad esse non fosse possibile qualificare un certo comportamento come obbligatorio, proibito o lecito, nemmeno sarebbe possibile considerare obbligatoria la promulgazione delle relative norme che lo prescriverebbero, lo proibirebbero o lo dichiarerebbero lecito.

In secondo luogo, Ferrajoli ammette la possibilità di un'incompletezza derivante dalla presenza di *lacune in senso debole*, la cui risoluzione non richiede atti di produzione legislativa, ma il solo ricorso ai *principi generali dell'ordinamento giuridico o al principio di analogia*, mediante la determinazione della ragione o dell'intenzione del legislatore per la formulazione di norme esistenti, estendibili al caso controverso.²⁸⁷

Altri tipi di lacuna ammissibili nel sistema di Ferrajoli (sebbene da lui non esplicitamente trattate) sono le lacune che definirò (più avanti) *regolative*, consistenti nella mancata regolazione di comportamenti per i quali esiste un obbligo di fornire una qualificazione deontica, ma non un obbligo di fornirne una determinata.

Tutte queste lacune sono ammissibili nel sistema di Ferrajoli nel senso che esso prevede, esplicitamente o implicitamente, le modalità delle loro risoluzione. Una lacuna deontica prodotta da un conflitto tra diritti è tuttavia di un tipo differente rispetto a quelle ammesse da Ferrajoli. In particolare, si possono individuare tre caratteristiche alla base di questa differenziazione:

1) l'essere, a differenza delle lacune meramente normative una lacuna anche deontica, determinata cioè dalla mancanza di qualificazione deontica di comportamenti e non solo dall'assenza di norme positive, 2) riguardare, a differenza delle lacune regolative, comportamenti che richiedono una qualificazione deontica, 3) derivare necessariamente da un conflitto tra norme il quale, replicandosi a livello di principi o di regole di livello superiore, non consentirebbe di dedurre semplicemente da tali principi o regole il contenuto normativo delle norme che dovrebbero essere prodotte per colmare lacune "in senso debole".

Lacune normative

Non contraddizione tra norme e assenza di lacune sono per Ferrajoli *verità analitiche* se

²⁸⁶ Ivi, p. 686-688.

²⁸⁷ Ivi, p.688-689.

riferite a “*universi nomostatici* cioè sistemi deontici nei quali una norma esiste ed è valida se è deducibile da altre norme del medesimo sistema”.²⁸⁸ Diverso è il caso degli “*universi nomodinamici*, cioè di tutti i sistemi deontici di tipo positivo o artificiale ove l'esistenza di una modalità normativa, ossia di una norma, dipende dal fatto [...] che essa è posta da un'*auctoritas*”.²⁸⁹ In essi, le implicazioni logiche tra modalità e tra aspettative e corrispondenti modalità “sono tesi analitiche solo in senso metagiuridico e normativo” mentre in senso assertivo e giuridico possono risultare “empiricamente smentite e giuridicamente violate” da *antinomie*, definite *in senso ampio o debole come* “presenza di più norme di cui una permette e l'altra non permette la medesima azione o di cui una non ne permette la commissione e l'altra non ne permette l'omissione” e da *lacune*, cioè dall'assenza di norme la cui esistenza, e il cui contenuto prescrittivo, sarebbero a loro volta oggetto di una prescrizione di secondo livello da parte di norme sovraordinate.²⁹⁰

Anche il sistema dei diritti fondamentali può essere incompleto, non nel senso che non sia definito l'insieme delle conseguenze normative di ogni diritto, ma nel senso che a tali conseguenze non corrispondano prescrizioni positive da esse richieste. Una situazione di questo tipo è definita da Ferrajoli *lacuna normativa* ed è la sua presenza, secondo la terminologia dei *Principia Iuris*, a determinare l'*incompletezza* di un sistema normativo. Per Ferrajoli una lacuna non è semplicemente “qualunque mancanza di una regola cui il giudice possa richiamarsi per risolvere una determinata controversia”.²⁹¹ Per la definizione dei *Principia Iuris* invece

'Lacuna' è il vizio prodotto dall'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma mancante.

$$(w)(x) (LACwx \equiv (VIZw \perp x \wedge EFFw \perp x \wedge (\exists x) (\exists y)(IOS \perp xr \wedge DEC \perp xy \wedge NORy \wedge NPRrx \wedge OBLrx) \wedge ((\exists x')(\exists r) APL x'r \rightarrow DECxy)))$$
 ²⁹²

²⁸⁸ Ivi p. 114. Ferrajoli nota immediatamente di seguito che “il sistema nomostatico per antonomasia è evidentemente la morale”, il che è senz'altro vero se, in accordo con la definizione di sistema nomostatico fornita da Ferrajoli, si assume che le norme morali siano in vigore *se* deducibili da altre norme morali. In questo senso, è anche vero che “per quanto diversi siano i principi adottati dai diversi sistemi morali, ciascuno di essi esige l'interna coerenza”, dato che da un qualsiasi principio morale è certamente deducibile la negazione della sua negazione. Tuttavia, come ho cercato di mostrare nel primo capitolo, la coerenza di una teoria morale è compatibile con la prescrizione di obblighi conflittuali, per cui un insieme coerente di principi morali potrebbe, in certe situazioni, richiedere contemporaneamente scelte tra loro incoerenti.

²⁸⁹ Ivi, p.115.

²⁹⁰ Cfr. Ivi, 684-691.

²⁹¹ Ivi, p.685, cfr Norberto Bobbio, *Lacune del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano* cit., vol IX, 1963, p.419.

²⁹² Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., p. 686; dove LAC=lacuna VIZ= vizio, EFF= effetto, IOS = inosservanza DEC= decisione, NOR = norma, NPR = norma sulla produzione, OBL= obbligo APL= applicazione, DEC= decisione e ogni formula del tipo ABCx deve essere interpretata come X è un ABC e ogni formula della forma ABCxy deve

Le lacune così definite sono accomunate alle antinomie (anch'esse come definite nella teoria di Ferrajoli) dall'essere *violazioni di norme sulla produzione di norme*. Nel caso delle antinomie la violazione consiste nell'indebita presenza di norme in contrasto con norme sostanziali sulla loro produzione. Nel caso delle lacune la violazione consiste invece nell'indebita assenza di norme *in contrasto con norme sostanziali* che ne richiederebbero la produzione. Per "norma sostanziale sulla produzione di norme" Ferrajoli intende una norma sopraordinata che regola il contenuto prescrittivo delle norme, in opposizione alle norme "formali" sulla produzione di norme che regolano le procedure degli atti giuridici che producono altre norme.²⁹³ Nessuna norma può essere in conflitto con una norma sostanziale sulla produzione (a meno di non abrogarla) e inoltre la produzione di alcune norme, le *garanzie* delle norme sostanziali sulla produzione è prescritta da queste, I diritti fondamentali sono norme di produzione sostanziale di norme. Inoltre i diritti vitali, cioè i diritti fondamentali tutelati a livello costituzionale, sono sopraordinati a tutte le norme non costituzionali ed esercitano su di esse un controllo di legittimità relativo ai contenuti, potendo essere eventualmente invalidati, in genere, solo con le procedure qualificate proprie delle costituzioni rigide. Le violazioni delle norme sostanziali e formali sulla produzione di norme determinano, rispettivamente, l'invalidità sostanziale (relativa al loro contenuto prescrittivo) e formale (relativa alla procedura della loro produzione) delle norme. Sulla distinzione tra questi differenti tipi di invalidità si fonda poi la possibilità che si diano norme formalmente valide, perché prodotte da atti validi, e sostanzialmente invalide, perché in contrasto con le prescrizioni sostanziali di norme sopraordinate.

Essendo effetti dell'inosservanza di norme sulla produzione di norme le lacune, al pari delle antinomie, "non sono immediatamente solubili dagli interpreti" e richiedono "l'intervento di specifici atti decisionali" che, mentre nel caso delle antinomie consistono nell'"annullamento delle decisioni invalide", nel caso delle lacune consistono nell'"introduzione delle decisioni mancanti".²⁹⁴ La completezza di un sistema giuridico considerato nomodinamicamente, cioè come il prodotto di atti di produzioni di leggi, è dunque per Ferrajoli (al pari della coerenza) un *principium iuris tantum e non in iure* ovvero un principio *esterno* al diritto positivo, mentre la completezza di un sistema considerato nomostaticamente è in *principium in iure* metalinguistico, cioè non presente nel codice

essere interpretata come x è un ABC di y.

²⁹³ Ivi, p.515.

²⁹⁴ Ivi, p.689.

sebbene ne costituisca una regola ²⁹⁵. Ciò significa in primo luogo che il requisito della completezza (al pari di quello di coerenza) non è sempre soddisfatto dai sistemi giuridici positivi, perché le lacune (al pari delle antinomie) sono sempre *possibili*.²⁹⁶ In secondo luogo significa che (al pari del principio di coerenza) il requisito di completezza non è esso stesso inscritto nel diritto positivo. Entrambi i principi sono invece concepiti da Ferrajoli come requisiti *logici* dei sistemi normativi.²⁹⁷

Come le antinomie tra norme gerarchicamente ordinate sono in teoria risolvibili eliminando la norma subordinata (in teoria, perché la soluzione risulta inapplicabile nei casi in cui il contrasto è a un livello più fondamentale tra norme sopraordinate del medesimo livello, una delle quali richiede la norma subordinata in contrasto con una o con più altre norme sopraordinate), il problema delle lacune è risolvibile introducendo le norme che prescrivono gli obblighi e i divieti correlativi alle aspettative. Tali norme sarebbero, in un sistema nomodinamico, oggetto di una qualificazione deontica di secondo livello “che grava sull'interprete e/o sul legislatore come 'obbligo di obbligare' (o 'di vietare') ossia di rinvenire e, se necessario, di introdurre la modalità imperativa che forma la garanzia mancante”.²⁹⁸

L'implicazione da una norma gerarchicamente sopraordinata di certe conseguenze normative è concepita da Ferrajoli come implicazione da un fatto giuridico, l'esistenza di una norma, a un “fatto” deontico: l'esistenza di una qualificazione deontica. Tale qualificazione deontica è poi connessa alla *possibilità* del fatto ad essa corrispondente. Nel caso dell'obbligo, implicato da un diritto fondamentale, di prescrivere le sue garanzie, alla possibilità che esse siano effettivamente prescritte. Possibilità cui è per altro sempre connessa l'opposta possibilità che il fatto corrispondente alla modalità deontica non abbia luogo. Nel caso del mancato verificarsi di un atto *normativo*, si avrà una *lacuna* in senso proprio o forte. Le “lacune normative” sono dunque caratteristiche nomodinamiche di una sistema giuridico, dipendenti dal contingente verificarsi o non verificarsi di un atto legislativo. Nel caso dei diritti fondamentali, dalla contingente previsione, o non previsione delle garanzie giuridiche di tali diritti. Garanzie che possono essere primarie, consistendo in prescrizioni di obblighi di commissione o di omissione (in loro assenza si avranno allora “lacune primarie”) o secondarie consistendo nell'attribuzione di sanzioni (penalità connesse a violazioni di norme o annullamenti di atti giuridici invalidi) per azioni o omissioni illecite (in loro assenza si

²⁹⁵ Ivi, p. 173.

²⁹⁶ Ibidem, Cfr. ivi, p.452.

²⁹⁷ Ivi, p. 36.

²⁹⁸ Ivi, p.199.

avranno allora “lacune secondarie”). In ogni caso, insieme all’obbligo di produrre norme a garanzia dei diritti fondamentali, questi ultimi implicheranno anche l’obbligo di dare a queste norme un contenuto prescrittivo determinato, ovvero di qualificare come vietati o obbligatori certi comportamenti. Le lacune deontiche consisterebbero invece in caratteri nomostatici di un sistema giuridico. Nel caso specifico del sistema dei diritti fondamentali, nell’assenza di conseguenze normative dei diritti fondamentali relativamente a certe azioni rilevanti in circostanze rilevanti. Ne segue che una lacuna deontica non potrà essere anche una lacuna normativa, in quanto l’assenza di qualificazione deontica di un comportamento comporterà l’assenza anche dell’obbligo di qualificare deonticamente il comportamento. Allo stesso modo una lacuna normativa non potrà essere anche una lacuna deontica, in quanto la qualificazione deontica di un atto normativo relativo a un comportamento presuppone la qualificazione deontica del comportamento. Le lacune generate da conflitti tra diritti sarebbero deontiche, consistendo nella mancata qualificazione deontica a un *tempo t* di comportamenti in circostanze rilevanti a un *tempo t*, e pertanto non sarebbero lacune normative, né sarebbero risolvibili come queste ultime, producendo norme subordinate di cui non solo la produzione, ma lo stesso contenuto prescrittivo fossero prescritti da norme sopraordinate.

Incompletezza regolativa

È tuttavia possibile immaginare un sistema nel quale la qualificazione deontica degli atti legislativi prescinderebbe dalla qualificazione deontica dei comportamenti che ne sono oggetto. In un simile sistema sussisterebbe l’obbligo di *regolare* certi comportamenti prescrivendoli *oppure* vietandoli *oppure* consentendoli, in generale o in casi rilevanti, ma non l’obbligo specifico di prescriverli, o quello di vietarli, o quello consentirli. Chiamerò questo tipo di lacune, per distinguerle dalle lacune normative nel senso dato al termine da Ferrajoli, *lacune regolative*. Una lacuna regolativa non dipenderebbe né da una norma formale, relativa cioè alle procedure di produzione delle norme, né da una norma sostanziale, relativa cioè al loro contenuto, ma da una norma sopraordinata appartenente a una categoria distinta: quella delle norme relative all’*esistenza* (in questo caso obbligatoria, prescritta) di norme, non indicanti alcunché circa il loro contenuto. A differenza delle lacune normative, inoltre, le lacune regolative sarebbero allo stesso tempo lacune deontiche, in quanto comporterebbero l’indeterminatezza deontica dei comportamenti non regolati. Differentemente che nel caso

delle lacune deontiche derivanti da conflitti tra diritti, però, l'indeterminazione connessa alle lacune regolative non può essere considerata un'incompletezza difettiva di un sistema giuridico. Una lacuna regolativa è infatti caratterizzata dal fatto che vi si può legittimamente porre rimedio imponendo una determinata prescrizione senza che ciò implichi che un'altra prescrizione, o anche la prescrizione opposta, non sia legittimamente assumibile. Per esempio, un codice che facesse derivare l'obbligo di regolare il traffico da un diritto alla sicurezza personale potrebbe legittimamente prescrivere la guida a destra e proibire quella a sinistra, o il contrario.

Una lacuna derivante da un conflitto tra diritti non può essere considerata una lacuna regolativa in questo senso. Infatti ciascuno di due diritti configgenti, o di due applicazioni di uno stesso diritto, avrà di per sé una possibile conseguenza normativa definita (per esempio: dal diritto alla libertà di espressione si potrebbe trarre soltanto la conseguenza normativa del permesso di esprimere la propria opinione, e dal diritto all'onore si potrebbe trarre soltanto la conseguenza normativa della proibizione di esprimersi in modo da ledere l'onore di qualcuno), mentre soltanto l'interferenza reciproca determinerà, in alternativa ad un'antinomia, una situazione di indeterminatezza deontica ad un tempo t . La soppressione di una tale indeterminatezza ad un tempo $t+x$, mediante l'adozione di una certa soluzione, comporterà anche la proibizione di adottare la soluzione opposta. Per esempio, un conflitto tra il diritto alla salute e il diritto di sciopero potrebbe produrre una lacuna la cui soluzione nel senso della proibizione o del permesso di uno sciopero che potrebbe comportare l'impossibilità per alcuni di ricevere cure mediche necessarie escluderebbe la liceità della soluzione opposta. Allo stesso modo un conflitto nell'applicazione di uno stesso diritto, per esempio di quello alla salute, che riguarderebbe l'assegnazione di risorse a diverse necessità mediche o a diversi individui, darebbe luogo a una lacuna che potrebbe essere eliminata solo da una soluzione deonticamente vincolante, che escluderebbe la soluzione opposta. Ciò perché il contenuto prescrittivo di ogni soluzione di un conflitto nell'applicazione uno stesso diritto o di un conflitto tra diritti sarebbe una conseguenza normativa del diritto applicato o del diritto prevalente tra i due in competizione e sarebbe pertanto esso stesso oggetto di un obbligo di secondo livello, a differenza del contenuto prescrittivo di una regola meramente applicativa, che sarebbe arbitrariamente determinabile.

Un tipo di lacuna che potrebbe essere classificato tra le lacune regolative è quello determinato dall'assenza dell'indicazione dei titolari degli obblighi correlativi ai diritti

correlativi ai diritti. Alcuni comportamenti potrebbero essere qualificati come obbligatori, ma contemporaneamente potrebbe non essere specificata l'identità dei titolari di tali doveri. Doveri negativi immediatamente correlati a diritti fondamentali, come per esempio il dovere di non uccidere correlato al diritto fondamentale alla vita, sarebbero attribuiti universalmente, ma doveri positivi di fornire determinate prestazioni o determinati beni per *garantire* diritti fondamentali come, per esempio, il diritto alla salute, potrebbero non essere attribuiti a titolari specifici, né positivamente da apposite leggi, né logicamente in conseguenza delle norme prescriventi i diritti fondamentali. Lacune di questo tipo potrebbero essere meramente regolative perché potrebbero riguardare la specificazione di diversi modi, tutti altrettanto leciti, di applicare le garanzie primarie di un diritto, che consistono appunto in obblighi di commissione o di omissione. Dal diritto alla salute, per esempio, potrebbe conseguire l'obbligo di rendere obbligatorie certe prestazioni mediche in certi casi rilevanti. Tuttavia, da esso non conseguirebbe che l'obbligo di fornire una certa prestazione medica debba essere imputato a uno specifico individuo.

La mancata indicazione dei titolari di un obbligo correlativo a un diritto potrebbe però comportare una lacuna deontica nel caso in cui derivasse da un conflitto tra diritti. L'obbligo di fornire garanzie primarie di un diritto potrebbe anzitutto implicare l'obbligatorietà di comportamenti spazio-temporalmente situati, necessari per rendere effettive le garanzie dei diritti. Infatti, la sola prescrizione dell'obbligo di certi comportamenti senza l'implicazione di obblighi specifici in circostanze determinate, non sarebbe sufficiente a garantire che il rispetto di un diritto sia obbligatorio in tutte le circostanze rilevanti. Tale sarebbe il caso, per esempio, di un obbligo di fornire cure mediche necessarie che non implicasse in tempi e luoghi determinati obblighi di prestazioni specifiche. Tali obblighi di comportamenti spazio-temporalmente situati potrebbero a loro volta essere imputati solo a individui determinati, che abbiano la possibilità di assolverli. Supponendo che ad un altro diritto sia associabile come possibile conseguenza normativa il privilegio di astenersi da tali comportamenti accordato a tali individui, si produrrebbe un conflitto cui corrisponderebbe un'antinomia o una lacuna. Dal diritto di sciopero, per esempio, potrebbe derivare per determinati individui la conseguenza normativa del permesso al *tempo t* di astenersi dal fornire cure mediche necessarie. Il conflitto con il diritto alla salute darebbe luogo o alla compresenza, almeno per uno di questi individui, di qualificazioni deontiche incompatibili (ovvero all'obbligo di fornire cure mediche e al permesso di non fornirle) o ad una lacuna deontica, cioè alla non

qualificazione deontica dell'azione al *tempo t*.

Anche una lacuna consistente nella mancata assegnazione di obblighi a individui specifici dunque, nel caso fosse connessa a un conflitto tra diritti sarebbe una lacuna deontica e non sarebbe risolvibile come una lacuna regolativa. Infatti una sua soluzione in un senso o nell'altro implicherebbe l'illiceità della soluzione alternativa. Per esempio, imporre a un individuo di fornire cure mediche necessarie a dispetto del suo diritto di sciopero comporterebbe l'illiceità del permettergli di partecipare a uno sciopero non fornendo cure mediche necessarie e, al contrario, permettere a un individuo di partecipare a uno sciopero di questo tipo comporterebbe l'illiceità dell'obbligarlo a fornire cure mediche necessarie in tale circostanza.

Inoltre, a una lacuna consistente nella mancata assegnazione di doveri a individui determinati si aggiungerebbe presumibilmente una lacuna consistente nell'assenza di garanzie secondarie, in particolare, nell'assenza di sanzioni collegate alla mancata soddisfazione di garanzie primarie. Questo perché altri diritti (per esempio un diritto alla libertà personale) o una norma garantista del tipo *nulla poena sine lege*, precluderebbero la possibilità di attribuire sanzioni per la violazione di obblighi a individui che di tali obblighi non fossero legalmente titolari: la lacuna potrebbe cioè essere evitata soltanto in sistemi normativi privi di certi diritti fondamentali o che non proibissero sanzioni non collegate a norme positive.

Mentre in generale l'assenza di una garanzia secondaria potrebbe consistere in una lacuna normativa del tipo di quelle previste dai *Principia Iuris*, ed essere quindi rimediabile mediante una produzione legislativa il cui contenuto sarebbe almeno parzialmente predeterminato da leggi positive esistenti (dal diritto alla vita conseguirebbe per esempio che l'omicidio dovrebbe essere proibito e punito dal codice penale, anche qualora natura e dimensione della punizione non fossero predeterminati), l'assenza di garanzie secondarie sarebbe – in ogni sistema giuridico garantista – una lacuna deontica nel caso dipendesse dall'assenza di una garanzia primaria di un diritto e, a fortiori, nel caso quest'ultima lacuna fosse essa stessa deontica. Nel caso di una mancata predisposizione di una garanzia primaria dipendente da un conflitto di diritti dunque, anche l'assenza di una garanzia secondaria sarebbe una lacuna deontica: cioè a dire che in un tempo *t* non sarebbe qualificata deonticamente l'applicazione di una sanzione per un certo comportamento in un caso rilevante, mentre, se a un tempo *t+x* una sanzione fosse prevista (o esclusa) dal codice, la

soluzione opposta sarebbe qualificata come illecita. Nel caso, per esempio, del conflitto tra diritto alla salute e diritto di sciopero, se lo sciopero fosse qualificato come illecito e conseguentemente sanzionato, il non sanzionarlo sarebbe qualificato come un comportamento omissivo e perciò illecito da parte dell'autorità legislativa (che avrebbe il dovere di produrre leggi penali) o di quella giudiziaria (che avrebbe il dovere di applicarle). Per contro, se lo sciopero fosse qualificato come lecito, il sanzionarlo sarebbe un abuso di potere da parte di un'autorità legislativa che producesse leggi in tal senso o da parte dell'autorità giudiziaria che le applicasse o che semplicemente comminasse sanzioni non previste dal codice, giustificandole per esempio con il ricorso all'analogia giuridica.

Lacune in senso debole

Diverse sia dalle lacune deontiche che dalle lacune normative propriamente intese, definite da Ferrajoli *lacune in senso forte* o *stretto*, sono poi le lacune in senso *debole*, ovvero le lacune risolvibili mediante il ricorso all'*analogia* o facendo riferimento a *principi generali*, in accordo con le “norme sull'interpretazione del significato degli atti prescrittivi”.²⁹⁹ Le lacune in senso debole non comportano l'*incompletezza* di un sistema giuridico, perché non richiedono atti di produzione di leggi per essere eliminate, ma possono essere risolte in sede giudiziale.³⁰⁰

Ferrajoli fa esplicito riferimento al diritto italiano vigente per chiarire che cosa comportino il ricorso all'analogia e ai principi generali. In particolare le regole dell'analogia giuridica sono indicate dall'articolo 12 del Codice di diritto civile italiano, che, in caso di mancata regolazione di una controversia, rimanda “alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe” (*analogia legis*) e “se il caso rimane ancora dubbio” ai “principi generali dell'ordinamento dello Stato” (*analogia iuris*). L'individuazione di “casi simili” e “materie analoghe” richiederà la definizione di un criterio per distinguere le somiglianze rilevanti. Esso si appellerà alla *ratio* presunta di una norma, sulla base della quale dovrà essere possibile giustificare l'applicazione sia alle fattispecie originarie che a quelle cui verrà estesa (criterio della *eadem ratio*). Di per sé una simile procedura, nella quale da una norma si risale alle presunte ragioni che hanno spinto il legislatore a formularla e sulla base di queste si applica la prescrizione a fattispecie non contemplate nella sua formulazione

²⁹⁹ Ivi, p. 689.

³⁰⁰ Ibidem.

positiva, comporta che queste ultime conseguenze normative non siano immediatamente ricavabili dal significato prescrittivo della norma, né tanto meno siano da esso implicate. La procedura analogica non è infatti di natura deduttiva, consistendo in una *inferenza alla spiegazione migliore* delle leggi positive, laddove la spiegazione è fornita dall'*intenzione* attribuita al legislatore, sulla base della quale poi si colmano le lacune del codice.

Anche il riferimento ai “principi generali” sembra comportare che le decisioni giudiziali non siano ricavabili deduttivamente. L’applicazione di principi generali condurrà infatti plausibilmente alla selezione entro uno spettro di diverse soluzioni possibili. Nell’ordinamento giuridico italiano cui Ferrajoli fa riferimento alcune sentenze della Corte costituzionale definiscono cosa debba intendersi per “principi generali dell’ordinamento”, in particolare la 1146s-88 del 1988 che individua come principi supremi “tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” e la sentenza 6-1956, in base alla quale “si debbono considerare come principi dell’ordinamento giuridico quegli ordinamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell’ordinamento giuridico vigente”. Il riferimento ai principi giuridici rimanda quindi sia a norme costituzionali delle quali è positivamente espressa l’impossibilità di revisione, sia a norme che esprimono direttamente i *valori* etico-politici ai quali la Costituzione è ispirata e che intende promuovere, sia a norme che non sono positivamente iscritte nella Costituzione o nei codici, ma che si possono desumere dalla “intima razionalità” delle norme esistenti. Ora se, per esempio, l’impossibilità di modificare la forma repubblicana dello Stato ha conseguenze normative determinate in riferimento agli atti di alterazione di tale forma (ovvero la loro nullità) le conseguenze normative dei “valori supremi” e dei principi ricavati dall’esplicitazione delle ragioni implicite delle norme, varieranno entro lo spettro delle possibili attuazioni di quei valori, delle possibili definizioni di tali ragioni e dei diversi possibili gradi della loro soddisfazione.

Indipendentemente dai riferimenti a codici giuridici positivi, i principi possono essere variamente caratterizzati come norme dalle conseguenze normative indeterminate, tali cioè

da non prevedere univocamente una certa qualificazione deontica (obbligo, divieto o liceità) di un comportamento. Ronald Dworkin in *Taking Rights Seriously* definisce i principi come criteri (standard) normativi richiesti da “qualche dimensione della moralità” (*some dimension of morality*)³⁰¹ e li caratterizza, in opposizione alle regole, come norme applicate o disattese non in modo assoluto, ma secondo gradazioni di aderenza maggiore o minore alle loro richieste (applicati non secondo una modalità “all or nothing”, ma “less or more”)³⁰² dal momento che le loro conseguenze normative non seguono automaticamente dal verificarsi delle condizioni di applicazione previste.³⁰³ Da tale prima differenziazione ne segue un'altra: il fatto cioè che ai principi possa essere attribuita una “dimensione” estranea alle regole quella del “peso” o della “importanza” relativa che essi assumono nelle diverse circostanze della loro applicazione. Sulla presenza di tale dimensione si fonda pure la differenza tra la modalità di soluzione dei conflitti tra principi rispetto a quella dei conflitti tra regole. Mentre quando si verificano questi ultimi una delle regole incompatibili deve essere riconosciuta invalida e conseguentemente abbandonata o riformulata in modo da ammettere un'eccezione (precisamente nel caso del conflitto con l'altra regola), i conflitti tra principi possono essere risolti prendendo in considerazione il peso relativo di questi ultimi nella circostanza in cui confliggono, facendo prevalere quello cui si attribuisce, in quella specifica congiuntura, la rilevanza maggiore³⁰⁴.

Caratteristiche analoghe sono attribuite ai principi da Robert Alexy, per il quale i principi sono “optimization requirements”, norme che richiedono che certi obiettivi siano realizzati *al massimo grado possibile (to the greatest extent possible)*³⁰⁵. Sulla base di questa definizione Alexy attribuisce ai principi le medesime differenze dalle regole attribuitigli da Dworkin: la loro realizzabilità secondo una scala graduale di “più o meno” e la possibilità di risolverne i conflitti mediante la “ponderazione” della loro rilevanza relativa, per cui uno verrà, in una data circostanza, surclassato (*outweighed*) dall'altro.³⁰⁶

Nonostante la diversità tra la modalità di applicazione dei principi e quella delle regole, l'esito del ricorso ai principi, come pure quello del ricorso all'estensione analogica delle regole, consisterà però nella produzione di norme che avranno le caratteristiche delle regole e

³⁰¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p.22.

³⁰² Ivi, p. 24.

³⁰³ Ivi, p. 25

³⁰⁴ Ivi, p. 26

³⁰⁵ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1988), Oxford University Press, Oxford, 2002, p.47.

³⁰⁶ Cfr. Ivi, p. 48., per la trattazione degli argomenti di Alexy ved. Capitolo 2 del presente testo.

non dei principi. Da tali procedure si ricaveranno infatti obblighi, divieti e permessi. Obblighi e divieti saranno applicati o disattesi in modo assoluto, e ai permessi corrisponderanno obblighi di non interferenza che egualmente saranno applicati o disattesi in modo assoluto e non secondo una gradazione di più o meno. La validità di queste regole presupporrà l'assenza di qualificazioni deontiche ad esse contrarie e, d'altro canto, qualificazioni deontiche coincidenti con quelle derivanti dalle regole ne renderebbero inutile la produzione. La modalità di risoluzione delle lacune in senso debole indicherebbe dunque che, prima del riferimento ai principi o dell'estensione di una regola, i comportamenti da regolare con tali procedure *non dovrebbero essere qualificati deonticamente*.

Tale assenza di qualificazione deontica potrebbe risultare semplicemente dall'assenza in un sistema giuridico di norme che qualificano certi comportamenti in certi casi. La lacuna in senso debole sarebbe in tal caso soltanto un tipo di lacuna normativa, definito dalla sua particolare procedura rimediabile. Se invece la mancata qualificazione derivasse da un conflitto tra diritti o da un conflitto tra diverse applicazioni di uno stesso diritto la lacuna in senso debole sarebbe anche una lacuna deontica secondo la definizione del paragrafo 4.3.1, dato che a un *tempo t* i comportamenti sarebbero non qualificati deonticamente in circostanze rilevanti, e al *tempo t+x* sarebbero qualificati. Si darebbero allora tre alternative possibili:

1) Il conflitto potrebbe essere risolto facendo riferimento ad un unico principio, o ad un'unica regola, non direttamente collegati a nessuno dei diritti in conflitto. Per esempio, un contrasto tra il diritto al lavoro e il diritto alla libera iniziativa economica potrebbe essere risolto, senza far prevalere uno dei due diritti sull'altro, rifacendosi al principio dell'immodificabilità di un ordinamento costituzionale che, richiedendo la garanzia della libera iniziativa economica richiederebbe anche di garantire il diritto al lavoro *con mezzi diversi* da quello della limitazione della libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita. In tal caso vi sarebbe una lacuna deontica nel sistema dei diritti, ma non nel sistema normativo nel suo complesso, che sarebbe invece caratterizzato soltanto da una lacuna normativa in senso debole.

2) Il conflitto potrebbe essere risolto facendo riferimento ad un unico principio o ad un'unica regola e di questo principio o di questa regola entrambi i diritti in conflitto o entrambe le possibili applicazioni incompatibili di uno stesso diritto sarebbero possibili conseguenze normative, sebbene non da essi logicamente deducibili. In questo caso la qualificazione deontica finale dipenderebbe da un'interpretazione del significato del

principio o della regola, come fondativi di uno o dell'altro diritto o di una o dell'altra applicazione dello stesso diritto. Vi sarebbero dunque almeno due differenti possibili significati del principio o della regola e il conflitto tra diritti sarebbe collegato a una lacuna deontica risolvibile soltanto da un atto di scelta di uno tra questi significati.

3) Il conflitto potrebbe essere risolto facendo riferimento a differenti principi o regole, ognuno dei quali sarebbe il fondamento di uno dei diritti contrastanti o di una delle contrastanti applicazioni di uno stesso diritto. In questo caso, il conflitto tra diritti verrebbe trasferito al livello dei principi o delle regole di livello superiore, perché dal principio connesso a un diritto deriverebbero le conseguenze deontiche connesse a tale diritto, per cui le conseguenze deontiche confliggenti connesse a due diritti sarebbero le medesime conseguenze deontiche di due principi o di due regole fondative dei diritti. Soltanto la ponderazione della rilevanza relativa dei principi o al ridefinizione del significato delle regole permetterebbe quindi di scegliere tra le opposte qualificazioni di un comportamento e di risolvere l'antinomia o la lacuna. A meno di non essere antinomico, prescrivendo e proibendo allo stesso tempo un comportamento, il sistema sarebbe dunque deonticamente incompleto a un tempo t e completo a un tempo $t+x$, dopo il completamento di tali processi. Esattamente ciò che accadrebbe se le operazioni di ponderazione o di ridefinizione, o altre con la stessa finalità, fossero compiute direttamente sulle norme assegnatrici dei diritti.

A differenza che nel primo caso, l'unico nel quale si avrebbe una lacuna in senso debole esclusivamente normativa, nel secondo e nel terzo l'indeterminatezza deontica, connessa al conflitto tra diritti o tra diverse modalità di applicazione di uno stesso diritto, è dunque connessa anche a un conflitto tra principi o regole (caso 3) o tra diverse modalità della loro applicazione (caso 2).

Una lacuna in senso debole connessa a un conflitto tra diritti o tra diverse applicazioni di uno stesso diritto, risolvibile appellandosi a principi o regole differenziati, oppure a un principio o a una regola che costituiscano il possibile fondamento normativo di tali diritti o di tale regola, non è dunque un caso eterogeneo rispetto ad ogni altra lacuna deontica e non ammette una procedura rimediale specifica. In particolare, non consente di essere risolta facendo riferimento esclusivamente alle norme positive interne al codice, in quanto richiede la selezione di una tra le diverse interpretazioni possibili di principi o regole oppure la ponderazione del loro peso relativo, oppure entrambe le procedure.

La ponderazione dei principi, al pari della selezione di una delle interpretazioni possibili

di un principio o di una norma, sarà assimilabile ad un atto di produzione legislativa, circostanza che annulla la differenza tra lacuna in senso debole (risolvibile senza ricorrere alla produzione legislativa) e lacuna normativa (risolubile soltanto mediante un atto di produzione legislativa). In particolare, a essere prodotta sarà una regola. Nel caso in cui essa derivasse da uno o più principi si differenzerebbe da essi per essere applicabile secondo una modalità “tutto o niente” e non “più o meno”. Nel caso derivasse da una regola il cui campo di applicazione fosse esteso mediante l’applicazione dell’analogia se ne differenzerebbe per il fatto che comporterebbe conseguenze normative ulteriori.

Supponiamo che ad un tempo t una norma n (principio o regola) sia collegata a un insieme T di conseguenze normative e che l’assenza di qualificazione deontica di certi comportamenti in uno o più casi rilevanti richieda un’interpretazione della norma. Se n è un principio, la sua interpretazione produrrà al tempo $t+x$ una regola cui sarà associato un insieme X di conseguenze normative relative ai comportamenti in questione, nei casi rilevanti. Tale regola si aggiungerà alle regole collegate al principio n al tempo t , a loro volta connesse all’insieme di conseguenze normative T . La congiunzione di queste regole sarà connessa all’insieme di conseguenze normative $T+X$. Le regole connesse all’insieme X potranno essere norme positive, esplicitamente formulate e incluse nel sistema normativo, o norme implicite, ricostruibili sulla base delle conseguenze normative associate al principio n . Un esempio di questa procedura potrebbe essere la risoluzione di un conflitto tra diritto alla libertà di espressione e diritto all’onore sulla base di un principio di dignità della persona. Il principio della dignità della persona avrà certe conseguenze normative, definite, ma relativamente ad alcuni casi problematici, nei quali entrerà in conflitto con altri principi, per esempio quello della libertà di espressione, alcune sue conseguenze saranno indefinite. In seguito a una decisione giudiziale, il singolo caso potrà essere risolto proibendo uno specifico esercizio della libertà di espressione in quanto contrario al principio di dignità della persona. A questa soluzione del caso singolo corrisponderà anche una regola generica, perché il comportamento proibito nel caso sottoposto a giudizio sarà caratterizzato da una proprietà o da una congiunzione di proprietà che definirà un comportamento generico rilevante. Esso, inoltre, potrà essere proibito di per se stesso, e dunque in ogni circostanza, o in tutte le circostanze analoghe a quelle del caso sottoposto a giudizio, che congiuntamente costituiranno una classe di casi individuali definita da una proprietà o da una congiunzione di proprietà. Per esempio, un singolo prodotto editoriale qualificato come pornografico

potrebbe essere proibito in quanto contrario alla dignità della persona. Tale decisione giudiziale potrebbe a sua volta implicare la proibizione di tutte le espressioni di pornografia (supposto che quest'ultima sia stata definita in modo sufficientemente preciso), in quanto identificate come di per sé contrarie alla dignità della persona. Invece, un singolo prodotto editoriale satirico potrebbe essere proibito non in quanto manifestazione di satira, ma in quanto rivolto a un gruppo minoritario discriminato. In questo caso, le espressioni satiriche (comportamento generico) sarebbero proibite in base a un principio di dignità della persona non di per sé, ma nella circostanza generica in cui colpissero gruppi minoritari e discriminati.

Se n è essa stessa una regola, verrà estesa a comportamenti e situazioni analoghi, per qualche proprietà rilevante, a quelli già da essa regolati. Al tempo t la regola n sarà collegata con un insieme di prescrizioni T . Al tempo $t+x$ la regola estesa sarà collegata con un insieme di prescrizioni $T+X$. Se si identifica una regola con il suo significato prescrittivo e quest'ultimo con le qualificazioni deontiche di comportamenti in casi generici rilevanti che dalla regola conseguono, la regola estesa al tempo $t+x$, essendo connessa a un insieme di conseguenze normative diverso (perché più esteso) dall'insieme delle conseguenze normative della regola non estesa al tempo t , dovrà essere considerata una nuova regola. Un esempio di questa procedura potrebbe essere una situazione di conflitto tra diritto alla libertà di espressione e diritto all'onore, risolta appellandosi all'estensione di una regola che proibisse l'espressione di alcune specifiche opinioni classificate come lesive dell'onore ad altre espressioni ad esse assimilabili, almeno in alcune circostanze. Per esempio, una regola che proibisse di ingiuriare gli individui potrebbe essere estesa con la proibizione di ingiurie di carattere razzista rivolte a interi gruppi.

Nel caso in cui la soluzione di un conflitto tra diritti venga demandata ad un'operazione di ponderazione tra principi concorrenti, verrebbe effettuata una scelta tra le differenti conseguenze che i principi avrebbero isolatamente, sulla base del loro "peso" relativo nel caso in cui il conflitto fosse insorto. A questa selezione corrisponderebbe dunque un ordinamento gerarchico dei principi. Esso sarebbe valido nella circostanza rilevante nella quale esso sarebbe richiesto e nelle circostanze analoghe. L'insieme delle conseguenze normative in vigore dopo il processo di ponderazione sarebbe pertanto esprimibile da un insieme di regole, applicate secondo un criterio "all or nothing" che includerebbe una regola, anch'essa applicata secondo una modalità "all or nothing" di ordinamento dei principi in circostanze rilevanti. Nel caso ad essere confrontate fossero regole concorrenti, esse stesse

applicabili solo con modalità “all or nothing”, dovrebbe essere introdotta un’eccezione a una di esse. Il sistema normativo includerebbe pertanto al *tempo t+x* una regola estesa rispetto a una corrispondente regola presente al *tempo t* e una regola con un campo d’applicazione ristretto rispetto a quello della corrispondente regola al *tempo t*.

In tutti i casi (produzione di regole fondate su principi, estensione di regole, ponderazione di principi, confronto tra regole) l’incompletezza normativa non sarebbe del tipo ammesso dal sistema dei *Principia Iuris*, ovvero non sarebbe risolvibile facendo riferimento a norme di grado di superiore che prescrivano non soltanto l’obbligo di produrre norme regolative di certi comportamenti, ma anche il contenuto prescrittivo di tali norme, ovvero che indichino se i comportamenti in questione debbano essere proibiti, prescritti o permessi. Tali norme di grado superiore sarebbero infatti semplicemente assenti dal sistema normativo prima del processo di interpretazione e ponderazione dei principi o di estensione analogica delle regole. Le lacune connesse a conflitti tra diritti sarebbero dunque, anche se risolvibili riferendosi a principi o alla regola dell’analogia, a un tempo lacune normative in senso forte (e non debole) e lacune deontiche. Esse richiederebbero una produzione di norme (implicite o esplicite) e una qualificazione deontica di comportamenti inizialmente non qualificati.

Per salvaguardare l’idea che il ricorso ai principi possa garantire un rimedio alle lacune che non richieda atti di produzione legislativa, ma soltanto l’esplicitazione di conseguenze normative deducibili da norme esistenti, Ferrajoli nega sia che i principi siano necessariamente soggetti a considerazioni circa il loro “peso”, sia l’assunto da cui dipenderebbe questa concezione, ossia l’idea che i principi dovrebbero necessariamente confliggere. Negando tale assunto, egli ritiene di poter negare anche la necessaria ponderazione dei principi, a particolare rilevanza dell’elemento soggettivo presente in questo processo e l’indeterminatezza delle loro conseguenze normative: “nella maggior parte dei casi”, scrive, “discriminazioni in violazione del principio di eguaglianza, misure di polizia introdotte in contrasto con il principio della libertà personale, limitazione della libertà di stampa e simili – i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure più che in altri giudizi opzioni soggettive di valore”.³⁰⁷ In realtà però, anche se i principi di fatto non confliggevano mai in situazioni concrete, e anche se le situazioni *possibili* nelle quali i principi confliggerebbero fossero molte meno rispetto a

³⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, 2007, cit., p.585, nota 47.

quelle in cui non lo farebbero, la mera possibilità di tali conflitti, unita all'impossibilità di predeterminare la loro soluzione, cioè le conseguenze normative che ultimamente sarebbero tratte dai principi rilevanti in una data situazione una volta "pesati", basterebbe a rendere il sistema normativo deonticamente incompleto. Inoltre, come abbiamo visto, di per sé l'indeterminatezza deontica connessa a conflitti tra diritti non dipende dalla presenza di un ulteriore conflitto, né dal fatto che le norme in contrasto a questo livello sopraordinato siano principi e non regole.

Il ruolo dei principi e dell'analogia giuridica è discusso più approfonditamente da Ferrajoli nel suo *La logica del diritto*, dedicato alla discussione della tesi di Kelsen dell'inapplicabilità della logica al diritto. La determinazione delle conseguenze normative di un principio o l'estensione delle conseguenze normative di una regola dipendono per Ferrajoli dall'interpretazione di tale principio o di tale regola e ogni principio o regola, e in generale ogni norma, è compatibile con una pluralità di interpretazioni possibili. Tale pluralismo interpretativo è espressamente dichiarato in riferimento alle decisioni giudiziali. In questo ambito, la scelta tra le diverse interpretazioni di un enunciato normativo sarà la scelta di un significato ritenuto

[...] più plausibile o fondato di altri, sia pure astrattamente possibili: perché più aderente al significato corrente delle parole del testo normativo, o perché più in accordo con le norme costituzionali, o perché più coerente con il significato di altri enunciati normativi, o perché più aderenti a quelli attribuiti in casi precedenti, o per altri motivi ancora.³⁰⁸

A guidare il processo di scelta dell'interpretazione più plausibile sono i criteri "elaborati dalle sempre più ampie e raffinate teorie dell'argomentazione giuridica, che altro non sono che teorie della giustificazione razionale delle scelte interpretative"³⁰⁹, ma anche "più in generale, i medesimi criteri che vengono adottati a sostegno di qualunque altra verità empirica: e cioè quello della 'coerenza' con le altre tesi interpretative adottate come vere e quello della 'accettabilità giustificata', cioè motivata con argomenti ritenuti dall'interprete idonei", una soluzione interpretativa che, pur non essendo l'unica possibile appare tuttavia all'interprete la più plausibile. Esplicito è dunque il rigetto dell'idea di un'unica soluzione corretta al problema dell'interpretazione di un enunciato normativo.

I medesimi criteri e il medesimo pluralismo caratterizzano "l'interpretazione dottrinarìa

³⁰⁸ Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, 2016, cit., p. 157.

³⁰⁹ Ivi, p. 162.

operata dai giuristi”. Quanto riferito da Ferrajoli alle decisioni giudiziali, che riguardano la sussunzione sotto le norme di casi specifici, potrà dunque essere esteso a tutti i contesti nei quali si debbano trarre da una norma conseguenze normative precedentemente ad esso non esplicitamente collegate, incluso il caso, dunque, nel quale l’interpretazione di un principio o di una regola sopraordinati sia richiesta per la produzione legislativa di una norma subordinata.

Tuttavia, una volta scelta l’interpretazione di una norma, sarà sulla base di principi logici che se ne ricaveranno le connesse conseguenze normative. In sede giudiziale l’argomentazione farà sempre riferimento a un principio di non contraddizione per verificare la compatibilità di norme di diverso grado gerarchico e, in caso di incompatibilità, invalidare le norme di grado inferiore o al principio di implicazione “tra una qualificazione normativa in astratto e una qualificazione operativa in concreto del fatto sottoposto a giudizio” e richiederà che quest’ultimo sia qualificato come richiesto dalla norma.

Allo stesso modo, a livello dogmatico, cioè di teoria dei sistemi giuridici positivi,

il principio di implicazione trova applicazione in tutti i giudizi sull’attuazione o sulla inattuazione delle regole da queste medesime norme stabilite, cioè sulla completezza o l’incompletezza dell’ordinamento, nonché in tutti i giudizi di sussunzione dei fatti giudicati nelle norme che li prevedono³¹⁰

così come il principio di non contraddizione trova attuazione nei giudizi sulla compatibilità delle norme. Da ciò segue la natura di *vizi logici* di antinomie e lacune dei sistemi normativi:

Le violazioni giuridiche delle norme sostanziali sulla produzione, perciò, sono anche vizi logici, siano esse per commissione, come la produzione di norme con esse in contrasto, oppure per omissione, come la mancata produzione di norme da essa implicata.³¹¹

Nell’ambito del sistema dei diritti fondamentali, le lacune consistono nell’assenza di garanzie primarie e secondarie dei diritti ad esse vien posto rimedio per via legislativa. L’osservanza del principio di completezza consiste perciò nell’introduzione ad opera della legislazione delle garanzie primarie e secondarie imposte dai diritti stabiliti. E’ compito della legislazione colmare le lacune, nel caso dei diritti fondamentali introducendo le garanzie

³¹⁰ Ivi, p. 149.

³¹¹ Ibidem.

primarie in attuazione del principio di completezza:

Alla legislazione spetta il compito di colmare le lacune, introducendo le garanzie primarie in attuazione del principio di completezza.³¹²

Si può osservare però che la pluralità delle possibili interpretazioni degli enunciati normativi comporta un'incompletezza deontica che perdurerà fino a che una di queste interpretazioni non verrà scelta. Nel caso di un conflitto tra diritti tale indeterminatezza verrà risolta determinando congiuntamente le conseguenze deontiche dei due diritti in conflitto. Ciò significa che isolatamente gli enunciati normativi che assegnano i diritti non sarebbero correttamente interpretabili (relativamente ai comportamenti e alle circostanze inerenti al conflitto) e che perciò da essi non sarebbe possibile dedurre certe conseguenze normative prima della decisione giudiziale circa il conflitto. Ciò rimane vero qualora tali conflitti vengano duplicati da conflitti tra principi o regole di grado superiore ai diritti stessi, mentre nel caso si ricorra a un singolo principio o a una singola regola di grado superiore per risolvere un conflitto tra diritti il problema sarà analogo a quello posto dalla determinazione delle conseguenze normative di una singola regola di grado inferiore.

4.2.2.3 - Lacune e indeterminatezza delle aspettative

L'impossibilità, nel caso di lacune deontiche connesse a conflitti tra diritti, di sanare tali lacune traducendo in norme positive conseguenze normative deducibili da norme esistenti, comporta che a tali lacune corrisponda anche una parziale indeterminatezza delle aspettative corrispondenti ai diritti in conflitto. Nel caso di incompatibilità deontiche corrispondenti a conflitti tra diritti si avrebbero, come visto nel precedente paragrafo, conflitti tra aspettative normative cognitive, cioè riguardanti l'esistenza nel codice di norme con un determinato contenuto prescrittivo (e non la loro efficacia empirica). Tali aspettative conflittuali riguarderebbero in primo luogo singoli comportamenti spazio-temporalmente situati non compostibili. Poiché tali comportamenti, e le circostanze nelle quali non sarebbe possibile adottarli contemporaneamente, sarebbero iscrivibili a classi generiche, le opposte prescrizioni relative ai casi singoli dipenderebbero da norme implicite, cioè non positivamente presenti nel codice, ma dedotte dalle norme esistenti, relative a tali classi di comportamenti e di circostanze. Le contraddizioni deontiche del sistema sarebbero perciò antinomie, non

³¹² Ivi, p. 148.

riguardando soltanto la non compossibilità di qualificazioni deontiche di singoli comportamenti in singole circostanze, ma anche la non compossibilità dell'applicazione di norme generali. La presenza di tali antinomie dipenderebbe però dalle contraddizioni tra le qualificazioni deontiche nei casi singoli. Per esempio, una contraddizione tra diritto di sciopero e diritto alla salute potrebbe emergere soltanto in specifiche circostanze nelle quali uno sciopero impedisse ad alcuni di ricevere cure mediche necessarie, a differenza di una contraddizione tra diritto alla libertà di espressione e diritto all'onore che riguarderebbe l'intera classe degli esercizi della libertà di espressione classificabili anche come lesioni dell'onore. Ai comportamenti generici di per sé incompatibili corrisponderebbero per altro contrasti possibili tra singoli comportamenti spazio-temporalmente situati in singole circostanze: un diritto all'onore e un diritto alla libertà di espressione definiti in modo conflittuale sarebbero per esempio potenzialmente in conflitto in innumerevoli circostanze concrete.

Allo stesso modo, le lacune dipendenti da conflitti di diritti sarebbero lacune normative, relative a comportamenti generici in casi generici, ultimamente riconducibili però a lacune deontiche relative a singoli comportamenti spazio-temporalmente situati in singole circostanze spazio-temporalmente situate. Anche nel caso delle lacune si darebbero due possibili casi: lacune relative a conflitti tra diritti di per sé non conflittuali, che però risultano invece conflittuali in specifiche circostanze spazio-temporalmente situate e lacune relative a conflitti tra diritti di per sé conflittuali. Le lacune normative del primo tipo sarebbero generalizzazioni di lacune deontiche relative a comportamenti singolari in circostanze singolari: per esempio l'assenza di una normativa relativa al conflitto tra diritto di sciopero e diritto alla salute, non sarebbe altro che l'assenza di qualificazioni deontiche relative alla partecipazione a scioperi in circostanze determinate. Le lacune normative del secondo tipo farebbero comunque riferimento a possibili comportamenti specifici in circostanze specifiche: per esempio l'assenza di norme relative al conflitto tra diritto alla libertà di espressione e il diritto all'onore comporterebbero l'assenza di qualificazioni deontiche di tutti i possibili esercizi della libertà di espressione che fossero qualificati anche come lesioni dell'onore.

Le lacune relative a comportamenti spazio-temporalmente situati comporterebbero inoltre l'infondatezza di qualsiasi aspettativa relativa alla qualificazione deontica di questi comportamenti, così come le antinomie determinerebbero la compresenza di aspettative

conflittuali. Vale a dire che come nel caso delle antinomie si avrebbe la compresenza di aspettative egualmente giustificate a qualificazioni deontiche conflittuali di singoli comportamenti in singole circostanze (per esempio, dell'aspettativa della proibizione di un comportamento e di quella della sua permesso, o della sua prescrizione), nel caso delle lacune tutte le possibili aspettative di qualificazioni deontiche di comportamenti singoli sarebbero egualmente ingiustificate. Ciò sarà vero anche nel caso in cui i comportamenti generici fossero di per sé qualificati deonticamente dal sistema normativo. Per esempio, anche se un sistema normativo prescrivesse la fornitura di cure mediche necessarie e permettesse la partecipazione a scioperi, nel caso in cui uno sciopero mettesse a repentaglio la fornitura di cure mediche la partecipazione ad esso sarebbe deonticamente indeterminata se alla regolazione di tale caso corrispondesse una lacuna deontica. L'indeterminazione deontica di comportamenti spazio-temporalmente situati determinerà il fatto che, in tutte le circostanze spazio-temporalmente situate nelle quali tale indeterminatezza si produrrà, i diritti mancheranno di garanzie primarie, dal momento che queste ultime consistono in obblighi e divieti (obblighi di commissione o di omissione, nella terminologia dei *Principia Iuris*), includendo i divieti di interferenza con comportamenti permessi nel caso di diritti di libertà. Essendo le garanzie primarie l'oggetto dell'aspettativa che identifica un diritto soggettivo, tale mancanza comporterà l'impossibilità di estendere un'aspettativa cognitiva normativa fondata su un diritto fondamentale a circostanze nelle quali il diritto confligge con un altro diritto fondamentale dando luogo ad una lacuna deontica.

4.2.2.4 - Una terza possibile interpretazione

È infine possibile fornire una terza interpretazione alternativa del sistema dei diritti fondamentali, in base alla quale il sistema può essere considerato coerente e completo in ogni tempo t , ma l'insieme delle sue conseguenze deontiche varia in differenti momenti. Secondo questa interpretazione in un tempo t ogni diritto fondamentale implicherebbe un insieme determinato (e finito) di conseguenze normative, che esaurirebbero le conseguenze normative argomentabili in base ad esso. Le conseguenze di un diritto fondamentale sarebbero tutte implicate dal significato prescrittivo della norma corrispondente. Inoltre, tali conseguenze normative sarebbero compatibili con le conseguenze normative di tutti gli altri diritti fondamentali. Tuttavia, in un tempo $t+x$, l'insieme delle conseguenze normative implicate da

un diritto fondamentale potrebbe essere diverso da quello del tempo t . Perché possa aversi un sistema di questo tipo sarebbe necessario il verificarsi di una delle seguenti condizioni:

1) Che al tempo $t+x$ le qualificazioni deontiche di alcuni dei comportamenti oggetto dell'aspettativa che definisce il diritto in alcuni dei casi rilevanti siano diverse da quelle degli stessi comportamenti al tempo t ,

oppure

2) Che i casi rilevanti al tempo $t+x$ siano diversi rispetto a quelli rilevanti al tempo t .

La prima circostanza comporterebbe la modificazione del *significato* del diritto fondamentale. Al tempo t esso consisterebbe nell'aspettativa di certe prestazioni e di certe omissioni in determinati casi. Al tempo $t+1$, negli stessi casi, l'aspettativa relativa a certi comportamenti si invertirebbe (l'aspettativa di prestazioni diverrebbe aspettativa di omissioni e viceversa, cioè gli obblighi diverrebbero divieti e viceversa) e quella relativa ad altri comportamenti verrebbe annullata (cioè essi risulterebbero permessi e non obbligatori). Nella seconda circostanza gli stessi comportamenti avrebbero al tempo $t+x$ una qualificazione deontica in casi non rilevanti al tempo t .

Per esempio nel caso del diritto alla salute, la decisione di proibire uno sciopero che comporti l'impossibilità per alcuni di ricevere cure mediche necessarie determinerà la qualificazione deontica non solo di un comportamento situato nello spazio e nel tempo, ma di ogni sciopero nel caso in cui impedisca di ricevere cure mediche, stabilendo la rilevanza del comportamento "partecipare a uno sciopero" in relazione all'altrui diritto alla salute. Il caso "impossibilità per alcuni di ricevere cure mediche necessarie" sarà rilevante in relazione al diritto alla salute qualsiasi sistema di diritti fondamentali in ogni momento, e dunque anche prima di una decisione relativa alla partecipazione a scioperi. In relazione al diritto di sciopero, tuttavia, la decisione di proibirne uno che rendesse impossibile ricevere cure mediche necessarie, stabilirebbe la rilevanza del caso "impossibilità di cure mediche necessarie", essendo evidentemente il comportamento "partecipare a uno sciopero" rilevante, cioè necessariamente qualificato deonticamente, in relazione al diritto di sciopero.

Ognuno di questi cambiamenti, comunque, non potrà che essere il prodotto di una *decisione*, da parte del legislatore o del giudice incaricato di applicare la legge, che consisterà necessariamente in un atto di creazione del diritto, nel senso che o la norma attributiva del

diritto fondamentale al *tempo t* verrà sostituita da una norma differente al *tempo t+x*, o che qualificherò deonticamente certi comportamenti in modo differente dalla norma in vigore al *tempo t* o che classificherà come rilevanti casi ignorati dalla norma precedente.

Se però un sistema normativo è soggetto a cambiamenti del significato delle norme, sia che ciò avvenga mediante innovazioni legislative (nella forma, per esempio, dell'estensione di una legge a casi prima da essa non regolati), sia che avvenga mediante decisioni giurisdizionali, esso *non si conserverà identico a se stesso* attraverso questi cambiamenti. Coerente e completo al momento *t*, verrà *trasformato* dalla decisione legislativa o giudiziale al momento *t+x* in un altro sistema, differente dal primo e anch'esso coerente e completo. Ciò significa che gli atti legislativi e giurisdizionali, come pure quelle giurisdizionali, creeranno *nuovi sistemi normativi*. Questi nuovi sistemi normativi potranno distinguersi da quelli precedenti in due modi differenti, corrispondenti alle due condizioni alternative per la coerenza e completezza di sistemi normativi successivi: per il cambiamento del significato prescrittivo delle norme assegnatrici dei diritti fondamentali in relazione all'insieme dei comportamenti per essi rilevanti, o per il cambiamento dell'insieme dei casi rilevanti. Gli atti giurisdizionali o legislativi in questione creerebbero non solo sentenze e norme subordinate rispetto ai diritti fondamentali, ma nuove norme di livello superiore. In seguito a tali atti creativi le norme prescrittive dei diritti fondamentali prescriverebbero diritti cui verrebbe attribuito un nuovo significato, cioè che regolerebbero diversamente certi insiemi di comportamenti, oppure che regolerebbero gli stessi comportamenti in diversi insiemi di casi.

4.2.3 - L'Universalità dei diritti fondamentali -

La definizione di universalità

I *Principia Iuris* contengono una definizione di *diritti e doveri universali* per la quale

'Universali' sono i diritti e i doveri positivi e negativi di cui sono titolari intere classi di soggetti giuridici. $(y)(UNly \equiv ((DNEy \vee DPOy \vee DOPy \vee DONy) \wedge (z)(TITzy \wedge SGGz)))$ ³¹³

³¹³ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, 2007, cit. p. 656, dove DNE=diritto negativo, DPO=diritto positivo, DOP=dovere positivo, DON=dovere negativo, TITzy='z è titolare di y' e SGG= soggetto giuridico. In contrapposizione a diritti e doveri universali, " 'singolari' sono diritti e doveri di cui non sono titolari intere classi di soggetti giuridici", ibidem.

A diritti e doveri “universali”, corrispondono, rispettivamente, doveri e diritti “assoluti”, ovvero *erga omnes*, rivolti a “intere classi di soggetti giuridici”. Differente dalla nozione di assolutezza dei doveri è poi quella della loro universalità. I doveri universali, come i diritti universali, sono infatti quelli *imputati a* (e non *rivolti a*) intere classi di soggetti giuridici, ovvero i doveri *omnium*, contrapposti ai doveri singolari, non imputati a “intere classi di soggetti giuridici”. Si daranno quindi sia diritti fondamentali correlati a doveri assoluti e universali, sia diritti fondamentali correlati a doveri assoluti e singolari, ma non diritti universali correlati a doveri non assoluti, “relativi”, cioè non rivolti a intere classi di soggetti giuridici, ma soltanto ad alcuni di essi, dato che a diritti imputati a intere classi dovranno essere correlati doveri verso ogni membro di tali classi. Per esempio: a un diritto fondamentale alla vita corrisponderanno doveri assoluti (perché vevoli nei confronti di tutti i membri della classe delle persone umane) e universali (perché imputati a tutti i membri di tale classe) di astensione dall'omicidio; per contro, a un diritto fondamentale all'assistenza sanitaria corrisponderanno alcuni doveri egualmente assoluti, ma relativi, perché imputati a singoli individui in circostanze e luoghi specifici (ma anche doveri assoluti e universali come quello di pagare le tasse necessarie al finanziamento di cure mediche gratuite e universali).

La partizione di diritti e doveri in universali e singolari e in assoluti e relativi dipende dalla partizione delle situazioni giuridiche in situazioni aventi come soggetti “tutti” e situazioni aventi per soggetti “alcuni” dei membri di una classe e dal quarto postulato dei *Principia*, per il quale “l'identificazione normativa di entrambi i soggetti dei rapporti deontici, di quelli titolari delle aspettative come di quelli titolari delle modalità corrispondenti” è imposta come “tratto distintivo di ogni fenomenologia deontica”.³¹⁴ Data la definizione di diritti fondamentali come diritti universali (la cui titolarità è attribuita a classi) essi sono poi identificabili come regole in base al postulato P.8, il quale stabilisce che:

Le modalità, le aspettative e gli status che hanno per argomento una classe di soggetti o di comportamenti sono regole.³¹⁵

I diritti fondamentali, specificatamente, sono per definizione *aspettative* (in quanto diritti *soggettivi*) *aventi per argomento una classe di soggetti* (in quanto diritti *fondamentali*). Il riferimento a una classe di soggetti assicura alle regole il carattere della *generalità* che le

³¹⁴ Ibidem. Precisamente, il postulato P4 dei *Principia Iuris* afferma che: “Per ogni comportamento, per ogni modalità, per ogni aspettativa e per ogni interesse esiste qualcuno che ne è soggetto.”

$(x)((COMx \vee MODx \vee ASPx \vee INTx) \rightarrow (\exists z)SOGzx)$, cfr., *ivi*, p. 92.

³¹⁵ *Ivi*, p. 200.

distingue dalle prescrizioni relative a singoli individui (o a gruppi di singoli individui), così come il riferimento a una classe di comportamenti tipici assicura il carattere dell'astrattezza che le distingue dai comandi relativi a comportamenti situati nello spazio e nel tempo. In base ad una regola avente per argomento una classe di soggetti giuridici tutti i membri di tale classe saranno titolari delle medesime aspettative o dei medesimi obblighi e in base ad una regola avente per argomento una classe di comportamenti tutti i comportamenti sussumibili in tale classe avranno la medesima qualificazione deontica: ciò assicurerà l'eguaglianza giuridica tra i membri della classe e l'assenza di prescrizioni o proibizioni arbitrarie. Negli ordinamenti positivi esistenti, diversi diritti fondamentali sono di fatto attribuiti a tre diverse classi universali: la classe delle persone umane, la classe dei cittadini e la classe dei capaci di agire. Alle persone umane sono per esempio attribuiti diritti fondamentali di libertà quali il diritto all'integrità personale, ai soli cittadini sono per esempio attribuiti diritti sociali quali il diritto all'istruzione e ai capaci di agire sono attribuiti diritti potestativi quali i diritti politici e i diritti di autonomia privata.³¹⁶

Tra le diverse tipologie di regole, i diritti fondamentali sono ulteriormente caratterizzati come *regole tetico-deontiche*. Esse sono definite “tetiche” in contrapposizione alle regole ipotetiche, perché non condizionali al verificarsi di circostanze ulteriori, e deontiche, in opposizione alle regole costitutive di status giuridici, in quanto assegnazioni di qualificazioni deontiche a comportamenti (precisamente, dei comportamenti oggetto di aspettative positive o negative). Il carattere della teticità è connesso da Ferrajoli a quello dell'universalità: i diritti fondamentali sono infatti universali *in quanto* “conferiti immediatamente da norme tetiche a classi indeterminate di persone”, mentre diritti predisposti da norme ipotetiche, dipendendo dal verificarsi di condizioni ulteriori, sarebbero attribuiti a singoli individui ad esclusione di altri.³¹⁷

Regole ipotetiche relative all'acquisto di diritti di proprietà mediante transazioni commerciali, per esempio, avrebbero conseguenze prescrittive solo per gli individui capaci di agire che effettivamente facessero uso della loro autonomia negoziale nel mercato per acquisire diritti di proprietà, e inoltre avrebbero conseguenze tra loro differenziate e seconda della diversa natura di questi atti di autonomia. Al medesimo carattere di universalità delle regole prescrittive dei diritti è logicamente connesso per Ferrajoli il carattere di *indisponibilità* di tali diritti, nel duplice senso di inderogabilità da parte dei poteri statali e di

³¹⁶ Ivi, pp. 731-741.

³¹⁷ Ivi, p.760.

inalienabilità da parte dei singoli titolari, dal momento che deroghe e cessioni di diritti contraddirebbero alla loro attribuzione universale ai membri di una classe.

Il carattere dell'universalità e quello ad esso connesso dell'indisponibilità caratterizzano i diritti fondamentali in opposizione ai diritti patrimoniali, che consistono negli ordinamenti giuridici positivi, nei diritti di proprietà su beni reali e nei diritti di credito (che ultimamente rimandano, comunque, alla possibilità di acquisire diritti su beni reali) e che sono per contro *singolari e disponibili*.³¹⁸ La *disponibilità dei diritti* coincide con la condizionalità al verificarsi di circostanze ipotetiche, e dunque con la predisposizione da parte di norme ipotetiche, in contrasto con la disposizione da parte di norme tetiche che caratterizza. Per definizione nel sistema dei *Principia Iuris*

Disponibile è qualunque diritto soggettivo singolare non immediatamente disposto da una norma tetica, bensì predisposto da una norma ipotetica come effetto dell'atto da essa ipotizzato.³¹⁹

I diritti patrimoniali altro non sono, per definizione che i diritti disponibili

Diritto patrimoniale è qualunque diritto disponibile.³²⁰

Si stabilisce quindi una duplice connessione logica tra indisponibilità e universalità da un lato e tra disponibilità e singolarità dall'altro:

I diritti patrimoniali, infatti, in tanto sono singolari in quanto, e solo in quanto, possono essere materia di scambio nella sfera di mercato oltre che [...] di espropriazione per pubblica utilità. I diritti fondamentali, inversamente, in tanto sono universali in quanto sono esclusi sia dalla sfera della disponibilità privata sia da quella della disponibilità pubblica, non potendo nessuno privarsene e nemmeno esserne privato o menomato.³²¹

Ferrajoli individua quindi tre differenze *formali*, logicamente interconnesse, tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali:

1) la differenza tra l'universalità dei diritti fondamentali e la singolarità dei diritti patrimoniali;

2) la differenza tra l'indisponibilità dei diritti fondamentali e la disponibilità dei diritti patrimoniali;

³¹⁸ Ivi, p. 759.

³¹⁹ Ivi, p. 760.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem.

3) la differenza tra la natura tetico-deontica delle regole che dispongono i diritti fondamentali e la natura ipotetico-deontica delle regole che predispongono i diritti patrimoniali;

alle quali aggiunge una quarta, ovvero

4) la differenza tra la natura pubblicistica dei rapporti giuridici intrattenuti dai titolari dei diritti fondamentali e la natura civilistica di quelli intrattenuti dai titolari dei diritti patrimoniali.

Quest'ultima differenza comporta, in concreto, che

mentre ai diritti patrimoniali corrispondono o il generico divieto di non lesione da parte di terzi (nel caso [...] dei diritti reali) oppure obbligazioni debitorie da parte di singoli (nel caso [...] dei diritti personali), ai diritti fondamentali corrispondono divieti e obblighi a carico anzitutto dello Stato la cui violazione – in forza della struttura verticale dell'ordinamento e del grado sopraordinato rivestito di solito dalle norme costituzionali da cui tali diritti sono conferiti – è causa di invalidità delle leggi e degli altri provvedimenti pubblici.³²²

Le coppie di caratteristiche che differenziano i diritti fondamentali sono *formali* nel senso che non riguardano di per sé il contenuto prescrittivo delle regole, ma soltanto la loro forma logica (universale o singolare, tetica o ipotetica), la validità di certi atti giuridici che le hanno come oggetto (disponibilità o indisponibilità) e la natura (pubblicistica o civilistica) dei rapporti giuridici che consentono ai loro titolari.

Alla differenziazione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali si affiancano altre due peculiari distinzioni presenti nei *Principia Iuris*: quella tra *diritti di autonomia* e *diritti di libertà* e quella relativa ai beni oggetto della tutela fornita dai diritti, distinti in *beni personalissimi*, *beni privati* e *beni comuni*. Insieme, esse dovrebbero consentire ai *Principia* di accogliere tra i diritti fondamentali un *diritto di proprietà*, pur escludendone, per motivi formali, ogni *diritto patrimoniale* su beni reali.³²³

³²² Ivi, p.763.

³²³ La distinzione tra diritto di proprietà e diritti patrimoniali non è peculiare di Ferrajoli. Si veda per esempio la distinzione tra il diritto astratto e universale “to hold private property” e i diritti individuali e concreti rappresentati dai “property titles” avanzata in Stefano Moroni, *Property as a human right and property as a special title. Rediscussing private ownership of land*, in “Land Use Policy” 70, (2018), pp. 273-280. Mentre il diritto di possedere proprietà private è classificato da Moroni, in accordo con il liberalismo classico, come un diritto umano fondamentale, gli specifici titoli di proprietà dipendono da fattori contingenti e da concrete vicende di acquisizione e trasmissione. Difendere il diritto di proprietà non significa dunque difendere specifiche distribuzioni dei titoli di proprietà e per converso criticare specifiche distribuzioni dei titoli di proprietà non comporta automaticamente il rifiuto del diritto di proprietà. Inoltre, Moroni nota che mentre il diritto alla proprietà privata è strettamente individuale, i titoli di proprietà possono essere attribuiti collettivamente o semi-collettivamente, ma rimanendo una forma di proprietà privata proprio perché ultimamente fondati sul diritto di proprietà come diritto umano individuale. Si veda anche la distinzione tra diritti di proprietà alienabile e meta-diritto, inalienabile, di essere

Per comprendere la distinzione concettuale tra diritti di proprietà e diritti patrimoniali nei *Principia* occorre quindi innanzitutto, chiarire la nozione di *diritti di autonomia*, e in particolare di *autonomia civile* e quella di *beni personalissimi*.

Ferrajoli definisce i *diritti di autonomia* come “diritti secondari potestativi”.³²⁴ “Potestativi” sono i diritti che la classificazione hohfeldiana identifica come “poteri”, ovvero i diritti “attuati da atti precettivi produttivi di effetti anche nella sfera altrui”.³²⁵ Proprio in quanto poteri giuridici, tali diritti sono attribuibili esclusivamente “a tutte le persone e a tutti i cittadini che tali atti sono in grado di compiere in quanto dotati di capacità d'agire”. Precisamente “secondari” sono “i diritti potestativi di cui sono titolari tutti in quanto persone naturali o cittadini capaci d'agire”, mentre i “diritti primari” sono “i diritti di cui sono titolari tutti in quanto persone o in quanto cittadini”. I diritti di autonomia si differenziano dunque dai diritti di libertà proprio per “l'elemento strutturale” del “potere”. I *diritti di libertà* equivalgono ai “diritti primari negativi” conferiti a tutti in quanto persone umane e consistenti in immunità dalla interferenze e dai poteri altrui (libertà da) e in facoltà di tenere o meno certi comportamenti (libertà di), mentre i *diritti di autonomia*, conferiti ai soli capaci di agire, “equivalgono ai diritti secondari potestativi, ossia a poteri e precisamente a potestà non funzionali perché conferite nell'esclusivo interesse dei loro titolari” - e non nell'interesse di tutti come nel caso delle potestà conferite ai funzionari pubblici - e “spettano alle sole persone capaci di agire”.³²⁶ Fin qui la definizione formale, ricavata dalla limitazione della classe di soggetti cui i diritti secondari sono attribuibili; per identificare invece il contenuto prescrittivo delle regole di conferimento dei diritti si dovrà guardare ai codici positivi nei quali di fatto i diritti primari hanno “di solito per contenuto bisogni o interessi 'sostanziali' riconosciuti come vitali” (e per questo sono riconosciuti a tutte le persone o a tutti i cittadini), mentre i diritti secondari hanno in genere per contenuto “poteri di autodeterminazione *strumentali* al raggiungimento di fini affidati all'autonomia privata dei loro titolari”. Del primo gruppo fanno parte, per esempio, “il diritto all'integrità personale, i diritti di libertà, i diritti sociali alla salute, alla sussistenza, all'istruzione e simili”, del secondo “i diritti di

proprietario avanzata in Gerald Gaus. *Property Rights and Freedom*, in *Property Rights*, Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jeffrey Paul. (a cura di), New York-Cambridge, Cambridge University Press, pp. 209-240. Come chiarirò in seguito, non intendo contestare la legittimità e l'utilità di queste distinzioni che, variamente formulate, sembrano rimandare a una stessa partizione concettuale. Il mio obiettivo è piuttosto l'ulteriore tesi che il diritto astratto di proprietà non riguardi i medesimi beni oggetto dei diritti patrimoniali (o “titoli di proprietà”) dalla quale seguirebbe che le garanzie di questi ultimi non siano anche garanzie del primo.

³²⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, 2007, cit. p. 744.

³²⁵ Ivi, p.732.

³²⁶ Ibidem.

contrattare, di votare, di agire personalmente in giudizio, di accedere ai pubblici uffici e simili”.

I diritti di autonomia civile sono poi definiti come “diritti potestativi di cui tutti sono titolari in quanto capaci di agire”³²⁷, mentre i diritti di autonomia politica sono definiti come “i diritti potestativi di cui tutti sono titolari in quanto cittadini capaci d'agire”³²⁸: ancora, una definizione formale, relativa alla classe dei titolari dei diritti, che non specifica il contenuto di questi ultimi. Di fatto, negli ordinamenti positivi esistenti, i diritti politici sono i diritti di partecipazione alla deliberazione politica, come il diritto, attivo e passivo, di voto, mentre i diritti di autonomia civile sono i poteri giuridici aventi per oggetto beni patrimoniali – e quindi alla base della possibilità giuridica di scambiare tali beni sul mercato - la stipulazione di contratti, la libertà di impresa e di azione economica, l'azione in giudizio e in generale l'autonomia negoziale”.³²⁹

Ai diritti di autonomia considerati nel loro complesso si oppongono i *diritti di libertà*, a loro volta distinti in diritti di *libertà da* che consistono in mere *immunità* dall'interferenza altrui, e i diritti di *libertà di*, che consistono in *facoltà* oltre che in immunità.³³⁰ Libertà *da* sono per esempio il diritto alla vita e la libertà personale, la privacy, la libertà di coscienza, la reputazione, i *libertà di* sono per esempio la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, di associazione, di riunione, di religione.³³¹ Le *libertà da* non sono esercitate né esercitabili perché consistono esclusivamente nel non essere sottoposti a interferenze lesive: per esempio, il “diritto alla vita” consiste nel non essere uccisi, la reputazione nel non essere diffamati. La tutela giuridica di tali libertà, cioè il diritto ad esse, comporterà perciò come sua garanzia esclusivamente il divieto di un'interferenza da parte di terzi, mentre le libertà *da*, consistendo nell'esercizio di comportamenti, comporteranno, oltre al divieto di interferenza, permessi. Cionondimeno, le *libertà di*, a differenza delle *libertà da* saranno soggette a limitazioni giuridiche imposte dalle immunità connesse a queste ultime:

Mentre i diritti di libertà *da* sono diritti passivi di cui è impossibile l'esercizio i diritti di libertà *di* sono diritti attivi, il cui possibile esercizio può ben interferire con le libertà degli altri. Ne consegue che i primi, mentre non incontrano nessun limite, non potendo logicamente interferire con nessun altro diritto, sono un limite all'esercizio dei secondi, i quali non possono mai avere per

³²⁷ Ivi, p. 738.

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ Ivi, p. 754.

³³⁰ Ivi, p. 743.

³³¹ Ivi, p.757.

argomento la loro lesione. La libertà di informazione, per esempio, incontra il limite di quel diritto di immunità che è la privacy, la libertà di stampa e di espressione del pensiero non può spingersi fino a ledere, con ingiurie e diffamazioni, la dignità e la reputazione di altre persone, la libertà di religione, nel senso di libertà di diffondere la propria religione, non può coartare la libertà di coscienza”³³²

La classificazione dei diritti fondamentali è completata dai diritti sociali, che sono i diritti primari o sostanziali *positivi*, garantiti da obblighi di prestazioni, e dai diritti politici, che sono i diritti secondari o strumentali nella sfera *pubblica*.³³³

Correlativa alla classificazione dei diritti è quella dei beni che ne sono oggetto. “Bene” è definito da Ferrajoli come “ciò che può essere oggetto di una situazione giuridica”³³⁴. “Situazione” è a sua volta “qualunque modalità o aspettativa positiva o negativa di un atto giuridico”.³³⁵ I beni oggetti di diritti sono poi distinti in due grandi classi, quella dei beni patrimoniali e quella dei beni fondamentali. Per “bene patrimoniale” si intende “qualunque bene che sia oggetto di un diritto patrimoniale” e per “bene fondamentale [...] qualunque bene che sia oggetto di un diritto fondamentale”. A loro volta, correlativamente alla classificazione dei diritti primari (che include *libertà*, distinte in *libertà da* e *libertà di* e *diritti sociali*), i beni fondamentali si distinguono in beni personalissimi, beni comuni e beni sociali, così definiti:

³³² Tra diritti di libertà da e diritti di libertà di non si darebbe dunque possibilità di conflitto, dal momento che il divieto della violazione dei primi costituirebbe un limite (inderogabile) dei secondi. In realtà però per definire i limiti posti, per esempio, dal diritto alla privacy alla libertà di informazione o dal diritto alla reputazione alla libertà di espressione del di espressione del pensiero, occorrerà una definizione di privacy e di reputazione che permetta di individuare precisamente quei comportamenti di trasmissione dell'informazione o di espressione del pensiero lesivi dell'una o dell'altra. Persino il diritto alla vita richiederà di decidere se atti non immediatamente riconoscibili come di esso lesivi debbano o meno essere considerati tali: in particolare, ciò varrà per gli atti che determino per la continuazione della vita fisica un rischio sufficientemente basso. Tale decisione dipenderà, se si considera il diritto alla vita inteso come libertà da come limitazione deontica della libertà di azione, dalla definizione di interferenza con la continuazione dei processi vitali. In generale, la considerazione dei diritti di libertà da come limiti dei diritti di libertà di comporterà soltanto che sia la definizione di questi ultimi a dipendere dalla definizione dei primi (o meglio, che la definizione dell'argomento dei secondi dipenda dalla definizione dell'argomento dei primi) e che non valga anche il contrario: stabilire che una certa classe di diritti determina i “limiti” di un'altra classe significa cioè istituire una gerarchia, per cui che le contraddizioni tra diritti delle due classi saranno risolte stabilendo quali limiti i diritti della classe gerarchicamente sopraordinata pongono ai diritti della classe gerarchicamente subordinata, mentre questi ultimi non potranno alcun limite ai primi, ma non significa che non si dia conflitto prima della specificazione dei limiti. Le immunità dagli esercizi delle libertà di connesse ai diritti di libertà da non sono infatti immediatamente determinate con la semplice enunciazioni di queste ultime: quali azioni rischiose siano proibite dal diritto alla vita, quali espressioni di pensiero siano proibite dal diritto all'onore, quali trasmissioni di informazioni siano proibite dal diritto alla privacy dovrà comunque essere deciso. Ovvero, dal fatto che le diverse libertà da non siano esercitabili, non segue che le immunità che ne costituiscono le garanzie siano da esse logicamente implicate, o equivalenti al loro significato ordinario.

³³³ Ivi, p.748.

³³⁴ Ivi, p.392.

³³⁵ Ivi, p.301. L'elemento aggiuntivo che caratterizza le “situazioni” come un tipo particolare di modalità o di aspettative è che i loro argomenti “o meglio almeno uno dei loro argomenti, consistono in atti ossia in comportamenti rilevanti per il diritto come cause o effetti giuridici.

'Bene personalissimo' è qualunque bene fondamentale che sia oggetto di *'libertà da'* [...]

'Bene comune' è qualunque bene fondamentale che sia oggetto di *'libertà di'* [...]

'Bene sociale' è qualunque bene fondamentale che sia oggetto di diritti sociali³³⁶

A completare la classificazione dei beni vi sono poi i beni illeciti, che non sono oggetto di diritti, ma di divieti. In base a tali definizioni si può evincere la natura delle diverse garanzie giuridiche dei diversi beni fondamentali. I *beni personalissimi* saranno oggetto delle immunità connesse alle libertà di, i beni comuni saranno oggetto delle immunità e delle facoltà connesse alle libertà di, e ai beni sociali saranno connessi obblighi di prestazioni in capo a terzi. Dogmaticamente, guardando al contenuto dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici e normativamente, guardando al contenuto che tali diritti dovrebbero avere in base alla teoria della giustizia assunta da Ferrajoli:

I beni personalissimi e i beni comuni sono oggetto, essenzialmente, di beni diritti individuali negativi – quelli che ben possiamo chiamare *diritti biologici* all'integrità personale e *diritti ecologici* o dell'ambiente – consistenti in aspettative negative cui corrispondono, come garanzie, i limiti fondamentali espressi dai relativi divieti *erga omnes* di lesione, intendendosi ovviamente con 'lesione', a causa dell'indisponibilità giuridica dei relativi diritti anche la loro autonoma disposizione di fatto. I beni sociali sono invece oggetto di diritti positivi, cioè di aspettative positive cui corrispondono, come garanzie, i vincoli fondamentali espressi dai relativi obblighi pubblici, parimenti *erga omnes*, di fornire le prestazioni consistenti nella loro somministrazione.³³⁷

I *beni personalissimi* e i *beni comuni* sono dunque oggetto di diritti (fondamentali) di libertà, i *beni sociali* di diritti sociali (anch'essi fondamentali), mentre i *beni patrimoniali* sono oggetto, per definizione, dei soli diritti patrimoniali, che non sono fondamentali e sono *disponibili e derogabili*. Di fatto i diritti patrimoniali sono poi identificabili con diritti su beni reali, cioè su oggetti fisici e con diritti di credito, anch'essi identificabili in ultima istanza con diritti su beni fisici e pertanto i beni patrimoniali saranno oggetti fisici non identificabili né come beni personalissimi, né come beni sociali, né come beni comuni, né come beni illeciti. Distinti dai diritti patrimoniali sono i *diritti di proprietà*, che sono diritti di autonomia civile, ovvero *poteri* giuridici di divenire proprietari, di scambiare, cedere e acquisire beni e crediti sul mercato. Tali diritti sono, nei sistema dei Principia Iuris, *fondamentali e non disponibili*. Distinti dai diritti patrimoniali sui beni privati e dai diritti di proprietà sono inoltre i diritti sui

³³⁶ Ivi, pp. 777-778.

³³⁷ Ivi, p.778.

beni personalissimi, quali il proprio corpo, che sono diritti, fondamentali e indisponibili, di *libertà da* cioè immunità da interferenze non assimilabili a diritti disponibili sui beni reali, quali sarebbero diritti *patrimoniali* sul proprio corpo, né a diritti di autonomia, quali sarebbero diritti di *proprietà* su di esso.³³⁸

Si delinea quindi un quadro teorico in base al quale:

1)il diritto di divenire proprietari e di scambiare i propri beni patrimoniali sul mercato sarà indisponibile e inviolabile dallo stato in quanto diritto fondamentale di autonomia;

2)il diritto all'integrità fisica sarà indisponibile e inviolabile dallo stato, in quanto diritto di libertà di su un *bene personalissimo*: una definizione che esclude che esso possa essere ricondotto a un principio di proprietà di sé, cioè a un diritto patrimoniale sul proprio corpo. D'altro canto, l'identificazione del corpo di un soggetto di diritti come suo bene personalissimo non ne fa, nel sistema dei *Principia*, un *oggetto*, dal momento che il corpo si identifica con il soggetto e che uno degli assiomi del sistema è che un soggetto non è un oggetto, e viceversa;

3)i diritti patrimoniali su beni privati, in quanto distinti sia dai diritti su beni personalissimi, sia dai diritti di autonomia, saranno disponibili, e anche violabili dallo Stato.

A differenza dei diritti fondamentali, che sono indisponibili logicamente, cioè in dipendenza della forma universale della norma che li assegna, i beni fondamentali sono indisponibili deonticamente, cioè in dipendenza da un principio normativo in base al quale devono essere tali.³³⁹

Nei sistemi costituzionali formalizzati dalla teoria dei *Principia Iuris* i principi normativi in base ai quali certi beni sono definiti come indisponibili impongono anche che i diritti ad essi relativi siano universali (e Ferrajoli auspica anzi, in base ai suoi assunti normativi che giungano ad essere universali per la classe delle persone umane), ma tale connessione non è logicamente necessaria. Si può infatti benissimo ammettere, sul piano logico, la possibilità che un bene disponibile sia invece indisponibile, e viceversa. Ferrajoli cita a questo proposito il caso delle proprietà fondiarie dei cittadini spartani, che non potevano legalmente privarsene.³⁴⁰ In tal caso, un bene che negli ordinamenti odierni è patrimoniale era invece fondamentale e protetto da un diritto fondamentale. Per contro, un

³³⁸ Ivi, pp.742-747.

³³⁹ Ivi, p.780.

³⁴⁰ Cfr Luigi Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in Luigi Ferrajoli, *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, 2001, p. 311.

bene e un diritto fondamentale possono essere “degradati” a diritti patrimoniali ammettendone la cessione e la negoziazione nel mercato, come potrebbe avvenire, per esempio, per i diritti sociali o per altri diritti come i diritti politici o civili.

Una revisione della condizione di universalità

Nel quarto paragrafo del primo capitolo ho sostenuto da un lato che i diritti universali implicano, con l'eccezione dei diritti procedurali, diritti singolari ad essi connessi, dall'altro che l'universalità dei diritti non implichi la loro indisponibilità, ma quest'ultima sia implicata dalla natura tetica delle norme. Riassumo brevemente qui le ragioni di queste tesi: 1) i diritti universali implicano (in genere) diritti singolari perché ogni diritto universale che comporti l'assegnazione ai membri di una classe universale di risorse collocate nello spazio e nel tempo comporta diritti singolari su questa o quella risorsa, specificata dalla sua collocazione spazio-temporale; 2) l'universalità non implica l'indisponibilità perché una norma ipotetica universale, che assegni a tutti i membri di una classe diritti singolari a condizione che si verifichino certe condizioni ulteriori, resta universale anche se tali diritti singolari non sono assegnati a tutti membri della classe; 3) l'indisponibilità di un diritto è invece implicata dalla natura tetica della norma che lo prescrive, in quanto un diritto immediatamente disposto da una norma non può dipendere dal verificarsi di condizioni ipotetiche, inclusa la condizione che un diritto disponibile non sia stato di fatto alienato dal suo titolare, oppure limitato o abrogato dallo Stato. In particolare l'universalità di una norma tetica prescrittiva di un diritto implicherà l'indisponibilità di tale diritto per tutti i membri della classe cui è assegnato (allo stesso modo, d'altro canto, la singolarità di una norma tetica prescrittiva di un diritto implicherà l'indisponibilità del diritto all' unico membro della classe cui è assegnato, anch'essa considerabile come universale).

D'altro canto una norma ipotetica che predisponga diritti condizionatamente al verificarsi di determinate circostanze potrebbe essere considerata anche come una norma tetica che stabilirebbe l'associazione giuridicamente necessaria tra tali diritti e tali circostanze. Tale norma disporrebbe il diritto ai diritti predisposti, il quale, a differenza di questi ultimi, sarebbe indisponibile. Per esempio un diritto ipotetico a ricevere cure mediche, condizionale alla circostanza della necessità di tali cure, sarà anche un diritto tetico a ricevere cure mediche qualora se ne abbia la necessità. I sani non avranno diritto alle cure mediche predisposte dal diritto alla salute, mentre conserveranno il diritto a ricevere tutte le cure di

cui abbiano bisogno. Un diritto ipotetico a divenire proprietari qualora si compiano certi atti di acquisizione legalmente efficaci, sarà anche un diritto tetico alla proprietà dei beni legalmente acquisiti. Chi non abbia acquisto legalmente beni non avrà alcun diritto patrimoniale, mentre conserverà il diritto di divenire proprietario di beni. Se tuttavia le cure mediche potessero essere arbitrariamente negate ai malati e i beni legalmente acquisiti potessero essere arbitrariamente sottratti a chi li avesse legittimamente acquisiti, il diritto alle cure mediche e il diritto di divenire proprietari non sarebbero universalmente garantiti ai loro titolari.

Tale conclusione contrasta, per ciò che riguarda il diritto di proprietà, con la ricostruzione teorica di Ferrajoli, per la quale il diritto fondamentale di proprietà è indisponibile solo nel senso che nessuno potrebbe legalmente privarsi o essere privato del potere giuridico di acquisire beni di proprietà, ma la disponibilità mediante cessione sul mercato o donazione o mediante limitazioni o espropri da parte dello Stato dei diritti patrimoniali non riguarderebbe in alcun modo il diritto di proprietà e non ne inficerebbe l'indisponibilità e l'universalità. Ciò sembra contrastare con la circostanza che dal diritto di acquisire beni deriva di fatto negli ordinamenti positivi un'indisponibilità *condizionale* dei diritti patrimoniali: se Tizio ha acquistato una casa, non l'ha venduta ed essa non è espropriabile a norma di legge, il suo diritto patrimoniale sulla casa è indisponibile e tale indisponibilità coincide con l'indisponibilità del diritto di proprietà di Tizio: la norma che lo prescrive *dispone* infatti che Tizio, soddisfatte certe condizioni, sia proprietario di un bene reale, essendo tale disposizione equivalente alla predisposizione della proprietà del bene reale qualora si verificano quelle stesse condizioni. L'indisponibilità condizionale dei diritti patrimoniali deriva precisamente dal fatto che questi sono prescritti da una norma tetica che li associa a determinate circostanze (equivalente alla norma ipotetica che li *predispone* qualora tali circostanze si verificano). Nelle circostanze previste, la norma implica il divieto della disposizione dei diritti patrimoniali. La norma in questione, d'altro canto, altro non è che la norma che assegna il diritto di divenire proprietari mediante atti di autonomia privata, cioè il diritto di proprietà, specificando la natura di questi atti, le condizioni e i limiti della loro validità, i loro effetti giuridici insieme alle modalità mediante le quali possono essere modificati o annullati, in circostanze determinate. Disporre dei diritti patrimoniali nelle circostanze nelle quali la norma lo esclude significherebbe dunque disporre anche del diritto di proprietà: un modo astratto di affermare che se un individuo può essere espropriato

arbitrariamente dei beni da lui legittimamente acquisiti può anche essere arbitrariamente privato del diritto di acquisire beni. Infatti, una soggezione illimitata a un potere giuridico di espropriare beni di proprietà (o di limitarne o proibirne in altro modo l'uso o la disposizione) renderebbe potenzialmente nullo, circa i suoi effetti giuridici, qualsiasi atto di acquisizione. L'indisponibilità del diritto di proprietà richiederà dunque anche una indisponibilità condizionale dei diritti patrimoniali, e poiché l'universalità del diritto di proprietà richiede la sua indisponibilità, un diritto di proprietà universale richiederà anche questa indisponibilità condizionale dei beni patrimoniali.

Tale dipendenza dell'universalità del diritto di proprietà dall'indisponibilità dei diritti patrimoniali, occorre ribadire, è relativa alle circostanze che le norme indicano come condizioni per la validità dei diritti patrimoniali ed esse potranno ben includere, oltre al compimento degli atti necessari all'acquisizione della proprietà di un bene, altre condizioni anche negative, come non essere il bene in questione incluso in una categoria sottratta alla possibilità di acquisizione privata (come nel caso di un bene classificato come "comune"), il fatto che l'atto di acquisizione non sia stato seguito da un atto di cessione, il fatto che il bene non sia soggetto ad un atto legale di esproprio motivato da un interesse pubblico, ecc... Tuttavia, se esisteranno circostanze nelle quali il bene non potrà essere legittimamente sottratto al suo titolare, in tali circostanze il bene sarà indisponibile e, d'altro canto, circostanze di questo tipo dovranno necessariamente esistere per poter affermare che il diritto patrimoniale in questione abbia una qualsiasi garanzia legale, cioè che esista l'aspettativa di poter diventare e rimanere di fatto proprietari del bene. Benché l'indisponibilità di un bene patrimoniale possa riguardare anche circostanze nelle quali la cessione o lo scambio del bene fossero proibite o inefficaci, il diritto di proprietà sarebbe comunque salvaguardato da un sistema normativo nel quale i beni patrimoniali fossero sempre volontariamente alienabili dai proprietari, e ciò appunto perché in ogni caso la disposizione mediante alienazione volontaria dipenderebbe dalla volontà del soggetto. La possibilità illimitata di cedere o di scambiare i propri beni di proprietà non limiterebbe né annullerebbe il diritto di proprietà, perché non limiterebbe né annullerebbe l'aspettativa di rimanere indefinitamente proprietari di beni patrimoniali acquisiti mediante atti di autonomia privata. Ad essere necessario sarebbe invece un qualche limite alla possibilità da parte di terzi (incluso lo Stato) di espropriare i beni patrimoniali o di limitarne la libertà d'uso, perché in tali circostanze non sarebbe garantita nessuna aspettativa di rimanere proprietari dei beni legittimamente acquisiti o di poterne

autonomamente determinare l'uso. Inoltre, essendo lo scambio la modalità prevalente di acquisizione di beni patrimoniali mediante atti di autonomia privata, un sistema che lo proibisse per tutte le classi di beni limiterebbe molto la possibilità effettiva di esercitare il diritto di divenire proprietari. Anche un sistema che proibisse ogni scambio di beni patrimoniali e persino ogni cessione di essi, anche unilaterale, potrebbe ammettere modalità di acquisizione alternative ed essere quindi compatibile con il diritto di proprietà. Altrettanto non si potrebbe affermare, invece, di un sistema che non ponesse limiti al potere giuridico di esproprio o di limitazione del diritto di utilizzare i beni patrimoniali.

Un'altra precisazione necessaria è che le circostanze dell'indisponibilità dei diritti patrimoniali possono cambiare nel tempo: un esproprio illegale in un dato momento potrà per esempio essere reso legale in un momento successivo da una modifica legislativa. Tale modifica determinerà però un cambiamento non solo della distribuzione dei diritti patrimoniali, ma anche del contenuto prescrittivo della norma assegnatrice del diritto di proprietà. In seguito a tale cambiamento infatti, il diritto di proprietà non predisporrà più gli stessi diritti patrimoniali nelle stesse circostanze, né escluderà la disposizione dei diritti patrimoniali nelle stesse circostanze nelle quali la escludeva prima del cambiamento. L'insieme delle sue conseguenze normative, in particolare quelle relative alle immunità da espropri totali, o parziali sarà differente e quindi sarà differente il suo significato prescrittivo.

Il significato prescrittivo di un diritto coincide nel sistema dei *Principia Iuris* con le sue garanzie, cioè con gli obblighi e i divieti di cui il diritto soggettivo costituisce l'aspettativa. Tra le garanzie del diritto di proprietà vi sono necessariamente anche le garanzie dei diritti patrimoniali da esso predisposti, perché il diritto di proprietà, cioè il diritto di divenire proprietari, implica l'aspettativa della proprietà di certi beni patrimoniali in determinate circostanze. Le garanzie della prima aspettativa sono quindi garanzie anche della seconda. In particolare, un'immunità condizionale (non assoluta, ma valida in certe circostanze e non in altre) dall'esproprio totale o parziale di un bene patrimoniale garantirà la permanenza degli obblighi e dei divieti che sono oggetto dell'aspettativa del proprietario, quali il divieto di invadere la sua proprietà o l'obbligo di consegnarli un bene da lui acquistato. Senza queste garanzie, l'acquisto di un bene mediante un atto di autonomia privata non comporterebbe l'aspettativa normativa di poterne goderne. Tale atto non varrebbe dunque a renderne l'autore proprietario legale del bene nel senso ordinario, che certamente comporta l'aspettativa normativa di questo godimento.

Dal fatto che le garanzie dei diritti patrimoniali siano garanzie dei diritti di proprietà segue poi che i beni patrimoniali debbano essere oggetto non dei soli diritti patrimoniali, ma dello stesso diritto di proprietà. Infatti, i beni oggetto di un diritto sono per definizione gli oggetti delle situazioni giuridiche - cioè delle modalità e delle aspettative - relative alle azioni che le garanzie del diritto prescrivono o proibiscono. La proibizione di sottrarre un oggetto fisico al proprietario o l'obbligo di consegnarglielo sono situazioni giuridiche che definiscono l'oggetto come bene giuridico. Essendo tali situazioni al contempo garanzie del diritto patrimoniale sull'oggetto e del diritto di proprietà, esse lo definiscono sia come bene patrimoniale (oggetto di un diritto patrimoniale), sia come bene fondamentale oggetto del diritto fondamentale di proprietà.

Tale conclusione contrasta però con la natura mutuamente esclusiva delle definizioni di beni e diritti fondamentali e beni e diritti patrimoniali nei *Principia Iuris*, fondata sulla disponibilità dei primi e indisponibilità dei secondi. Da tale mutua esclusività si ricaverebbe piuttosto che i beni tutelati dai diritti di proprietà non possano essere i beni patrimoniali. Un bene fondamentale è infatti per definizione un bene, deonticamente indisponibile, oggetto di un diritto fondamentale, logicamente indisponibile, mentre un bene patrimoniale è un bene deonticamente disponibile, oggetto di un diritto patrimoniale deonticamente disponibile, e ciò che è disponibile non può mai, nel sistema dei *Principia*, essere indisponibile, e viceversa. D'altro canto, i beni tutelati dai diritti di proprietà non potranno nemmeno essere beni *personalissimi*, perché questi sono oggetto di diritti *di libertà*, distinti dai diritti di autonomia in quanto *poteri giuridici*. Neppure essi potranno essere beni *comuni*, in quanto questi ultimi sono per definizione esclusi dalla possibilità di acquisizione e scambio nel mercato, la quale possibilità costituisce al contrario precisamente il potere giuridico garantito dal diritto di proprietà come inteso da Ferrajoli (è inoltre ovviamente da escludersi che oggetto dei diritti di proprietà, come di qualsiasi altro diritto, siano beni *illeciti*).

Di fatto, Ferrajoli non indica una particolare classe di beni come oggetto dei diritti di autonomia e del diritto di proprietà in particolare. Ammettere che i beni patrimoniali siano oggetto del diritto di proprietà oltre che dei diritti patrimoniali, con la conseguenza sopra ricordata che la disponibilità di questi ultimi nelle circostanze nei quali sono prescritti lederebbe l'universalità del primo, comporterebbe una riclassificazione dei beni. La mutua esclusività delle definizioni di beni patrimoniali e fondamentali potrebbe in realtà essere superata ammettendo che le nozioni definitorie di disponibilità e indisponibilità non siano

esser stesse mutuamente esclusive, perché non categoriche, ma ipotetiche. Se, per esempio, un bene di proprietà potesse essere scambiato sul mercato ed espropriato per condanne civili o penali e in casi definiti di utilità pubblica, e previo indennizzo, ma non potesse essere sottratto al proprietario in nessun' altra circostanza, esso sarebbe al contempo disponibile nei casi previsti dalla legge e indisponibile in tutti gli altri. Come tale, esso sarebbe sia un bene patrimoniale, oggetto di un diritto patrimoniale, sia l'oggetto di un diritto fondamentale di proprietà, che comporterebbe l'aspettativa di rimanere, in accordo con la legge, proprietari dei beni lecitamente acquisiti.

Ci si può chiedere tuttavia se, continuando ad escludere che i beni patrimoniali possano essere oggetto di diritti fondamentali sia possibile indicare un particolare bene o una particolare classe di beni come oggetto proprio del diritto di proprietà e più in generale i diritti di autonomia. Rispondere a questa domanda sarebbe utile per capire che cosa esattamente prescriverebbe, in un sistema giuridico descrivibile secondo le definizioni dei *Principia Iuris*, la norma assegnatrice del diritto di proprietà. Poiché tutti i beni ivi definiti nella sua classificazione sarebbero, come abbiamo visto, esclusi come possibile oggetto del diritto di proprietà, cercare di fornire un'alternativa richiederebbe l'individuazione di un bene non classificato nei *Principia*. Mi sembra plausibile individuarlo come il bene astratto dell'*eguaglianza giuridica* rispetto alla possibilità legale di acquisire, utilizzare, cedere e scambiare beni di proprietà, un bene consistente nel non subire discriminazioni a questo riguardo in quanto membri di un sottogruppo della classe dei capaci di agire. In altri termini: si può ipotizzare un diritto di proprietà che, non riguardando i beni patrimoniali non comporti nessuna garanzia a tutela di questi ultimi, ammettendo che le uniche garanzie ad esso connesse consistano nel divieto di leggi o di altri giuridici che limitino o aboliscano i diritti di diventare proprietari, di usare dei propri beni, di scambiarli, ecc. su una base discriminatoria. Il bene protetto da tali garanzie sarebbe appunto il bene dell'*eguaglianza giuridica*. Ciò significherebbe anche, ancora, che l'aspettativa in cui il diritto soggettivo di proprietà consisterebbe altro non sarebbe che l'aspettativa dell'*eguaglianza giuridica* in riferimento all'acquisizione, all'uso alla cessione e allo scambio dei beni di proprietà.

In un sistema così concepito sarebbe legalmente impossibile, per esempio, privare le donne maggiorenni così come qualsiasi altro sottogruppo dei capaci di agire, del diritto di acquisire beni patrimoniali, di farne uso, di scambiarli. Ciò lederebbe direttamente infatti, l'universalità del diritto: in seguito a simili atti, se essi, per assurdo, avessero efficacia

giuridica non tutti i membri della classe dei capaci di agire sarebbero titolari del diritto di proprietà. Invece, sarebbe sempre legalmente possibile che qualunque membro della classe dei capaci di agire venisse privato in tutto o in parte di questi diritti in accordo con una norma universale. Quest'ultima, applicandosi in modo eguale a tutti i membri della classe dei capaci di agire non lederebbe la loro eguaglianza giuridica, e ciò nemmeno se fosse indipendente dal verificarsi di una qualsiasi circostanza: tutti potrebbero per esempio essere espropriati dei beni appartenenti a una certa classe (per esempio, delle loro abitazioni, o delle terre coltivabili, o dei mezzi di produzione industriale) o persino di tutti i beni di loro proprietà senza che ciò leda la loro eguaglianza giuridica relativamente all'acquisizione all'uso e alla disposizione dei beni di proprietà.

La garanzia dell'eguaglianza giuridica circa il diritto di proprietà sarebbe in un sistema siffatto un'immunità da atti discriminatori di limitazione dei poteri giuridici relativi ai beni patrimoniali e dei loro effetti. Associata alle generiche garanzie dei diritti di libertà personale, che proteggono dalle interferenze con gli atti fisici necessari al compimento degli atti giuridici con i quali si diviene proprietari, essa costituisce effettivamente una componente minimale necessaria perché un qualsiasi diritto universale di proprietà sia garantito. Un tale diritto richiede certamente infatti la libertà di compiere gli atti con i quali si diventa proprietari, la protezione di questa libertà da interferenze di terzi e l'immunità da atti discriminatori. È chiaro però che una nozione di diritto di proprietà che si limitasse a prevedere queste garanzie, ammettendo qualsiasi limitazione o annullamento non discriminatorio degli effetti giuridici degli atti di acquisizione, sarebbe fortemente revisionista rispetto a ciò che per diritto di proprietà si intende comunemente, sia nei codici effettivamente esistenti che nei discorsi extra-giuridici su di essi. Inoltre, e in modo più determinante, un diritto di proprietà le cui garanzie fossero così limitate, sarebbe un'aggiunta inutile al codice, dal momento che i suoi effetti giuridici coinciderebbero con quelli di un principio di eguaglianza di fronte alla legge unito al diritto alla libertà personale. A predisporre gli effetti (per altro sempre revocabili) degli atti di autonomia civile aventi per oggetto i beni patrimoniali interverrebbero poi leggi ordinarie, cui non dovrebbe essere attribuito il grado costituzionale e sovraordinato che la norma prescrittiva di un diritto fondamentale di proprietà avrebbe in un sistema conforme ai *Principia Iuris*. Anche da un diritto di proprietà garantito soltanto dall'eguaglianza di fronte alla legge e dal divieto di interferenza con gli atti di libertà individuale, d'altro canto, non deriverebbe alcuna ulteriore

conseguenza normativa sovraordinata rispetto a quelle di leggi ordinarie: tutti i titoli di proprietà, le libertà di azione e i poteri giuridici acquisiti esercitando un simile diritto potrebbero infatti essere legalmente limitati o soppressi senza generare nessuna antinomia con esso.

Per questi motivi, sembra opportuno concepire un qualsiasi diritto fondamentale di proprietà, pur suscettibile di diverse formulazioni e limitazioni, come necessariamente connesso a garanzie aventi per oggetto i beni patrimoniali acquisibili mediante atti di autonomia civile e dunque i diritti patrimoniali su tali beni. Da un tale concetto di diritto di proprietà segue, come sostenuto più sopra, che la violazione di tali garanzie renderà il diritto di proprietà non universale rispetto alla classe dei capaci di agire. Un diritto di proprietà dotato di conseguenze normative non ridondanti rispetto a quelle dell'eguaglianza giuridica della libertà personale, richiede cioè, per soddisfare la condizione di universalità, diritti patrimoniali non disponibili in circostanze legalmente determinate.

Questa tesi può inoltre essere generalizzata a tutti i diritti universali che comportino il controllo di risorse fisiche collocate nello spazio e nel tempo e dunque diritti singolari su queste risorse che dovranno essere indisponibili almeno in alcune circostanze e che richiederanno garanzie legali di questa indisponibilità: tali garanzie non saranno solo relative ai diritti singolari, ma anche ai diritti universali ad essi connessi. Il diritto universale all'integrità fisica, per esempio, comporterà diritti dei singoli individui sui loro corpi individuali, e l'indisponibilità, almeno in alcune situazioni, di questi diritti (e dei corpi stessi, che saranno i beni oggetto dei diritti) sarà una condizione necessaria dell'indisponibilità del diritto universale. Il diritto universale alla salute comporterà diritti singolari indisponibili su medicinali, mezzi tecnici, prestazioni professionali, posti letto. Il diritto universale alla libertà di espressione comporterà diritti singolari indisponibili almeno ad alcune delle risorse necessarie a veicolare il proprio pensiero: anche riducendo al minimo queste risorse, come nel caso di chi semplicemente prenda la parola davanti a degli ascoltatori sarà comunque necessario il controllo esclusivo di uno spazio per un certo periodo di tempo, controllo che comporterà il diritto di proibire ad altri di prendere a loro volta la parola. I diritti patrimoniali non costituiscono dunque un caso specifico, differenziato rispetto ad altri tipi di diritti, ma soltanto un esempio di diritti singolari che almeno relativamente a certe condizioni devono essere indisponibili per garantire l'indisponibilità (e l'universalità) del diritto universale ad essi connesso.

D'altro canto, anche i beni che i Principia Iuris classificano come indisponibili potranno essere disponibili condizionatamente al verificarsi di circostanze ipotetiche. Il bene personalissimo della libertà personale potrà per esempio essere limitato per esigenze di sicurezza o in presenza di condanne penali, il godimento dei beni sociali potrà essere limitato da un bilanciamento con altri beni sociali (per esempio, le risorse destinate al bene sociale della sanità potranno essere ridotte per aumentare quelle destinate al bene sociale dell'istruzione, o viceversa), i beni comuni potranno a certe condizioni stabilite dalla legge, essere privatizzati. Ordinamenti che ammettano simili disponibilità di questi beni non renderanno non universali i diritti ad essi, purché i beni siano disponibili in circostanze previste dalle norme e queste si applichino in modo eguale a tutti i membri della classe dei titolari dei diritti. L'universalità di un diritto altro non è infatti che l'eguaglianza relativamente a tale diritto di tutti i membri di una classe. Tale eguaglianza deve essere distinta dalla definizione del diritto, cioè dal contenuto prescrittivo della norma che lo assegna, di cui fa parte l'indicazione delle circostanze ipotetiche nelle quali il diritto richiede l'applicazione delle sue garanzie ed eventualmente di quelle in cui non lo richiede. E' certamente possibile che alcune garanzie di un diritto siano sempre da applicare: il diritto alla vita, per esempio, potrebbe implicare come garanzia incondizionata il divieto dell'omicidio volontario, il diritto all'eguaglianza giuridica il divieto di trattamenti discriminatori. Dal fatto però che alcune garanzie di un diritto siano disponibili e dunque non sempre in vigore, non segue la non universalità del diritto, purché le circostanze nelle quali le garanzie si applicano e quelle nelle quali non si applicano siano le stesse per tutti i titolari della classe. Ciò basta infatti a determinare l'assolutezza dei doveri (di commissione e di omissione) correlativi al diritto, ovvero, secondo la definizione dei Principia, il loro essere rivolti a tutti i membri della classe. Perché un diritto sia universale è sufficiente cioè che esso prescriva, nelle medesime circostanze, gli stessi obblighi verso tutti i membri della classe dei titolari. Il fatto che in diverse circostanze tali obblighi siano differenti non cambierà l'assolutezza dei doveri né, pertanto, l'universalità del diritto. Una volta definito un diritto, ovvero il significato prescrittivo della norma che lo assegna, la violazione della condizione di universalità si avrebbe cioè soltanto se per diversi sottogruppi della classe dei titolari gli insiemi delle conseguenze normative fossero diversi, ovvero se nelle circostanze ipotetiche le medesime linee di condotta fossero qualificate diversamente verso i membri di un sottogruppo e verso quelli di un altro. Per esempio, il diritto alla salute sarebbe non universale rispetto alla classe

dei cittadini se, in caso di malattia, certe prestazioni mediche fossero obbligatorie nei confronti di chi avesse precedentemente condotto uno stile di vita sano e non nei confronti di chi avesse abitudini rischiose, quali il fumo o la sedentarietà. Invece, se il finanziamento delle cure mediche e dunque la loro disponibilità fossero condizionati a certi parametri della congiuntura economica, ma in caso di malattia ad ogni cittadino fosse assegnata la miglior cura disponibile per la sua condizione, il diritto non cesserebbe di essere universale.

4.3 -L'esito del confronto

Le teorie dei diritti di Hillel Steiner e di Luigi Ferrajoli presentano analogie che ne rendono possibile e interessante la comparazione e una eterogeneità fondamentale che richiede di precisare le modalità e il significato del confronto. Tale eterogeneità consiste nel fatto che mentre quella di Steiner è una teoria *della giustizia* che considera i diritti, appunto, come norme di giustizia, la teoria dei diritti di Ferrajoli è inserita all'interno di una *teoria del diritto* (positivo). Tuttavia, anche a livello metodologico, le due teorie presentano importanti affinità. In primo, luogo, entrambe considerano i diritti come *norme*, in secondo luogo, entrambi li indagano da un punto di vista formale, chiedendosi cioè quali caratteristiche, quale *forma*, debbano avere delle norme per essere considerate diritti. Tali domande sono assunte come preliminari rispetto a quelle circa il contenuto prescrittivo dei diritti o l'identificazione di coloro cui i diritti dovrebbero essere attribuiti.

Tale affinità ha suggerito il metodo del confronto tra le concezioni dei diritti di Steiner e quella di Ferrajoli. Le norme di giustizia cui si riferisce Steiner e quelle positive cui si rivolge l'indagine di Ferrajoli sono cioè state considerate come insiemi di norme con certe conseguenze normative e analizzati come tali. Il criterio in base al quale è stato condotto il confronto è stato definito nel primo capitolo, nel quale ho argomentato l'opportunità di richiedere che sistemi normativi verificchino condizioni di coerenza, completezza e universalità. L'oggetto del confronto non sono state dunque le concezioni della giustizia di Steiner e Ferrajoli o le loro assunzioni valoriali, né gli argomenti di Steiner a sostegno della sua concezione dei diritti o la costruzione assiomatica mediante la quale Ferrajoli ha costruito la sua teoria dei diritti, ma le caratteristiche dei sistemi normativi che questa concezione e questa teoria delineano.

Tali sistemi hanno, intanto, tratti comuni che converrà qui riassumere: entrambi sono sistemi che assegnano ai diritti, o a una certa classe di diritti, una priorità lessicale su altre norme dei sistemi normativi di cui i diritti sono sottoinsiemi. In virtù di tale priorità lessicale, in entrambi i sistemi dai diritti saranno deducibili conseguenze normative di secondo livello, relativi alle norme in posizione gerarchicamente inferiore. Nella teoria di Steiner, i diritti permetteranno scelte tra norme in conflitto, selezionando univocamente tra gli obblighi impossibili da essi derivanti. Nella teoria di Ferrajoli, i diritti di rango costituzionale (diritti fondamentali vitali) implicheranno l'*invalidità* di norme che confliggano con essi e l'*obbligo della produzione* di norme che di garanzia della loro attuazione. Alla priorità lessicale dei diritti può essere ricondotta anche la caratteristica della loro inderogabilità: sia nel sistema di Steiner che in quello di Ferrajoli non sarebbe possibile derogare ai diritti in accordo con un principio normativo ad essi sopraordinato. Entrambi i sistemi, inoltre, considerano i diritti come correlativi a doveri (Steiner riprende in questo le categorie hohfeldiane, Ferrajoli la definizione di diritto di Kelsen). Infine, entrambi i sistemi pretendono di non generare, o di generare solo in casi marginali e indicando strumenti efficaci per risolverli, conflitti tra diritti.

A queste analogie strutturali si contrappone la radicale differenza della definizione dei diritti fornite dalle due teorie. Mentre infatti per Steiner *i diritti sono diritti di proprietà*, intendendo questi ultimi come diritti di possesso su oggetti fisici determinati, Ferrajoli definisce una classe di diritti, i diritti fondamentali, strutturalmente eterogenei rispetto ai diritti di proprietà intesi come diritti patrimoniali su beni reali e diritti di credito., indicando nell'universalità (intesa come quantificazione universale su una certa classe dei loro titolari) dei primi e nella singolarità dei secondi (intesa come quantificazione esistenziale dei titolari) dei secondi. Anche qui, i termini del confronto sono per certi aspetti eterogenei: la definizione di diritti fondamentali fornita da Ferrajoli è una definizione stipulativa, come tale non pretende di essere né vera né falsa, ma piuttosto di essere compatibile con le realtà che ne costituiscono le possibili interpretazioni semantiche (in questo caso, certe classi di diritti riconosciute dai sistemi giuridici esistenti). La definizione di Steiner è ricavata da presupposti circa ciò che i diritti *dovrebbero fare* (fornire regole di giustizia che risolvano conflitti morali interpersonali, distribuendo libertà negative normative tra gli individui) e risponde quindi alla domanda circa ciò che i diritti *dovrebbero essere* (per altro, una dimensione valutativa non è assente dalla teoria di Ferrajoli, ma non riguarda la definizione di diritti fondamentali, quanto

piuttosto le questioni circa quali diritti debbano essere fondamentali, quali diritti fondamentali debbano essere costituzionalmente tutelati e quali debbano essere i titolari di tali diritti).

Ciò non rende tuttavia impraticabile il confronto, che non si è proposto di valutare la teoria dei diritti di Steiner come *teoria della giustizia*, o quella di Ferrajoli come parte di una *teoria del diritto*, ma di confrontare i modelli dei sistemi normativi dei diritti delineati dalle due teorie in relazione a certe condizioni giustificate in relazione alla razionalità pratica di un ipotetico legislatore i cui scopi siano definiti secondo un livello crescente di determinazione: se la coerenza di un sistema normativo può essere una condizione per attribuire al legislatore uno scopo qualsiasi, la completezza sarà richiesta dalla volontà di un rendere prevedibili le qualificazioni deontiche delle azioni e l'universalità di attribuzione rispetto a una certa classe dall'adesione ad un qualche principio morale egualitario relativamente a tale classe.

Gli esiti di tale confronto, che penso possano essere generalizzati a sistemi normativi di diritti con caratteristiche strutturali analoghe a quelle dei sistemi prospettati dalle teorie di Steiner e Ferrajoli, cioè da un lato a sistemi di diritti di proprietà intesi come diritti di possesso esclusivo di oggetti fisici e dall'altro a sistemi di aspettative normative a commissioni o omissioni attribuite universalmente rispetto ai membri di una certa classe (o, il che è lo stesso, a sistemi di obblighi di commissione o di omissione verso tutti i membri di una certa classe), possono così essere riassunti:

1) È teoricamente possibile un sistema di diritti di proprietà coerente e completo. Tale possibilità è fondata sulla soddisfazione, da parte di un sistema di diritti di proprietà che assegni univocamente titoli su porzioni disgiunte del mondo fisico, della condizione di composibilità tra gli obblighi introdotta da Steiner e dalla possibilità di rendere assoluta la completezza di tale sistema introducendo una norma di chiusura de tipo "tutto ciò che non è proibito è permesso". Gli ostacoli che la costruzione di un tale sistema incontrerebbe deriverebbero - a parte quelli dovuti alla possibile imperizia del legislatore, che potrebbe sempre attribuire ai proprietari obblighi non composibili, o non regolare circostanze da lui stesso identificate come rilevanti - da casi relativamente marginali, dalla stessa strutturale varietà indefinita dei casi possibili che un sistema normativo non potrebbe prendere in considerazione uno per uno, dalla vaghezza ineliminabile del linguaggio naturale. Tali ostacoli riguarderebbero dunque l'applicazione del sistema normativo a casi specifici, che

comunque potrebbe essere resa progressivamente più efficace, rendendo più preciso il linguaggio delle leggi (o anche incorporando le decisioni giudiziali sui casi marginali nel sistema normativo, attribuendo valore legale ai precedenti).

2) Anche un sistema di diritti come aspettative a prestazioni o omissioni potrebbe essere coerente e completo, ma ciò richiederebbe di concepire l'oggetto di un'aspettativa normativa come definibile soltanto in riferimento alla totalità del sistema dei diritti, oppure come definita dalle norme "di garanzia" teoricamente subordinate ai diritti, di modo che anche il significato prescrittivo di questi ultimi sarebbe definito nel tempo con la produzione di tali norme di garanzia. La difficoltà di attribuire un significato indipendente alle aspettative normative sarebbe connessa, fondamentalmente, alla possibilità di conflitti tra diritti a livello di circostanze determinate nello spazio e nel tempo, nelle quali diversi diritti, o anche un medesimo diritto, potrebbero richiedere prestazioni o omissioni non componibili perché estensionalmente in parte sovrapposte. Cioè a dire che si avrà un sistema normativo coerente e completo in relazione a casi generici e alle azioni tipiche da essi richieste ma che soltanto mostrando la possibilità di riportare ogni caso individuale univocamente nell'uno o nell'altro dei casi generici sarebbe però possibile garantire che le soluzioni normative connesse a tali casi generici lo fossero anche ai casi individuali. La difficoltà di ottenere ciò sarebbe data dal fatto che alcune circostanze spazio-temporalmente determinate che determinerebbero l'obbligatorietà di fornire una certa prestazione o un certo bene a un certo soggetto potrebbero allo stesso tempo richiedere di fornire la stessa prestazione o lo stesso bene ad un altro soggetto. Mentre nel caso generico della malattia di due individui X e Y, tutti gli stati di cose in cui cure mediche non fossero fornite a entrambi sarebbero univocamente proibiti, nel caso individuale in cui X fosse malato, l'azione spazio-temporalmente determinata di fornire una cura medica determinata (per esempio un farmaco, o la prestazione di un medico) potrebbe essere deonticamente indeterminata o determinata in modo conflittuale, perché il caso della malattia di X potrebbe coincidere estensionalmente con il caso della malattia di Y nel quale sarebbe obbligatorio impiegare la medesima risorsa per fornirgli cure mediche. Oppure, l'azione spazio-temporalmente determinata di impiegare un certo ammontare di risorse monetarie per le cure di X potrebbe essere deonticamente indeterminata per la coincidenza del caso della malattia di X e di quello dell'ingresso nell'età scolare di Z, che richiederebbe l'impiego di tale determinata risorsa monetaria. La *possibilità* che in questi

casi determinati non sia possibile ricorrere a risorse alternative per garantire le aspettative di entrambi i soggetti coinvolti dipende naturalmente dall'ammettere che in generale il problema dell'attribuzione dei diritti riguarda circostanze nelle quali le risorse sono scarse. Da tale scarsità non deriveranno necessariamente situazioni nelle quali le risorse non saranno sufficienti a garantire le aspettative normative di più individui, ma, appunto, necessariamente tali circostanze *potranno* presentarsi in condizioni di scarsità di risorse, e quindi saranno *casi individuali possibili*

Per altro, il problema dei casi individuali ammette una soluzione generale, consistente nel determinare i diritti a risorse come diritti a quantità eguali di queste risorse. Facendo questo, casi come quelli del conflitto tra X e Y o tra X e Z sarebbero risolti univocamente, perché né X né Y avrebbero diritto a una specifica risorsa, ma soltanto a una quantità eguale delle risorse disponibili. Nei casi generici nei quali un soggetto avesse una quantità di una risorsa inferiore a quella eguale, sarebbe obbligatorio fornirgliela. Nel caso in cui avesse a disposizione esattamente una quantità eguale sarebbe obbligatorio lasciarla a sua disposizione, mentre nel caso in cui avesse a disposizione una quantità maggiore di quella eguale, sarebbe obbligatorio sottrargli le risorse in eccedenza per destinarle a chi ne avesse una quantità inferiore a quella eguale.

Perciò, mentre i casi generici definiti in base alle aspettative di classi di beni e prestazioni non realizzerebbero una partizione dell'Universo dei Casi, (perché i casi individuali non potrebbero essere attribuiti univocamente ai casi generici nei quali tali aspettative fossero attribuite a un individuo piuttosto che a un altro, o a entrambi), i casi generici definiti in base al possesso o non possesso di risorse eguali realizzerebbero una partizione, in quanto ogni caso individuale rientrerebbe in un caso generico o nell'altro. Per garantire che le aspettative normative individuali corrispondano a soluzioni normative univoche, sarebbe cioè sufficiente definirle come aspettative di beni o di azioni determinati quantitativamente, cioè a *diritti al possesso esclusivo di oggetti fisici* identificati non mediante titoli di proprietà individuali, ma *applicando una condizione di distribuzione eguale*.

3) L'universalità dei diritti fondamentali e la loro inalienabilità non supportano la tesi della loro differenza strutturale rispetto ai diritti di proprietà, perché ogni diritto universale predisporrà ipoteticamente diritti singolari che verranno attribuiti se si verificheranno certe

circostanze. Ciò varrà per il diritto di proprietà come per altri diritti. La garanzia giuridica del diritto universale, comunque, sarà nulla se anche i diritti singolari da esso ipotizzati non saranno garantiti giuridicamente (per esempio, non vi sarebbe diritto di proprietà se tutti i titoli di proprietà fossero espropriabili senza risarcimento senza che sia il richiesto il verificarsi di una qualsiasi circostanza determinata). D'altro canto, l'alienazione, sia mediante rinuncia che mediante trasferimento, di diritti singolari, non comporterà l'alienazione del diritto universale ad avere diritti singolari analoghi. A dispetto delle diverse possibili modalità di alienazione dei diritti singolari (rinuncia o trasferimento, per esempio) tale struttura del rapporto tra diritti universali e diritti singolari è comune ai diritti di autonomia civile, cioè ai diritti di acquisire e vendere beni di proprietà sul mercato, rispetto ai diritti patrimoniali e agli altri diritti universali rispetto ai diritti singolari ad essi connessi (ad esempio, al diritto di manifestazione del pensiero rispetto alle singole occasioni di manifestazioni del pensiero, o al diritto all'integrità fisica rispetto ai singoli diritti di non violazione dell'integrità fisica).

Capitolo 5. - Il Principio di self-ownership e il Principio di acquisizione

Un sistema di diritti proprietari inserito in un codice di diritti positivi includerebbe sia un diritto alla proprietà di sé (self-ownership), sia diritti su risorse naturali esterne agli individui.

Mentre l'assegnazione delle specifiche risorse oggetto del diritto alla self-ownership risulterebbe univocamente determinata, non è immediatamente evidente quali e quante risorse esterne dovrebbero essere assegnate ad ogni individuo.

Nelle teorie della proprietà di ispirazione lockiana, un principio di giusta acquisizione permette la distribuzione iniziale di titoli di proprietà sulle risorse esterne, che successivamente possono essere trasferiti e scambiati mediante l'esercizio dei poteri giuridici ad essi connessi.

Il rapporto tra il diritto alla self-ownership e tale principio di acquisizione può essere configurato o meno come un rapporto di dipendenza: ovvero la self-ownership può essere intesa o meno come principio di giustificazione della acquisizione originaria, e si può ritenere o meno che le modalità e i limiti di tale acquisizione siano determinati dalla self-ownership.

La teoria lockiana dell'acquisizione mediante il lavoro sembra per esempio esibire entrambi questi rapporti di dipendenza: in primo luogo, è perché gli individui sono proprietari di se stessi che mescolando qualcosa di sé al mondo esterno divengono proprietari di porzioni di esso, in secondo luogo, tale principio di giustificazione determina sia la modalità unica mediante la quale l'appropriazione può avvenire (per l'appunto il lavoro), sia uno dei limiti cui essa va incontro, almeno in assenza di lavoro subordinato, ovvero quello della limitazione della stessa capacità di lavoro individuale.

Di seguito, intendo in primo luogo rispondere alla domanda circa il *perché* un sistema di diritti positivi *dovrebbe* includere un diritto alla self-ownership. La risposta a tale domanda avrà la forma di un imperativo ipotetico. Sosterrò cioè che *se* un legislatore intende che una *qualsiasi quantità di libertà empirica* sia tutelata giuridicamente, deve innanzitutto includere nel suo codice un diritto alla self-ownership (non necessariamente un pieno diritto alla self-ownership). Cioè a dire che in assenza di un diritto alla self-ownership *nessuna* quantità di libertà empirica può essere giuridicamente tutelata.

In secondo luogo, sosterrò che tale tutela giuridica di un quantitativo qualsiasi di libertà empirica sia parimenti necessaria la previsione di diritti individuali di *esclusione* dall'uso di risorse esterne.

Sebbene si possano immaginare diverse configurazioni di tali diritti di esclusione ed essi non debbano necessariamente coincidere con pieni e permanenti diritti di proprietà, essi sono il nucleo di diritti di privatizzazione almeno parziale delle risorse. Vale a dire che in assenza di una qualche forma di acquisizione originaria delle risorse esterne, e di un principio che la giustifichi, il diritto alla self-ownership sarebbe insufficiente ad assicurare il bene pregiuridico che, in ipotesi, dovrebbe tutelare, ovvero una (qualsiasi) quantità di libertà.

Inoltre, sosterrò che, mantenendo invariata la quantità di risorse sul quale verte, un diritto di esclusione garantirà una libertà tanto più grande quanto più si avvicinerà a un pieno diritto di proprietà.

In terzo luogo, mi chiederò se dal diritto di self-ownership derivi uno specifico principio di acquisizione.

Negando questa derivazione, sosterrò che in un qualsiasi sistema di diritti il principio di acquisizione non può che essere specificato da una decisione sovrana, non derivabile dal codice nel suo complesso o da una sua parte.

Proporrò quindi il *consenso* ipotetico come base di giustificazione di un principio di acquisizione, e sosterrò che l'adozione di questo criterio porti a favorire una distribuzione iniziale egualitaria delle risorse.

5.1 - La Proprietà di sé (self-ownership) in un sistema di diritti di proprietà

Per “diritto alla self-ownership” intendo, seguendo Gerald Allan Cohen, “the fullest right that a person (logically) can have over herself provided that each other person also has just such a right”³⁴¹. Tale diritto è a sua volta un aggregato di diritti, che corrispondono ai diritti che formano il diritto alla piena proprietà di un qualsiasi oggetto. Seguendo Peter Valentyne, Hillel Steiner e Michael Otsuka, essi sono classificabili come: “1) *control rights* over the use of the object; 2) *rights to compensation* if someone use the object without one's permission; 3) *enforcement rights* to prevent the violation of these rights or to extract compensation owed for past violation 4) *right to transfer* these right to others (by sale, rental,

³⁴¹ Gerald Allan Cohen, *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, 1995, p.213.

gift, or loan); and 5) *immunity to the nonconsensual loss of any of the rights of ownership*".³⁴²

Alla nozione massimale di diritto di self-ownership possono essere applicate limitazioni, senza che con ciò si giunga a cancellare il diritto alla proprietà di sé.

Una formulazione di un diritto meno che massimale alla self-ownership è ad esempio proposta da Michael Otsuka. In base ad essa, sono richiesti:

- 1) A very stringent right of control over and use of one's mind and body that bars others from intentionally using one as a means by forcing one to sacrifice life, limb, or labour, where such force operates by means of incursions or threats of incursions upon one's mind and body (including assault and battery and forcible arrest, detention, and imprisonment)
- 2) A very stringent right to all of the income that one can gain from one's mind and body (including one's labour) either on one's own or through unregulated and untaxed voluntary exchanges with other individuals.³⁴³

Così formulato, secondo Otsuka, il diritto alla self-ownership soddisfa l'obiettivo di proibire di usare (coercitivamente) altre persone come mezzi, evitando nel contempo il "fanatismo" che "rules out any seriously harmful incursions whatsoever upon the bodies of innocents even when such incursions are merely foreseen as a necessary byproduct of the minimization of harm rather than intended as a means of minimizing harm, and even when they are the unforeseen result of activities that carry either not known or the most minuscule known risk of doing harm".³⁴⁴

Che il diritto alla self-ownership garantisca che le persone non siano usate, o non siano usate soltanto, come mezzi, e che questo obiettivo debba essere perseguito da un codice di diritto positivo, dando ad esso la priorità rispetto ad altri, può naturalmente essere oggetto di controversia e così può essere per altri fini che possono a torto o a ragione apparire connessi alla self-ownership. Per il momento, è sufficiente per i nostri scopi riferirsi a un concetto di pieno diritto di self-ownership, con l'avvertenza che parziali limitazioni di questo diritto possono comunque lasciarne sussistere un residuo.

La nozione di pieno diritto alla self-ownership può inoltre essere meglio compresa scomponendola nelle relazioni hohfeldiane. In particolare, al detentore del diritto nella sua pienezza saranno attribuiti:

³⁴² Peter Vallentyne, Hillel Steiner, Michael Otsuka, *Why left libertarianism is not Incoherent, Indeterminate or Irrelevant. A reply to Fried*, in "Philosophy of Public Affairs", Vol. 33. N° 2 (Spring 2005), pp. 203-204.

³⁴³ Michael Otsuka, *Libertarianism without inequality*, Oxford University Press, New York 2003, p. 15.

³⁴⁴ Ivi, pp. 13-14.

- 1) la pretesa (*claim*) a che gli altri si astengano dall'agire sul e per mezzo del suo corpo;
- 2) il privilegio o libertà di agire sul e per mezzo del proprio corpo;
- 3) l'immunità dagli atti giuridici altrui che abbiano per oggetto il suo corpo;
- 4) il potere di compiere qualsiasi atto giuridico che abbia per oggetto il proprio corpo.

Correlativamente, ad ogni altro individuo soggetto al codice di diritto positivo, sarà imputabile:

- 1) il dovere di astenersi dall'agire sul e per mezzo del corpo del self-owner;
- 2) il non-diritto che gli altri agiscano/non agiscano in certi modi con i propri corpi;
- 3) l'“incapacità” di compiere atti giuridici unilaterali che abbiano per oggetto il corpo del self-owner;
- 4) la soggezione agli atti giuridici del self-owner che abbiano per oggetto il suo corpo.

Ovviamente, poiché il pieno diritto di self-ownership è definito come il più ampio che un individuo può detenere, sotto la condizione che ogni altro individuo detenga un eguale diritto, le relazioni hohfeldiane che lo compongono saranno definite in modo da non violare il diritto di nessun altro self-owner. La libertà di usare il proprio corpo e il potere di compiere atti giuridici che lo abbiano come oggetto non potranno dunque ledere la self-ownership di altri (ad esempio, aggredire qualcuno non sarà un uso legittimo del mio corpo, e un contratto che mi impegni a farlo non sarà un atto giuridicamente valido), e annullerebbero la legittima pretesa alla non interferenza e l'immunità da atti giuridici volti a proibire o sanzionare tali atti illeciti.

Inoltre, una volta stabiliti diritti di proprietà sulle risorse naturali, il diritto di self-ownership dovrebbe essere definito in modo da non violare neanche questi: calpestare il prato del mio vicino senza il suo consenso non sarebbe un esercizio legittimo della mia self-ownership, a differenza della medesima azione compiuta sul mio prato.

Gerald Allan Cohen ha argomentato contro l'identificazione tra l'affermazione di un principio morale di self-ownership da un lato e dall'altro l'imperativo kantiano di non trattare le persone meramente come mezzi, la promozione della autonomia individuale, la proibizione della schiavitù non volontaria e la preservazione dell'integrità corporea. Poiché la plausibilità intuitiva e l'attrattiva del principio di self-ownership – e delle sue presunte conseguenze antiegalitarie, che Cohen vuole evitare – dipenderebbero almeno in parte da queste erronee identificazioni, mostrare la fallacia di queste ultime consentirebbe di ridurre,

se non di annullare, le prime: non dunque di confutare la self-ownership che per alcuni potrebbe essere un'intuizione morale fondamentale, non soggetta a confutazione, ma di mostrare come tale intuizione possa essere abbandonata senza rinunciare ad altre, più persuasive, intuizioni morali che a prima vista sembrerebbero ad essa inestricabilmente connesse.

Di seguito intendo innanzitutto ricostruire l'argomento di Cohen e replicare ad esso dal particolare punto di vista qui adottato, ovvero quello della domanda circa l'inclusione di un diritto alla self-ownership in un codice di diritto positivo. In secondo luogo, intendo presentare un argomento indipendente a favore di questo inserimento.

5.1.1 - L'argomento di Cohen

Self-ownership e divieto della schiavitù

Per Cohen, “the central form of the thesis of self-ownership”, è l'identificazione tra obblighi non contrattuali e schiavitù non volontaria.

L'argomento è così sintetizzato da Cohen:

- 1) If X is non-contractually obliged to do A for Y, then Y has a right of disposal over X's labour of the sort that a slave owner has.
- 2) If X has a right of disposal over X's labour of the sort that a slave-owner has, then X is, *pro tanto*, Y's slave.
- 3) It is morally intolerable for anyone to be, in any degree, another's slave. Therefore
- 4) It is morally intolerable to be non-contractually obliged to do A for Y.³⁴⁵

Ad esso vengono poi opposte obiezioni concentrate sulla terza e sulla prima premessa.

L'obiezione alla terza premessa muove da un'analogia tra la schiavitù e l'imprigionamento. Si può ritenere o meno che una persona innocente detenuta forzatamente *per cinque minuti* sia sottoposta a un *imprigionamento*, ma anche ammesso che applicare il termine a questo caso non sia un'esagerazione, vi è “a massive *normative* difference between this brief detention and life-long imprisonment”. Analogamente, “a limited dose of forced labour is massively different, normatively, from the life-long forced labour that characterize a

³⁴⁵ Gerald Allan Cohen, *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, pp. 230-231.

slave”.³⁴⁶ La schiavitù, definita nel modo estensivo che comprende anche la più limitata quantità di lavoro forzato, può dunque risultare *non sempre* moralmente intollerabile.

L'obiezione alla prima premessa è incentrata su un controesempio proposto da Joseph Raz: sebbene io abbia l'obbligo morale, non contrattuale, di assistere mia madre qualora si ammali, ciò non conferisce a lei o a qualunque altro un diritto su di me del tipo di quello del proprietario di uno schiavo.

Lo sviluppo dell'argomentazione di Cohen su questo punto è piuttosto complesso, in quanto affronta una fitta serie di obiezioni e contro-obiezioni, e di seguito ne dividerò schematicamente l'esposizione in tre parti: a) spiegazione del controesempio, b) discussione dell'obiezione incentrata sulla differenza tra gli obblighi non contrattuali che sono imposti coercitivamente e quelli che non lo sono (*enforcement objection*), c) discussione della più ampia obiezione contro gli obblighi non-contrattuali in quanto tali (*broad objection*).

a) Nel caso della madre ammalata, secondo Raz e Cohen, non sussiste un rapporto di implicazione tra il dovere non contrattuale di assistenza e un correlativo diritto. In proposito, Cohen formula tre possibili affermazioni, in ordine di forza decrescente e plausibilità crescente e sostiene che la più debole – e più plausibile - di esse basti a mostrare che il dovere di assistere una madre ammalata non riflette un suo diritto sul figlio del tipo di quello del proprietario sul suo schiavo.

La prima, più forte e più contestabile affermazione è che al dovere del figlio di assistere la madre malata non corrisponda alcun diritto che la madre possa far valere *contro* di lui.

La seconda, più debole e meno contestabile affermazione è che, ammettendo che la madre abbia questo diritto, essa, a differenza del proprietario nei confronti dello schiavo, mancherebbe tuttavia del diritto di dispensare il figlio dal suo obbligo.

La terza, ancora più debole e ancora meno contestabile affermazione è infine che anche se la madre avesse il diritto di dispensare il figlio dal suo obbligo, o persino di proibirgli di assolverlo, non avrebbe lo stesso diritto senza restrizione che il proprietario ha nei confronti dello schiavo. La madre mancherebbe, in particolare, del diritto di imporre al figlio quali risorse utilizzare per assolvere al suo obbligo, e in quali modi farlo.

Da ognuna delle tre affermazioni, comunque, segue che l'obbligo non contrattuale di assistere una madre malata non rende il figlio uno schiavo della madre, perché essa non ha nei suoi confronti i diritti che il proprietario ha nei confronti dello schiavo.

³⁴⁶ Ivi, p.231.

b) La prima obiezione presa in considerazione da Cohen riguarda la pertinenza del controesempio. Il principio di self-ownership potrebbe infatti essere inteso da alcuni come compatibile con obblighi non contrattuali esclusivamente *morali* e come tale da escludere soltanto “legally enforceable obligation”. Lo stesso Cohen propone di chiamare questa obiezione “enforcement objection”³⁴⁷.

Ad essa, secondo Cohen, si potrebbe replicare in due modi.

In primo luogo negando la coerenza di un concetto di self-ownership che ammetta obblighi morali, in secondo luogo osservando che ciò che è realmente in gioco nella discussione circa il principio di self-ownership è la legittimità dell'imposizione di obblighi non contrattuali da parte *dello Stato*. Tale imposizione comporterebbe effettivamente un diritto dello Stato sul portatore degli obblighi, per esempio, su un figlio tenuto per legge ad assistere una madre malata.

Alla prima di queste obiezioni Cohen replica mostrando come, in analogia con la proprietà di risorse esterne, la self-ownership possa essere ritenuta compatibile con obblighi non contrattuali. Esattamente come la (piena) proprietà di un campo è compatibile con l'obbligo morale di garantire il passaggio di chi si trovi nella situazione di *doverlo* attraversare, e richiede soltanto che il proprietario abbia il diritto di rifiutarsi di ottemperare a questo obbligo morale, così la (piena) self-ownership è compatibile con obblighi non contrattuali esclusivamente morali, e richiede soltanto che essi non siano imposti coercitivamente.

Alla seconda obiezione Cohen risponde negando che il diritto dello Stato di imporre obblighi non contrattuali sia analogo al diritto del proprietario di schiavi. Ciò sostanzialmente per le stesse ragioni per le quali la madre malata, anche qualora disponesse nei confronti del figlio di un diritto a ricevere cure, non disporrebbe del diritto del proprietario nei confronti del suo schiavo. Infatti, con forza decrescente e plausibilità crescente, si potrebbe affermare

1) che lo Stato non avrebbe il diritto di dispensare dagli obblighi non contrattuali pur avendo quello di imporli coercitivamente e 2) che non avrebbe su coloro sui quali tali obblighi gravano tutti i diritti che il proprietario ha sul suo schiavo, ma solo i diritti previsti dalla sua costituzione. Che poi lo Stato che impone obblighi non contrattuali possa violare i limiti previsti dalla sua stessa costituzione è un problema diverso, che non riguarda la sua identificazione con un proprietario di schiavi, dal momento che, nota Cohen, anche lo Stato

³⁴⁷ Ivi, p. 233.

che non impone obblighi non contrattuali potrebbe violare i limiti imposti dalla sua costituzione. Se la mera possibilità di abusare del proprio potere facesse di uno Stato un proprietario di schiavi, tutti gli Stati sarebbero tali.

Si può inoltre osservare, a rinforzo di questa replica di Cohen, che un proprietario di schiavi non agisce al di fuori dei suoi diritti, cioè dei diritti che gli sono assegnati da un sistema giuridico schiavista e il problema del rapporto tra self-ownership e schiavitù non volontaria è precisamente se un sistema giuridico che permette di violare la prima debba considerare legittima, almeno in qualche forma, la seconda: gli abusi sono dunque una possibilità chiaramente non pertinente.

c) La seconda obiezione contesta la rilevanza del controesempio. Ammesso che esso mostri la possibilità di limitazioni della self-ownership che non possono essere assimilate alla schiavitù, perché non assegnano a nessuna terza parte i diritti del proprietario di schiavi, *dal punto di vista di colui su cui gravano gli obblighi* ciò potrebbe non modificare in modo significativo la situazione. Infatti “What matters to an agent is not only whether he is subjected to the comprehensive concentrated control of a single alien will but whether what he does is subject to his own will”.³⁴⁸

Supponiamo infatti, che io sia obbligato a impiegare il mio tempo per un qualche compito a favore di qualcuno, che nessuno abbia il potere di dispensarmi dal mio obbligo e che esso sia definito in termini così precisi che vi siano solo differenze irrilevanti tra i modi nei quali può essere soddisfatto. Allora, per gli stessi motivi evidenziati nel caso dell'obbligo di curare la madre, nessuno sarebbe il mio proprietario. Tuttavia “for all that, my own condition, so far as I am concerned, is not in every important way different from that of a short term or partial slave”. Ammesso questo, tuttavia, si deve ammettere anche che “the mere absence of self-ownership turns out to be a more robust objection to enforced obligation than the ownership by others that was supposed to point up the awfulness of absence of self-ownership”.³⁴⁹ Diventa allora problematico spiegare perché “there is more slavery in every non-contractual obligation than there is in every contractual obligation (short of full slavery) regardless of why it was entered, and however close that contractual obligation comes to completely binding over all of a person's labour power”.³⁵⁰

³⁴⁸ Ivi, p.235.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ Ivi, p.236.

Infatti, se ciò che conta per l'agente è il fatto di avere degli obblighi che limitano la sua self-ownership, cioè il suo diritto di fare ciò che vuole di e con se stesso, e non il fatto di esservi soggetto perché proprietà di qualcun altro, sembra che obblighi altrettanto gravosi dovrebbero essere valutati altrettanto negativamente anche indipendentemente dal fatto che la loro origine sia contrattuale o non contrattuale.

Inoltre, la conclusione è problematica per quei libertari che ammettono la tassazione coercitiva per finanziare uno Stato minimo, ma si oppongono, in nome del principio di self-ownership, al finanziamento del welfare state, dato che “it is impossible to argue that an hour's labour that ends up as a part of somebody's welfare payment is like slavery, while an hour's labour that ends up as a part of a policeman's salary is not when the focus is on the condition of the putative slave himself”.³⁵¹

Self-ownership e autonomia personale

Per Cohen una completa e universale self-ownership non garantirebbe una maggiore autonomia - intesa come “range of personal choice”³⁵² - di ogni “alternative dispensation”³⁵³.

In primo luogo, egli assume che, almeno in un mondo nei quali i talenti siano distribuiti in modo diseguale, l'esercizio dei diritti previsti dalla self-ownership genererebbe diseguaglianze nella proprietà delle risorse esterne e “propertyless proletarians whose life prospects are too confined for them to enjoy the control of a sostantial kind over their own life that answers to the idea of autonomy”.³⁵⁴

Anche in un mondo nei quali i talenti siano distribuiti equamente, comunque, la self-ownership non garantirebbe la massimizzazione dell'autonomia, perché quest'ultima dipende non soltanto dai nostri diritti su noi stessi, ma anche dai diritti degli altri su se stessi e sulle cose, il cui esercizio può ridurre, anziché aumentare il nostro grado di autonomia. Vi sono, scrive Cohen “many scenarios where some, or even all, have less autonomy than some, or even all, would have with certain restrictions on self-ownership. We can all benefit in terms of autonomy if none of us has the right to do certain things”.³⁵⁵

³⁵¹ Ivi, p.235.

³⁵² Ivi, p.236.

³⁵³ Ivi, p.237.

³⁵⁴ Ibidem.

³⁵⁵ Ibidem.

Certamente, individui razionali potrebbero (supposto che possano essere superati i problemi posti dai costi di transazione) accordarsi per limitare consensualmente i propri diritti di self-ownership, in modo da preservare l'autonomia. Il fatto stesso che questa limitazione risulti preferibile all'esercizio di pieni diritti di self-ownership, tuttavia, mostra che “there is not self-ownership as such, but a certain self-cancelling use of it, that allows autonomy to flourish”.³⁵⁶

L'obiettivo dell'autonomia può richiedere inoltre l'accesso a beni la cui disponibilità può dipendere da altre limitazioni della self-ownership.

Cohen propone a questo proposito l'esempio dell'autonomia di un artista, sostenendo che garantirgliela significa metterlo in condizione di sviluppare il suo talento, anche mediante l'imposizione di obblighi ad altri, mentre, d'altro canto, non necessariamente dovrà essergli garantito un diritto di proprietà sui prodotti materiali del suo lavoro, fondato sulla sua proprietà di sé.

Self-ownership e persone come fini.

Cohen discute le relazioni tra il principio di self-ownership, il “principio kantiano” che richiede di “non trattare mai l'umanità in se stessi e negli altri solo come un mezzo ma sempre anche come un fine” il “principio nozickiano del consenso”, secondo il quale “gli individui non possono essere sacrificati o usati senza il loro consenso per il perseguimento di scopi altrui”.

La sua argomentazione si articola in tre parti: a) il principio kantiano non implica il rispetto della self-ownership e la self-ownership non implica il rispetto del principio kantiano, b) il principio kantiano non implica il “principio del consenso” e il principio del consenso non implica il principio kantiano, c) il principio del consenso non implica la self-ownership, mentre la self-ownership implica il principio del consenso, che proprio per questo, però, non può essere considerato un fondamento della prima.

a) Secondo Cohen è possibile sia rispettare rigorosamente la self-ownership di qualcuno trattandolo meramente come mezzo, sia violarne la self-ownership trattandolo anche come un fine.

In generale, sarebbe impossibile non trattare le persone *anche* come mezzi, almeno in alcune occasioni, e il principio kantiano non chiede questo, ma piuttosto di non trattarle mai

³⁵⁶ Ibidem.

solo come mezzi, ma sempre anche come fini. Quando compro un biglietto, per esempio, non posso evitare di trattare il bigliettaio come un mezzo, esattamente come tratto come un mezzo un distributore automatico. Tuttavia, ciò non mi impedisce di trattarlo anche come un fine. Nel caso in cui, per esempio, il bigliettaio si sentisse male, soccorrendolo “*mostrerei* (to “show”) di *non averlo mai considerato come un mero mezzo*³⁵⁷ (“never regarded him as a mean only”). Per contro, se il distributore automatico si rompesse, potrei semplicemente andarmene, perché esso non mi servirebbe più per ottenere il biglietto, con ciò manifestando che lo considero un mero mezzo. Allo stesso modo, potrei considerare il bigliettaio un mero mezzo, e pertanto non soccorrerlo affatto se si sentisse male. Potrei agire così anche continuando a rispettarne rigorosamente la self-ownership e quindi astenendomi, per esempio, dal minacciarlo di colpirlo sul naso per spingerlo a consegnarmi più velocemente il biglietto. Allo stesso modo, potrei rispettare il diritto di proprietà di una compagnia ferroviaria su un distributore automatico di biglietti, e per questo astenermi dal colpire quest'ultimo quando manifesta un malfunzionamento, senza con questo manifestare di considerare la compagnia ferroviaria come un fine.

Invece, alcune forme di violazioni della self-ownership appaiono a Cohen compatibili con il trattare gli individui come mezzi. Per esempio, potrei sostenere la presenza di un dovere contrattuale degli abili al lavoro di produrre più di quanto sia loro necessario per vivere, destinandolo al sostentamento degli inabili e, conseguentemente, che lo Stato debba far loro rispettare coercitivamente questo dovere, tramite la tassazione. Ciò comporterebbe una negazione del principio di self-ownership, che richiede l'assenza di ogni dovere non contrattuale circa l'uso di se stessi. Inoltre, comporterebbe l'affermazione che il lavoro degli abili debba essere utilizzato come mezzo per il sostentamento dei non abili. Tuttavia, non comporterebbe una considerazione degli abili come meri mezzi, fintanto che fosse presente anche una preoccupazione per loro (per esempio, per la loro capacità di sopravvivere, per cui l'aiuto ai disabili non verrebbe richiesto se finisse per comprometterla).

b) Così come non si identifica con la self-ownership, per Cohen il principio kantiano non si identifica nemmeno con il principio (nozickiano) del consenso. Sarebbe infatti possibile sia trattare qualcuno esclusivamente come mezzo e tuttavia rispettare rigorosamente il requisito del consenso (che richiede che nessuno sia usato o sacrificato *senza il suo consenso* per gli scopi di qualcun altro), sia trattare qualcuno anche come un fine e tuttavia

³⁵⁷ Ivi, p. 239.

non rispettare il requisito del consenso. Per esempio un datore di lavoro capitalista potrebbe “scrupulously observe Nozick's consent requirement while not caring two hoots about the welfare (or anything else that relates to their status as ends) of his employers”, mentre “the state which taxes the able-bodied violates Nozick's consent requirement but may nevertheless respect their humanity”.³⁵⁸

c) È infine possibile violare la self-ownership senza violare il principio (nozickiano) del consenso: per esempio, se colpisco qualcuno sul naso, certamente violo la sua self-ownership, ma non è detto che lo stia usando per conseguire un qualsiasi scopo ulteriore.

Per contro, il rispetto della self-ownership richiede certamente un rigoroso rispetto del principio del consenso, che ne costituisce un' “implicazione immediata”. Proprio per questo però, il principio del consenso non può essere un “fondamento o una ragione” per la self-ownership: “it formulates a right with covers almost all of the ground, and nothing more, covered by the principle of self-ownership itself”.³⁵⁹

Self-ownership e integrità fisica

Cohen cerca infine di mostrare come l'opposizione a violazioni dell'integrità fisica delle persone non debba necessariamente dipendere da un'adesione al principio di self-ownership, ma derivi piuttosto da un'intuizione morale indipendente.

L'abbandono del principio di self-ownership sembrerebbe aprire la strada a pratiche che tutti o quasi tutti rifiuterebbero, come l'espianto forzoso di occhi per “redistribuirli” a favore dei non vedenti. Cohen suggerisce però che la forte intuizione morale contro l'espianto e la redistribuzione degli occhi non dipenda necessariamente dal riconoscimento di un diritto di proprietà degli individui sul proprio corpo e sulle sue parti. Il diritto di proprietà sugli occhi potrebbe infatti non essere degli individui nei quali sono incorporati, senza che ciò renda più accettabile un espianto forzoso. Per rendere concreta questa possibilità Cohen immagina uno scenario nel quale tutti nascono con le orbite oculari vuote. Lo Stato procede a impiantare a tutti occhi artificiali di sua proprietà mediante un'operazione perinatale. L'operazione però ha un margine di insuccesso, cosicché alcuni crescendo perdono i loro occhi artificiali. Poiché per qualche motivo soltanto gli occhi artificiali da lungo tempo inseriti in un corpo sono adatti ad essere trapiantati negli adulti, l'unico modo per riequilibrare la situazione è

³⁵⁸ Ivi, p. 241.

³⁵⁹ Ivi, p. 243.

effettuare una redistribuzione degli occhi dai sani ai non vedenti, forse preceduta da una “lotteria”. Lo Stato, d'altro canto, non era tenuto a garantire la proprietà degli occhi ai primi riceventi e si è di fatto limitato a darli in prestito, cosicché il loro espianto forzoso non viola i diritti di proprietà di nessuno.

Se nonostante questo la soluzione ci appare inaccettabile, ciò deve dipendere da un motivo diverso dall'adesione al principio di self-ownership, che in questa situazione non è in gioco. E una tale motivazione, a questo punto, potrebbe apparire come la miglior spiegazione anche dell'opposizione alla redistribuzione degli occhi naturali. Essa potrebbe essere, suggerisce Cohen, “hostility in severe interference in someone's life”.

Se invece riconosciamo una differenza moralmente decisiva nella situazione nella quale gli occhi sono di proprietà dello Stato, giungendo alla conclusione che in questo caso, ma non in quello degli occhi naturali, il trapianto forzoso è lecito, un'altra situazione immaginaria potrebbe rimettere in discussione la nostra primitiva intuizione circa la lotteria degli occhi naturali.

In tale “alternative fantasy”, “all are born with eye sockets, but most, a bare majority, have eyes that fall into their sockets as they pass under ocular trees, while others, a minority, do not. Sembra allora che “the accidentality of the acquisition might suggest that redistribution to the sightless of one eye by lottery would not be so bad”. Ma allora, si chiede Cohen “can believers in self-ownership convince themselves that there is an important difference between the luck of the eye-tree and the luck of the genetic draw?”³⁶⁰

È importante sottolineare che quest'ultimo passaggio dell'argomento di Cohen non mira a rendere intuitivamente plausibile la redistribuzione degli occhi naturali tramite trapianti forzosi, ma piuttosto a mostrare che a questo esito può condurre una rigorosa fedeltà al principio di self-ownership. Infatti, l'argomento deve essere compreso in relazione al passaggio precedente, nel quale la situazione immaginaria della lotteria degli occhi artificiali ha posto i sostenitori della self-ownership di fronte all'alternativa tra l'adottare una diversa giustificazione per la propria ostilità al trapianto forzoso e l'accettarlo nel caso nel quale gli occhi siano di proprietà dello Stato. A coloro che hanno scelto questa seconda strada, Cohen propone un'ulteriore situazione immaginaria, nella quale le operazioni perinatali danno luogo a una sorta di “lotteria”. Dal punto di vista dei diritti di proprietà la seconda situazione immaginaria è identica alla prima, per cui chi considera lecito il trapianto in un caso deve

³⁶⁰ Ivi, p. 244.

considerarlo tale anche nell'altro. Inoltre, la casualità e la precocità dei successi e degli insuccessi delle operazioni sembra rendere una lotteria redistributiva intuitivamente più accettabile (not so bad) nel secondo caso che nel primo. D'altro canto però, l'analogia tra la lotteria degli impianti e la lotteria genetica della natura pone la questione di quale sia la differenza moralmente rilevante tra questi altri due casi. Ovvero, perché nel caso della lotteria "artificiale" una redistribuzione che corregga l'arbitrarietà morale della distribuzione iniziale dovrebbe essere ritenuta moralmente lecita e nel caso della lotteria genetica no?

Naturalmente, la possibile risposta dei sostenitori della self-ownership sarebbe che nel primo caso, a differenza che nel secondo, nessun diritto di proprietà sarebbe violato e che questa sarebbe la differenza moralmente rilevante. Tuttavia tale risposta potrebbe essere resa intuitivamente meno plausibile dalla catena di analogie presentata da Cohen e in tal caso l'argomento, che non mira a una confutazione del principio di self-ownership, avrebbe raggiunto il suo scopo.

Scrivono infatti Cohen:

the thesis of self-ownership cannot be refuted. But [...] many lose confidence in it when contrasts and analogies are presented.³⁶¹

Così inteso, l'argomento di Cohen sembra complessivamente immune dalle controargomentazioni di un autore libertario come Eric Mack, basate su un'inversione del rapporto di fondazione tra principio della self-ownership e imperativo kantiano, principio di autonomia, ecc.³⁶² La prima mossa di Mack consiste nell'imputare a Cohen un fraintendimento dell'argomento libertario sulla self-ownership. Esso non dipenderebbe, infatti, dall'affermazione che violare quest'ultima comporterebbe sempre anche la violazione di altri e più fondamentali principi, ma dal riconoscimento della self-ownership come principio morale capace di fornire la migliore e più universale giustificazione di alcuni principi derivati ai quali non si intende rinunciare, e ai quali non si vogliono ammettere eccezioni. La self-ownership, per esempio, spiegherebbe perché la schiavitù non volontaria debba essere proibita in ogni caso, senza per altro coincidere con questa proibizione. D'altro canto, però, la rinuncia a tale giustificazione di un divieto senza eccezioni sembrerebbe privarci anche di una giustificazione valida per una proibizione non contingente della schiavitù. Abbandonato il principio di self-ownership, cioè, si potrebbe ancora proibire la

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² Eric Mack, *Self-ownership, Marxism, and Egalitarianism, part II: challenges to the self-ownership thesis*, in "Politics, Philosophy and Economics", Vol. 1 N° 2, (June 2002), pp. 237 – 276.

schiavitù in quanto particolarmente gravosa o disumana o per la scarsità dei benefici da essa arrecati ad alcuni in relazione ai danni imposti ad altri, ma al di sotto di una certa soglia di disumanità, o di un certo rapporto costi-benefici, non si disporrebbe più di una giustificazione valida per la proibizione. Non solo: una volta ammessa la possibilità di eccezioni alla proibizione, si rischierebbe di dover ammettere anche forme gravose di schiavitù volontaria, posto che esse siano necessarie per conseguire un bene o evitare un male sufficientemente grandi o che semplicemente non vi sia accordo sulla definizione di ciò debba intendersi per gravoso. Di qui la necessità di accogliere il principio di self-ownership.

Una tale linea argomentativa presuppone però che le forme di schiavitù volontaria che si suppone finirebbero per essere permesse rinunciando al principio di self-ownership non possano essere proibite in base a un principio alternativo, o anche soltanto in base all'avversione che si prova verso di esse, e inoltre che si voglia effettivamente proibirle.

Ammesse tali premesse, comunque, l'argomento non conclude che l'intuizione morale a favore del principio di self-ownership sia giustificata dalla sua coincidenza con la proibizione della schiavitù, né che sia valida indipendentemente da questa identificazione, ma che *si deve ammettere il principio di self-ownership, se non si vuole indebolire la giustificazione della proibizione di certe forme di schiavitù non volontaria che sono certamente proibite in base al principio di self-ownership.*

Nell'argomento di Cohen, invece, l'avversione morale per la schiavitù (anche volontaria) è quasi sempre un motivo sufficiente per la sua proibizione, mentre è del principio di self-ownership che si cerca una giustificazione. La quale - questo è il punto - non può essere trovata nella coincidenza del principio di self-ownership con la proibizione della schiavitù. Sembra anche vero che per Cohen non tutte le forme di schiavitù non volontaria dovrebbero essere proibite, ma ciò non sembra essere conclusivo contro il suo argomento, a meno che non si mostri che effettivamente le forme di schiavitù non volontaria che esso ammette dovrebbero essere proibite.

Analogo all'argomento circa il rapporto tra self-ownership e divieto della schiavitù è quello sviluppato da Mack a proposito del rapporto tra self-ownership e integrità personale. Anche in questo caso, il difetto dell'argomento di Cohen sarebbe che "cuts very deep", per cui "if one accepts that argument, one cannot easily say that, although self-ownership is rejected, there remains a comforting array of rights that can be invoked whenever it looks as

though the rejection of self-ownership will be unacceptably costly”.³⁶³ In realtà, però, l'argomento di Cohen mira piuttosto a dimostrare che un'intuizione morale fondamentale distinta da quella della self-ownership giustifica la proibizione di atti (come il trapianto coercitivo di occhi) che non vorremmo fossero permessi. È anzi il principio di self-ownership che risulta compatibile con questi atti in particolari circostanze, nelle quali soggetti diversi dai proprietari di sé possono vantare titoli validi di proprietà su parti del corpo di questi ultimi.

Circa il rapporto tra self-ownership e autonomia, Mack riconosce che la self-ownership non garantirebbe la “maximum aggregate autonomy or reasonable autonomy for all”, ma replica che “the assertion that an adequate political philosophy must accommodate such a right of autonomy is precisely the sort of question-begging argument Cohen had resolved to avoid”.³⁶⁴ L'argomento di Cohen, tuttavia, non sembra dipendere da una tale asserzione. Esso non afferma infatti che il principio di self-ownership dovrebbe essere rigettato in quanto incapace di garantire la massimizzazione dell'autonomia individuale e nemmeno in quanto in contrasto con questo obiettivo, ma soltanto che *quanti sostengono la self-ownership perché l'identificano con l'autonomia individuale si sbagliano*: un punto che Mack concede a Cohen.

Soltanto nel caso del divieto di trattare le persone esclusivamente come mezzi Mack affronta direttamente l'argomento di Cohen, sostenendo l'identità tra tale divieto e il principio di self-ownership e derivando quest'ultimo dal primo.

Trattare un altro come un fine in sé implica per Mack il riconoscimento della sua “self-proprietty” ovvero di “a claim to over herself that morally excludes one's taking her person or life thorough destruction or enslavement or lesser measures that partake of such trespasses”. Ovvero: “To treat another as an end in herself is to treat her as thine, not mine”.³⁶⁵

L'argomento di Cohen, tuttavia, mira precisamente a dimostrare insussistente una tale implicazione concettuale, attraverso una serie di controesempi che Mack non analizza.

³⁶³ Ivi, p. 268.

³⁶⁴ Ivi, p. 265.

³⁶⁵ Ivi, p. 266.

5.1.2 - Una replica a Cohen

Quanto sosterrò in seguito è volto a difendere l'inclusione di un principio di self-ownership in un codice di diritto positivo. Pertanto, non riguarderà in alcun modo la questione se gli individui siano o meno proprietari di sé stessi *moralmente*, cioè se siano liberi o meno da obblighi non-contrattali quali, per esempio, l'obbligo di assistere la propria madre malata, l'obbligo di non prostituirsi o quello di non assumere droghe.

Ciò permetterà, in particolare riguardo al rapporto tra principio di self-ownership e divieto della schiavitù non consensuale, di restringere in modo non problematico la nostra attenzione agli obblighi fatti rispettare coercitivamente. Sembra per altro che, anche sul piano dei giudizi morali, non vi sia contraddizione nell'affermare sia la validità di obblighi non contrattuali che restringono il campo degli usi legittimi della self-ownership, sia che nessuno abbia il diritto di farli rispettare coercitivamente, proprio in virtù di un dovere di rispettare la self-ownership.

Né il riferimento a *finalità* di natura morale, quali il rispetto della proibizione kantiana di trattare gli individui come meri mezzi, sarà assente dall'argomentazione. Tale riferimento sarà tuttavia limitato in due sensi: in primo luogo non includerà nessun tentativo di giustificare o difendere tali finalità, che saranno semplicemente assunte, in secondo luogo riguarderà un solo agente (o una sola classe di agenti), ovvero il monopolista (o gli oligopolisti) della violenza che si incaricherà/anno di far valere un codice di diritto positivo, contemporaneamente sottoponendosi ad esso; presumibilmente, uno Stato.

D'altro canto, quelle che devono essere considerate finalità *morali* se attribuite a un legislatore disinteressato, possono anche essere considerate finalità pre-morali se attribuite a individui che intendono proteggere quelli che giudicano loro interessi fondamentali. Si può assumere così che il divieto della riduzione in schiavitù, o dell'uso delle persone come meri mezzi, la promozione dell'autonomia individuale o la tutela dell'integrità corporea possano essere caratteristiche che gli individui desidererebbero fossero soddisfatte da un sistema giuridico perché non vorrebbero essere schiavizzati, usati come meri mezzi, privati della loro autonomia o della loro integrità fisica.

Sembra dunque che tali fini possano essere presupposti nel delineare un sistema giuridico positivo senza che ciò richieda alcun impegno circa la loro bontà od obligatorietà morale.

Self-ownership e divieto della schiavitù

Supponiamo dunque che lo Stato (o il gruppo degli individui che lo fondano, i “padri fondatori” o “costituenti”) decida di adottare una determinata costituzione positiva e che essa preveda la possibilità di limitare la self-ownership, imponendo coercitivamente certi obblighi non contrattuali. Si osservi, anzitutto, che questa licenza costituzionale può assumere due forme: quella di una lista di obblighi specifici che *dovranno* essere assegnati dal legislatore non costituzionale o quella dell'assegnazione al legislatore non costituzionale del potere, limitato, di assegnare obblighi non contrattuali in contrasto con la self-ownership e di prevederne l'imposizione coercitiva.

Nel primo caso, contrariamente a quanto sostenuto da Cohen, lo Stato (o il gruppo dei suoi fondatori) sarà titolare di un diritto analogo a quello dei proprietari di schiavi *nel momento della deliberazione legislativa costituzionale*, a meno che non si riconosca vincolato almeno da un *residuo* del principio di self-ownership.

Supponiamo infatti che non sia riconosciuto alcun vincolo di questo tipo.

Allora lo Stato avrà, nel momento della deliberazione costituzionale, il potere giuridico di imporre *qualsiasi uso di se stessi* per assolvere agli obblighi che intende far rispettare coercitivamente.

Inoltre, lo Stato avrà il potere giuridico di *dispensare* da qualsiasi obbligo non contrattuale semplicemente non includendolo nella lista di quelli che dovranno essere fatti rispettare coercitivamente.

È certamente vero che lo Stato potrà *autolimitare se stesso* in base a un principio differente dalla self-ownership, *proibendosi* di imporre obblighi non contrattuali o modalità di assoluzione non conformi a questo principio. Ciò, però, non ha nulla a che fare con la presenza o con l'assenza di un rapporto di schiavitù non consensuale. Quest'ultimo, infatti è una relazione giuridica bilaterale tra lo schiavo e il suo proprietario, che come tale non è modificata dalle autolimitazioni del proprietario. Ciò che conta è che lo schiavo non ha, in termini hohfeldiani, nessuna *immunità* nei confronti del padrone (o che il padrone non ha nessun correlativo *non-potere* nei confronti dello schiavo). Un diritto di self-ownership fornisce a chi ne è titolare, tra l'altro, precisamente un'immunità da poteri giuridici altrui sul suo corpo. Nessuna autolimitazione dello Stato fondata su altri principi potrebbe fornire questa immunità. Anche un proprietario di schiavi potrebbe astenersi, per esempio, dall'

ordinare ai suoi schiavi di suicidarsi, perché ritiene moralmente sbagliato il suicidio. Ciò tuttavia, non limiterebbe in alcun modo il suo potere sugli schiavi. Se, invece, il proprietario non avesse (indipendentemente dal diritto acquisito da terzi in seguito a contratti) il *diritto* (il potere giuridico) di ordinare agli schiavi di suicidarsi, a questa limitazione corrisponderebbe un residuo del diritto di self-ownership degli schiavi, composto, quanto meno, dal privilegio di potersi astenere dal suicidio e dall'immunità dall'ordine di suicidarsi.

Al *potere* giuridico di imporre obblighi non contrattuali e la modalità della loro soddisfazione mediante l'uso di se stessi, lo Stato assomma poi, sempre nel momento della deliberazione costituzionale, un complesso di posizioni hohfeldiane che va a formare un pieno diritto di proprietà. Esso ha la legittima *pretesa* (*claim*) alla soddisfazione di tutti gli obblighi non contrattuali che *stabilirà* e il *privilegio* o *libertà* di imporre con la forza che siano assolti. Inoltre, la sua libertà di azione e il suo potere giuridico in questo ambito sono protetti dall' *immunità* sia nei confronti degli individui ai quali tale libertà e tale potere si applicano, sia nei confronti di terze parti. Nessuno può compiere un atto giuridico efficace che annulli o limiti il potere del legislatore costituzionale di imporre obblighi non contrattuali e di determinare le modalità della loro soddisfazione: in questo senso, esso è sovrano.

Quando la costituzione entra in vigore, certamente il potere dello Stato risulta limitato - o meglio autolimitato - dal suo dettato. Ciò però non cancella l'analogia con il padrone di schiavi. Anche quest'ultimo può autolimitarsi, imponendosi delle regole, rendendole note ai suoi schiavi e attenendovisi. Lo Stato *proprietario* dei suoi sudditi può essere uno Stato *di diritto* quanto un proprietario di schiavi privato può essere *giusto*, nel senso specifico di impeccabile nell'attenersi alla regole che lui stesso si è dato per regolare la propria condotta nei confronti degli schiavi.

Nel secondo caso, quello in cui il potere di imporre obblighi non contrattuali è del legislatore non costituzionale, e in cui la costituzione si limita ad attribuire questi poteri e a indicarne i limiti, si ha soltanto una diversa distribuzione dei poteri: il potere di definire gli obblighi contrattuali, di imporli coercitivamente e di dispensare da essi è attribuito al legislatore non costituzionale, mentre quello di definire i limiti di questo potere rimane al legislatore costituzionale. Anche in questo caso, dunque, soltanto limiti che siano residui del pieno diritto alla self-ownership rifletteranno una parziale immunità degli individui dai poteri giuridici dello Stato. Limiti ricavati da altri principi saranno invece ancora un'autolimitazione del proprio potere operata dalla Stato nel momento della deliberazione costituzionale. In un

tale Stato, per esempio, l'imposizione ad alcuni individui dell'obbligo di sottoporsi all'espianto di organi non vitali potrebbe essere incostituzionale in base al divieto di "severe interferenze nella vita degli individui", in base a una considerazione dei loro interessi, in base all'idea che sia immorale danneggiare la propria salute o automutilarsi (per cui sarebbero proibiti anche gli espianti volontari). In ogni caso, esso non sarebbe proibito in base al riconoscimento di un *diritto* degli individui a non subire una simile imposizione.

Nel caso poi in cui il legislatore non costituzionale abbia sia il potere di scegliere quali obblighi contrattuali imporre sia quello di determinare il propri limiti, semplicemente sarebbe trasferito ad esso l'intero potere proprietario del legislatore costituzionale.

In definitiva, risulta che nel caso di uno Stato impegnato a far rispettare obblighi non contrattuali non si verificherebbe affatto, a differenza di quanto supposto da Cohen, una situazione nella quale "nobody' is the answer to some question of the form: who has the right to decide whether or not I do A".³⁶⁶ La risposta sarebbe infatti necessariamente, anche nel caso di uno Stato costituzionale che tale diritto legale sarebbe detenuto dallo Stato. Inoltre, nel caso in cui gli estensori della costituzione non si ritengano vincolati a salvaguardare almeno una parte di un pieno diritto di proprietà, questo diritto sarebbe anche illimitato.

Self-ownership e autonomia

Ci si può poi chiedere se un codice di diritto positivo possa ottenere lo scopo di massimizzare l'autonomia individuale, intesa come "range of personal choice", limitando o annullando il diritto alla self-ownership.

Per specificare meglio la nozione di "scelta" adotterò la seguente definizione di Ian Carter:

un agente ha scelta se e solo se non ha vincoli su (i) la selezione sulla base di ragioni, e l'esecuzione, di uno o più elementi di un menù di azioni o (ii) la selezione sulla base di ragioni (da un menù) di una o più azioni che, se selezionate, sarebbero compiute da un altro agente.³⁶⁷

È intanto evidente che la seconda componente della scelta così definita può essere accresciuta limitando il diritto alla self-ownership. Infatti, ciò permetterà di assegnare poteri – e in particolare, poteri di far compiere certe azioni ad altri – che altrimenti sarebbero non-poteri in virtù delle immunità dei proprietari di sé.

³⁶⁶ Ivi, p. 233.

³⁶⁷ Ian Carter, *La libertà eguale*, Feltrinelli, Milano 2005, p.79.

È anche possibile che, conformemente all'ipotesi di Cohen, il “menù di azioni” che possono essere compiute direttamente dagli individui – o almeno, da alcuni individui - sia accresciuto limitando la self-ownership.

Tuttavia quanto più sarà estesa la possibilità di limitare la self-ownership, tanto meno la libertà di selezionare e compiere queste azioni – la “libertà di scelta”³⁶⁸ sarà *giuridicamente garantita*.

L'artista dell'esempio di Cohen, per esempio, probabilmente avrà davvero un numero maggiore di scelte a sua disposizione in conseguenza di una politica volta a promuovere la sua capacità di sviluppare i suoi talenti, ma, a parte il fatto che la privazione dei diritti di proprietà sul suo lavoro ipotizzata da Cohen eliminerà altre opzioni come quelle di vendere, donare, modificare o distruggere i suoi lavori, se fosse completamente privo di diritti di proprietà su se stesso non avrebbe il *diritto* legale di compiere una qualsiasi di queste azioni, anche qualora fosse di fatto libero di compierle tutte, a meno che il codice di diritto positivo non menzionasse specificatamente i diritti di compiere queste azioni (o azioni del tipo della classe cui esse appartengono). Inoltre, ogni riduzione rispetto a un pieno diritto di self-ownership ridurrebbe il numero di azioni che avrebbe il diritto di compiere, e ogni ampliamento rispetto a un residuo del diritto di self-ownership lo aumenterebbe. Così, per esempio, se fosse possibile, all'interno dell'ordinamento giuridico vigente, imporre di dedicare un giorno alla settimana a lavori “utili alla comunità”, l'artista non avrebbe il diritto di dedicarsi a tempo pieno alla produzione delle sue opere. Potrebbe quindi avvenire che di fatto, non abbia a disposizione la scelta di lavorare ad esse, supponiamo, il mercoledì. Se inoltre fosse possibile vietare la produzione di immagini di un certo tipo (per esempio, immagini del corpo umano, o immagini raffiguranti atti violenti), l'artista non avrebbe né il diritto di dedicarsi a tempo pieno alla produzione delle sue opere, né di produrre qualsiasi opera gli sia possibile produrre con le risorse a sua disposizione.

Self-ownership e divieto di trattare gli altri come mezzi

Per quanto riguarda il rapporto tra self-ownership e divieto di trattare gli altri esclusivamente come mezzi, occorre innanzitutto sottolineare che quest'ultimo, nella formulazione kantiana, richiede che le persone siano trattate *sempre* anche come fini. L'argomento di Cohen poggia sulla supposizione che sia possibile soddisfare questa

³⁶⁸ Ivi, p. 80.

condizione semplicemente avendo la disposizione ad agire in un certo modo qualora si verificassero certe condizioni: soccorrendo il bigliettaio nel caso in cui si sentisse male “mostrerei” di averlo *sempre considerato* come un fine e non esclusivamente come un mezzo. Se invece l'interpretazione di *sempre* fosse che in *ogni singola azione* le persone devono essere trattate anche come fini, la richiesta sarebbe soddisfacibile soltanto interpretando la condizione di *trattare anche come fini* come negativa, cioè come tale da richiedere di *astenersi* dal compiere determinate azioni o non già di fornire determinate prestazioni (infatti, mentre vi sono azioni dalle quali è sempre possibile astenersi, non ve ne sono che *certamente* possano essere compiute sempre).

Sembra anche plausibile che le azioni dalle quali astenersi sarebbero, in questo secondo caso, violazioni della self-ownership. Infatti, violare la self-ownership di qualcuno può essere un modo di usarlo per conseguire uno scopo non suo, senza tener conto dei fini che esso stesso si è dato come si sarebbe costretti a fare se si dovesse ottenere il suo consenso. Altre classi di azioni che pure potrebbero essere dannose per chi le subisce, come insulti o calunnie, non sembrano invece poter produrre questo effetto.

È possibile interpretare l'ingiunzione di trattare qualcuno come un fine non come richiesta di tener conto dei fini che si è dato, o come richiesta di trattarlo come “punto di origine di fini”, ma come richiesta di tener conto del suo benessere o dei suoi interessi. In questo caso l'imperativo di trattare gli altri come fini dovrà necessariamente essere interpretato come richiesta di prestazioni positive, e non come richiesta di astenersi da certe azioni. Infatti, la preoccupazione per gli interessi e il benessere delle persone può certamente richiedere che siano compiute azioni per favorirli, incluse eventualmente azioni coercitive e violazioni della self-ownership nel caso in cui qualcuno stia agendo contro il proprio interesse o il proprio benessere.

Quale che sia la plausibilità dell'interpretazione del termine “sempre” presupposta dall'argomento di Cohen nel caso di un rapporto tra individui privati, sembra però che nel caso dello Stato sia più plausibile l'interpretazione alternativa, in base alla quale in ogni singola *azione* le persone debbono essere trattate come fini.

Le azioni dello Stato nei confronti degli individui sono *giuridiche*, nel senso che sono promulgazioni di leggi, o atti compiuti in esecuzione di una legge, come imprigionare un criminale, riscuotere una tassa o fornire un servizio. Inoltre, promulgando una legge, lo Stato

non si limita a stabilire che determinate azioni siano compiute o omesse, stabilisce anche che il loro compimento o la loro omissione siano imposti coercitivamente.

L'“atto” tipico dello Stato consiste dunque nel comandare il compimento o l'omissione di certi atti e nel minacciare sanzioni a chi contravvenga a queste disposizioni. Azioni come quelle del capitalista che rispetta rigorosamente la self-ownership dei suoi impiegati, ma non si preoccupa minimamente di loro, per Cohen esemplificazione del fatto che il rispetto della self-ownership non implica il rispetto dell'imperativo kantiano, possono essere ignorate, proprio perché da esse è assente uno degli elementi tipici delle azioni dello Stato, ovvero l'impiego della coercizione.

Se in uno Stato vigesse una sola legge, formulata in modo da prescrivere un medesimo atto o una medesima omissione in tutti i casi appartenenti a una certa classe di casi, sembra abbastanza chiaro che essa potrebbe soddisfare la richiesta di trattare ogni individuo anche come un fine soltanto non prescrivendo nessun atto che tratti gli individui come meri mezzi, e che ciò significherebbe non prescrivere nessun atto che violi la loro self-ownership.

Se per esempio l'unica legge in vigore prescrivesse che tutti i cittadini, tra i 18 e i 21 anni, fossero tenuti a lavorare gratuitamente per lo Stato o a prestare servizio militare, sembrerebbe plausibile affermare che essa tratterebbe gli individui tra i 18 e i 21 anni come meri mezzi. Soltanto se vi fossero anche altre leggi, come per esempio una legge che imponesse di fornire istruzione gratuita ai giovani tra i 18 e i 21 anni, o una legge che prescrivesse di prestare cure mediche gratuite a chiunque ne abbia bisogno, inclusi i giovani tra i 18 e i 21 anni, si potrebbe sostenere che questi individui sarebbero trattati anche come fini, in analogia con il caso del bigliettaio che improvvisamente collassa, dell'esempio di Cohen.

Tra le due situazioni continuerebbe tuttavia a sussistere un'importante differenza: nel caso del bigliettaio è infatti evidente che i soccorsi che gli presterei non avrebbero nulla a che vedere con il mio personale scopo di ottenere un biglietto (che potrei perseguire con più successo rivolgendomi a un altro bigliettaio). Nel secondo caso sembra invece non dimostrabile che lo Stato non garantisca certi beni ai suoi cittadini al solo scopo di potersi meglio servire di loro per i suoi scopi.

Lo stesso può dirsi, vale la pena di notare, di coercizioni di natura paternalistica, il cui fine immediato sia il benessere degli individui che le subiscono. Se, per esempio, uno Stato imponesse per legge una certa dieta comprovatamente salutare, come si potrebbe dimostrare

che il suo scopo non sarebbe in realtà ampliare il periodo di vita produttiva dei suoi cittadini e così aumentare così le proprie entrate fiscali, o ridurre le proprie spese sanitarie?

In contrasto con queste difficoltà, il rispetto della self-ownership sembra un criterio di distinzione sufficientemente determinato, e pertinente, tra azioni dello Stato (cioè leggi e atti amministrativi in accordo con le leggi) che trattano gli individui anche come fini e azioni che li trattano come meri mezzi.

Se l'unica legge dello Stato prescrivesse, allo Stato stesso e a tutti coloro che fossero soggetti alla sua giurisdizione, il rispetto del diritto alla self-ownership, certamente vi sarebbe un senso definito nel quale sarebbe ragionevole affermare che tale legge tratterebbe ogni individuo come un fine. Tale senso sarebbe quello ricavato dall'interpretazione della condizione di "trattare come un fine" come richiesta di non interferire con le azioni che ogni individuo compie per perseguire i propri fini, e di non imporgli coercitivamente di agire per perseguire fini altrui.

Inoltre, ogni ulteriore legge compatibile con il diritto di self-ownership continuerebbe a soddisfare questo criterio.

Da tutto ciò segue poi che lo Stato sarebbe vincolato al rispetto del principio del consenso, visto che quest'ultimo è un corollario del principio di self-ownership.

Inoltre, un principio del consenso che richiedesse semplicemente e plausibilmente che non possano essere compiute azioni sul corpo degli individui senza il loro consenso, soddisferebbe il criterio nozickiano (non usare le persone per fini altrui senza il loro consenso) e coinciderebbe completamente con il principio di self-ownership.

Self-ownership e integrità personale

Nel caso dell'espianto forzoso degli occhi impiantati dallo Stato, infine, occorre chiedersi se quest'ultimo possa effettivamente vantare pieni diritti di proprietà su quelle che, a tutti gli effetti, sono diventate parti dei corpi nei quali sono state inserite.

Se l'operazione di impianto degli occhi avvenisse in età adulta, il principio di self-ownership richiederebbe il consenso dei riceventi. Lo Stato dovrebbe allora dichiarare le sue condizioni per il "prestito" degli occhi, tra le quali vi sarebbe la disponibilità a partecipare a lotterie redistributive e all'operazione di espianto. Chi accettasse queste condizioni potrebbe poi legittimamente essere considerato privo di diritti di proprietà sugli occhi impiantati. Nel caso dell'operazione perinatale ipotizzata da Cohen, però, nessun consenso previo potrebbe

essere richiesto ai diretti interessati e plausibilmente nemmeno a loro rappresentanti legali (per esempio ai genitori). Ciò perché si tratterebbe di un consenso anche a future violazioni – incluse violazioni coercitive - dell'integrità corporea dei riceventi: rifiutarsi di sottoporsi all'espianto significherebbe, secondo le condizioni dell'accordo (ricalcate sulla situazione legale descritta da Cohen) sottrarre una sua proprietà allo Stato, che avrebbe dunque il diritto di recuperarla coercitivamente. Sembra però ragionevole ritenere che in base al principio di self-ownership soltanto il diretto interessato abbia il diritto di acconsentire preventivamente a subire una simile coercizione. Questo giudizio non è altro che l'applicazione al caso specifico di un criterio di ragionevolezza dell'interpretazione del principio di self-ownership che sembra valido in generale. Non sembra infatti plausibile che il principio possa essere interpretato in modo tale da permettere ai genitori di vendere i figli come schiavi, o di impegnarli legalmente, una volta che abbiano raggiunto la maggiore età, ad arruolarsi nelle forze armate, o a impiegarsi in una data azienda, o a pronunciare voti religiosi, o a donare un organo non vitale, o a suicidarsi. Questo anche nel caso l'accettazione di simili impegni sia posta da qualcuno come condizione per compiere un'azione che nell'immediato sarebbe certamente nell'interesse dei figli, o addirittura che sarebbe per loro di importanza vitale.

Se si accetta l'impossibilità di un consenso preventivo – legittimo e giuridicamente efficace in base al principio di self-ownership – all'espianto di occhi impiantati con un'operazione perinatale ne seguirà poi che uno Stato il cui codice giuridico includa il diritto alla self-ownership non potrà impiantare con operazioni perinatali occhi o altri organi artificiali, *mantenendo su di essi un pieno diritto di proprietà*. In particolare esso mancherà del diritto di espantarli coercitivamente da una “fonte” ancora vivente.

Ciò non mostra, in effetti, che il rifiuto morale dell'espianto coercitivo di organi dipenda dall'adesione al principio di self-ownership e non da una qualche altra intuizione morale indipendente, ma soltanto che all'interno di un codice che includesse un diritto di self-ownership, secondo ogni interpretazione ragionevole di quest'ultimo, espianti non volontari di organi sarebbero quasi sempre proibiti, anche in presenza di precedenti diritti di proprietà (l'unica eccezione potrebbe essere rappresentata dal caso in cui qualcuno abbia subito un espianto forzoso e si intenda restituirgli l'organo che gli era stato sottratto).

5.1.3 - Un argomento indipendente per la self-ownership

Indipendentemente dal legame del principio di self-ownership con il divieto della schiavitù, con l'autonomia personale, con l'imperativo kantiano e con il divieto di violare l'integrità personale l'inserimento del diritto alla self-ownership all'interno di un codice di diritti positivi può essere giustificato facendo riferimento ad un altro interesse giuridico fondamentale: quello ad un qualsiasi grado di libertà giuridicamente garantito.

Seguendo lo schema triadico di McCallum³⁶⁹ assumo che le affermazioni circa la libertà di un agente abbiano la forma “X è libero da Z di Y”. Assumo inoltre che l'ostacolo Z a Y sia sociale, ovvero sia posto a X da altri esseri umani e che Y sia un'azione compiuta su porzioni del mondo fisico.

Supponiamo allora che nel codice giuridico vigente, 1) ad ogni individuo X sia attribuita una libertà normativa hohfeldiana illimitata di compiere qualsiasi azione su qualsiasi porzione del mondo fisico, incluso il corpo di qualsiasi altro individuo X1, e che inoltre 2) nessun individuo abbia un'immunità dal potere giuridico di ogni altro individuo di comandargli un qualsiasi uso del suo corpo. Ciò è sufficiente a implicare la negazione del diritto alla self-ownership di tutti gli individui soggetti al codice: infatti, la condizione 1) equivale alla negazione della legittimità della pretesa degli individui che gli altri si astengano dall'agire sul loro corpo, la condizione 2) è un'esplicita negazione dell'immunità degli individui riguardo al proprio corpo. la negazione dell'immunità degli individui sul proprio corpo implica la negazione dei poteri giuridici degli individui sul proprio corpo non congiuntamente esercitabili con quelli altrui. Se non posso legittimamente pretendere che gli altri non agiscano sul mio corpo, la mia libertà empirica di farne l'uso che voglio sarà sempre soggetta alla possibile interferenza delle loro azioni e non sarà giuridicamente garantita o in altri termini non sarà una libertà *vested* da pretese, e se non sono immune da nessun possibile atto giuridico degli altri sul mio corpo, non posso compiere nessun atto giuridico su di esso che sia vincolante per gli altri. Inoltre, si vede come le condizioni 1) e 2) rendono un qualsiasi grado di libertà non garantibile giuridicamente. Infatti, in base ad esse ad ognuno è attribuita una libertà che comprende la libertà di agire sul e per mezzo del corpo di ogni altro, ma ad essa si oppone un'analogia libertà di ogni altro. In ogni occasione nella quale queste libertà di fatto entrassero in conflitto si renderebbe necessaria una decisione su

³⁶⁹ G. C. McCallum, *Negative and Positive Freedom*, in “The Philosophical Review”, 76, (1967), tr.it. *Libertà negativa e positiva* in I. Carter, M. Ricciardi, *L'idea di libertà*, Feltrinelli, Milano 1996.

quale di essa dovrebbe essere protetta. Una decisione che potrebbe essere demandata a un'autorità, potrebbe essere sottoposta a una regola arbitraria (come per esempio: “è valida la prima rivendicazione in ordine di tempo su un qualsiasi corpo per un qualsiasi uso dello stesso”) o potrebbe semplicemente dipendere dalla forza.

In ogni caso, a nessuno sarebbe legalmente garantita la libertà di fare alcunché.

Almeno la pretesa di non subire le azioni altrui su almeno una parte del proprio corpo, il privilegio di farne l'uso che si vuole e l'immunità dai poteri giuridici altrui, dunque, devono essere garantiti se si vuole che un qualsiasi grado di libertà sia garantito. Di per sé, per la possibilità di compiere una *qualsiasi* azione non sarebbe richiesto il controllo totale sulla totalità del corpo, ma almeno un controllo delle parti sufficienti a determinare la posizione del corpo nello spazio (altrimenti non si avrebbe la libertà normativa di compiere una specifica azione spazio-temporalmente situata) e a compiere almeno un'azione. Inoltre, aumentando il numero delle parti del corpo sotto il proprio controllo e il numero delle libertà protette di agire su e tramite di esso si aumenterà il proprio grado di libertà empirica protetta, a meno che particolari situazioni di handicap fisico (che potrebbero richiedere una compensazione mediante pretese su corpi altrui o su porzioni del mondo fisico eccedenti la quota che un giusto principio di acquisizione assegnerebbe a un individuo privo di handicap fisici) non rendano di fatto non esercitabili tali libertà. Anche il potere giuridico sul proprio corpo non è richiesto, in quanto la sua assenza è compatibile con la libertà empirica di azione. Tuttavia, disporre di un potere giuridico sul proprio corpo aumenta certamente le opzioni *legalmente* disponibili (senza di esso, per esempio, non si avrebbe la possibilità di stipulare contratti di lavoro dipendente) e quindi la *libertà di scelta* di cui dispongono gli individui.

Inoltre, esso *può* di fatto aumentare il numero di azioni che possono essere compiute sul e per mezzo del proprio corpo: stipulando un contratto di lavoro dipendente, per esempio, si può accedere all'uso di beni capitali che prima ci sarebbero stati preclusi, si possono aumentare le risorse a propria disposizione e ridurre il tempo necessario ad ottenerle. Tutto ciò *può* comportare il poter compiere azioni che altrimenti non si sarebbero potute compiere, su oggetti materiali che altrimenti non si sarebbero potuti utilizzare, utilizzando un tempo che altrimenti non sarebbe stato disponibile, aumentando così il nostro grado di libertà.

È importante sottolineare che, sebbene l'esempio del contratto di lavoro presupponga la proprietà privata di risorse naturali e beni capitali e un mercato di tali beni, queste condizioni

non devono per forza verificarsi affinché i poteri giuridici sul proprio corpo possano essere utilizzati per aumentare la propria libertà. E' infatti possibile ipotizzare contratti che conducano allo stesso risultato per una o per entrambe le parti esclusivamente mediante lo scambio di diritti sull'uso del corpo dei contraenti. Se per esempio Tizio, molto abile nella caccia, si impegna con Caio a cacciare per lui un giorno alla settimana e Caio, molto abile nella raccolta, si impegna a contraccambiare raccogliendo per Tizio un giorno alla settimana, entrambi potrebbero ritrovarsi con più risorse disponibili per il consumo, più tempo a disposizione e, conseguentemente, una maggiore possibilità di compiere altre azioni di loro scelta.

Tuttavia, questo incremento della libertà non è necessariamente connesso ai poteri giuridici su di sé, in quanto essi possono essere utilizzati dagli individui anche in modo tale da ridurre le proprie risorse, il proprio tempo e le proprie opzioni. Il caso limite è quello della schiavitù volontaria, ma, al di sotto di questa condizione estrema, si possono immaginare molte altre forme di restrizione volontaria, giuridicamente vincolante, della propria libertà. In realtà, per esempio, ogni contratto di lavoro comporta questa restrizione, che può tuttavia condurre a un aumento complessivo di libertà mediante un bilanciamento con ciò che permette di acquisire. La possibilità di un bilancio finale negativo non può tuttavia essere esclusa.

Rimane vero, comunque, che i poteri giuridici su se stessi sono connessi per gli individui almeno alla possibilità di incrementare la propria libertà, e che tale possibilità è minore in assenza di questi poteri.

5.2 – il principio di acquisizione originaria

5.2.1 - Esclusione

Sebbene il diritto alla self-ownership sia necessario alla tutela giuridica di un qualsiasi grado di libertà empirica, esso non è sufficiente a questo scopo. Perché un individuo goda di tale tutela è infatti necessario anche un diritto almeno temporaneo di *esclusione* di ogni altro dalla possibilità di utilizzare porzioni determinate del mondo fisico esterno.

Ciò segue dalla combinazione di due fatti, ovvero, in primo luogo, che non è possibile agire se non occupando spazi determinati per periodi determinati di tempo e, in secondo

luogo, che corpi fisici differenti non possono occupare contemporaneamente la stessa porzione di spazio.

Senza poter escludere chiunque altro dal luogo che occupa in un dato momento, un individuo non sarebbe nemmeno certo di essere libero di agire *sul* proprio corpo.

La libertà di spostarsi nello spazio richiede poi la possibilità di poter escludere ogni altro da più luoghi successivamente.

L'ulteriore possibilità di agire sul mondo fisico *per mezzo* del proprio corpo, implicata, per esempio, da ogni emissione vocale, richiede, per essere garantita giuridicamente, un ulteriore diritto di azione *su* porzioni del mondo fisico esterne al corpo (per esempio, nel caso della fonazione, sull'aria investita dalle onde sonore). Infine, alcune classi di azioni su o per mezzo di porzioni del mondo fisico esterno richiedono - a garanzia della libertà di compierle - diritti di esclusione su quelle porzioni di mondo fisico. In generale, qualsiasi uso strumentale di una risorsa e qualsiasi modificazione intenzionale di essa - inclusi la congiunzione o l'assemblaggio con altre risorse - richiedono almeno temporaneamente il controllo esclusivo di tale risorsa. Inoltre, affinché sia giuridicamente garantito che un'azione trasformatrice sia irreversibile è necessario che il diritto di esclusione sia permanente.

Il problema della certezza giuridica dell'irreversibilità dell'azione non si pone evidentemente nel caso di azioni *fisicamente* irreversibili, a proposito delle quali sembra piuttosto che diritti temporanei di azione e di esclusione siano sufficienti a garantire la possibilità di determinare effetti permanenti.

Tali azioni, in seguito alle quali una risorsa naturale non è più disponibile nella sua forma originaria, possono essere classificate sotto la denominazione generale di *consumo*.

Diritti di esclusione permanente da risorse naturali esterne possono essere intesi proprio come analoghi del diritto al consumo di una risorsa.

È questo, per esempio, il passo iniziale della teoria lockiana dell'acquisizione originaria.

Nel quinto capitolo del *Secondo Trattato sul Governo*, l'acquisizione è definita precisamente come esclusione delle risorse privatizzate dal diritto all'uso comune, come immediata premessa della teoria dell'acquisizione mediante il lavoro viene posta la tesi che debba poter essere riconosciuto un qualche principio di giustificazione dell'acquisizione, e la motivazione di ciò è ricondotta precisamente alla necessità di riconoscere la legittimità del consumo (in particolare del consumo alimentare), senza il quale i singoli uomini non potrebbero sopravvivere:

The earth and all that is therein is given to men for the support and comfort of their being. And though all the fruits it naturally produces, and beasts it feeds, belong to mankind in common, as they are produced by the spontaneous hand of nature; and nobody has originally a private dominion exclusive of the rest of mankind in any of them, as they are thus in their natural state; yet being given for the use of man, there must of necessity be a means to appropriate them some way or other before they can be of any use, or at all beneficial, to any particular man. The fruit of venison which nourishes the wild indian, who knows no enclosure, and is still a tenant in common must be his, and so his, i.e., a part of him, that another can no longer have any right to hit before he can do him any good for support of his life.³⁷⁰

La legittimità dell'acquisizione individuale di ciò che viene consumato come cibo non può, pertanto, essere condizionata dal consenso di quanti in seguito a tale acquisizione si trovino privati del diritto ad agire su questa risorsa (per esempio consumandola loro), in quanto l'acquirente “if such a consent as that was necessary, man had starved, notwithstanding the plenty god had given him”.³⁷¹

In luogo del consenso è dunque il lavoro che, nella teoria di Locke, funge da principio di giustificazione dell'acquisizione originaria:

Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hand, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that nature has provided and left it in, he has mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it has by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other men. For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have right to what that he has once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others.³⁷²

Definito un principio di legittimità dell'acquisizione *nel caso del consumo* – nel quale un tale principio *deve* esistere – il suo ambito di validità è poi esteso da Locke agli altri casi di acquisizione legittima e in particolare a quello dell'appropriazione della terra:

But the chief matter of property being now not the fruits of the earth and the beasts that subsist on it, but the earth itself, as that which takes in and carries with it all the rest, I think it is plain that

³⁷⁰ TTG II, 26.

³⁷¹ TTG II, 28.

³⁷² TTG II, 32.

property in that too is acquired as the former. As much land a man tills, plants, improves, cultivates, and can use the product of, so much his property. He by his labour does, as it were, enclose it by the common.³⁷³

Il lavoro che fonda la legittimità della proprietà terriera, d'altro canto, non è per l'uomo un' opzione facoltativa più di quanto lo sia il consumo alimentare: “the penury of his condition” infatti “required it to him”. Per questo i suoi diritti su ciò che con il lavoro acquisisce non sarebbero invalidati dall'assenza del consenso degli altri uomini più di quanto lo sarebbero i suoi diritti sui frutti raccolti e consumati per vivere: “Nor it will invalidate his right to say everybody else has an equal title to it, and therefore it cannot appropriate, he cannot enclose, without the consent of all his fellow-commoners, all mankind”.³⁷⁴

Tralasciando per il momento la discussione del principio di acquisizione mediante il lavoro, di cui mi occuperò nel paragrafo successivo, ciò che importa sottolineare è la struttura complessiva dell'argomento di Locke.

Esso si articola in tre parti: nella prima si argomenta la tesi deontica che un principio di acquisizione debba essere riconosciuto valido, a partire dal caso esemplare del consumo alimentare.³⁷⁵

Nella seconda si individua l'unico possibile principio di acquisizione nel lavoro.

Nella terza, riconoscendo che tale principio è in opera in situazioni differenti da quella esemplare, ma parimenti contrassegnate dalla necessità, sia pure attenuata (nella situazione esemplare è in gioco la sopravvivenza, in quella analoga dell'acquisizione della proprietà terriera soltanto la possibilità di superare la “insufficienza” della condizione materiale umana), di un principio di acquisizione, si estende la sua validità a queste ultime.

In ognuna di queste fasi il nucleo del diritto prodotto dall'acquisizione originaria è un diritto di esclusione. Con il crescere della complessità e dell'estensione della libertà di azione che tale diritto intende tutelare, ad esso si aggregano ulteriori posizioni giuridiche: la libertà di “coltivare un campo” è più complessa della libertà di cogliere e mangiare un frutto,

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ Tale argomento può assumere due forme a seconda che il consumo sia ritenuto permesso o, come sembra intendere Locke, obbligatorio in quanto necessario all'autopreservazione umana, inscritta nella legge di natura e voluta da Dio: Nel primo caso si avrà: 1) Il consumo è permesso: $P(C)$, 2) Il consumo implica l'acquisizione: $C \rightarrow A$, quindi la permesso del consumo implica la permesso dell'acquisizione $P(C) \rightarrow P(A)$, nel secondo, la medesima struttura con la sostituzione dell'operatore deontico O a P . Si può osservare, comunque, che anche il primo caso può essere interpretato come implicante obblighi. In particolare, l'obbligo di astenersi dall'impedire con la forza il consumo, che potrebbe essere implicato dalla permissibilità di quest'ultimo. Da tale obbligo, e da $C \rightarrow A$, deriverebbe poi l'obbligo di non impedire con la forza A .

richiede la libertà di compiere una successione di azioni nel corso del tempo, in una determinata area spaziale. Inoltre, considerata come azione rivolta a uno scopo - l'utilizzo del suo prodotto finale - la coltivazione richiede infine la possibilità di escludere da questo prodotto. A tale maggiore complessità dell'azione corrisponderà anche una maggiore complessità della sua tutela giuridica: da una parte avremo il semplice diritto che non ci venga sottratto il frutto che abbiamo colto, dall'altro un diritto continuativo di agire, almeno per un certo periodo di tempo, in una certa regione dello spazio, un diritto di escludere da essa, un diritto infine ad escludere dai prodotti delle azioni compiute.

Tuttavia, la struttura essenziale del diritto è la stessa in entrambi i casi. In termini hohfeldiani essa comprende:

1) una pretesa che altri si astengano dall'agire su di una porzione del mondo fisico senza il nostro consenso.

Pretesa che funge tra l'altro da garanzia della

2) libertà di agire su tale porzione di mondo fisico anche senza il consenso chiunque altro,

e

3) un'immunità giuridica a tutela di questa pretesa e di questo privilegio.

Alla definizione di un pieno diritto di proprietà mancherebbero dunque, a questo punto, soltanto due elementi: la sua non-temporaneità e il riconoscimento dei poteri giuridici (a loro volta protetti da un'immunità) connessi al possesso di una porzione del mondo fisico.

Come ho anticipato, la stabilità - o al limite la permanenza - del diritto di proprietà può innanzitutto assolvere la funzione di garantire giuridicamente la stabilità - o al limite la permanenza - degli effetti di un'azione di per sé reversibile: i miglioramenti tecnici apportati da un "proprietario" temporaneo all'irrigazione di un campo, o di uno strumento agricolo, potrebbero per esempio essere annullati da un successore e l'unico modo per garantire giuridicamente che ciò non avvenga nel corso della vita del primo proprietario - se non per sua volontà - sarebbe rendere stabile il titolo di proprietà.

Vi è poi una seconda funzione della stabilità del titolo di proprietà, strettamente connessa al riconoscimento dei poteri giuridici del proprietario: entrambe queste ulteriori strutturazioni dell'originario diritto di azione *sui* e di esclusione degli altri *dai* propri possessi sono indispensabili alla possibilità della trasmissione e dello scambio dei possessi.

Senza il potere giuridico di trasferire un titolo di proprietà, o di permettere che altri agiscano sui suoi possessi a determinate condizioni, il proprietario non potrebbe effettuare scambi, mentre se i titoli di proprietà fossero transitori, gli effetti giuridici di questi scambi sarebbero contestabili e incerti.

L'idea di fondare un diritto di proprietà minimale, consistente esclusivamente nel diritto temporaneo di agire su una risorsa e di escludere gli altri da questa possibilità, sul fatto che, senza di esso, di qualsiasi azione non sarebbe garantita la libertà di compierla, è dunque una generalizzazione dell'idea lockiana che un diritto di appropriazione esclusiva debba essere riconosciuto per garantire la legittimità del consumo (e una sua applicazione al caso del diritto positivo). Inoltre, ogni estensione di questo diritto può essere giustificata sulla base della sua necessità per fornire la garanzia legale della libertà di compiere non un'azione qualsiasi, ma una specifica classe di azioni, con gradi di determinazione crescenti, analogamente a quanto fatto da Locke estendendo la sua giustificazione dell'acquisizione iniziale a partire dall'esempio del consumo alimentare.

Al termine del processo, pieni e stabili diritti di proprietà garantiscono ai possessori legittimi di risorse materiali tutte le libertà di azione di cui gode un agente all'interno del quadro giuridico di un *mercato* di titoli di proprietà.

In assenza di questa evoluzione, certamente alcune di queste libertà non sarebbero garantite e non è possibile sostenere a priori che tali libertà siano meno rilevanti di quelle che la mancata esclusione dei diritti di esclusione permetterebbe di salvaguardare

Gerald Allan Cohen formula il seguente esempio:

Due vicini, A e B, hanno due insiemi di attrezzi per fare lavori in casa. Ognuno ha qualche attrezzo che manca all'altro. Se A ha bisogno di un attrezzo che ha solo B, questo vuol dire che essendo la proprietà privata quello che è, egli non è libero di prendere per un po' l'attrezzo B, anche se B nel frattempo non ne ha bisogno. Ora, immaginiamo che sia imposta la seguente regola, che rende gli attrezzi una proprietà parzialmente comune: ciascuno può prendere e usare senza permesso un attrezzo che appartiene all'altro, purché l'altro non lo stia usando, e lo restituisca quando non ne ha più bisogno, qualunque di questi casi avvenga prima. Così come stanno le cose (una precisazione sostanziale: stiamo parlando, come spesso dovremmo, del mondo reale, non di possibilità remote) la regola di comunizzazione, a mio parere, accrescerebbe da ogni punto di vista ragionevole la libertà di usare gli attrezzi. Per intenderci, alcune libertà sono rimosse dalla nuova regola. A nessuno dei vicini è più assicurato il facile accesso che aveva prima ai suoi attrezzi. Qualche volta dovrà andare dal vicino per recuperarne uno. Tantomeno potrà farsi pagare dal vicino per l'uso di

un attrezzo di cui per il momento non ha bisogno. Ma probabilmente queste restrizioni contano meno dell'aumento della scelta di attrezzi disponibili. Nessuno è più sovrano come prima su un singolo attrezzo, e quindi l'elemento privato della proprietà è ridotto. Ma la libertà è probabilmente aumentata.³⁷⁶

Pur potendo usare gli attrezzi per mantenere la sua parte di giardino esattamente come avrebbe potuto fare avendone la proprietà esclusiva ciascun comproprietario – come ammesso dallo stesso Cohen - mancherà di diritti come quello di modificarli senza il consenso degli altri o quello di venderli senza il consenso degli altri.

Non solo l'esercizio di queste libertà potrebbe risultare per i proprietari di *maggior valore* rispetto alle libertà di uso precedenti alla privatizzazione: esse potrebbero anche essere *più numerose*.

Il fatto che qualcuno voglia compiere determinate azioni può dipendere dalla precedente *scoperta* della loro possibilità o del fatto che è vantaggioso compierle, perciò, in qualsiasi momento, per un qualsiasi accordo di uso comune di determinate risorse, non è possibile dire quali e quante azioni saranno condizionate al consenso dei comproprietari.

Questa indeterminatezza non consente nemmeno, naturalmente, di affermare con certezza che la libertà dei proprietari dopo la privatizzazione sia quantitativamente e/o qualitativamente superiore a quella dei comproprietari nel regime di proprietà comune. Soltanto la privatizzazione, tuttavia permette che un' *estensione illimitata* della libertà di azione sulle risorse privatizzate possa essere giuridicamente garantita. Tale estensione potrebbe non avvenire (i proprietari potrebbero non scoprire nuovi modi di utilizzare, di modificare o scambiare gli attrezzi da giardino), ma *se avvenisse* il diritto di proprietà la proteggerebbe da possibili interferenze.

Inoltre, una libertà che può essere estesa illimitatamente è potenzialmente superiore, sia qualitativamente che quantitativamente, a una libertà definita in modo rigido dai termini di un accordo di comproprietà.

La privatizzazione delle risorse può dunque essere riconosciuta, in definitiva, come una necessità condizionale, relativa al fine di garantire giuridicamente determinate libertà di azione. Tale garanzia si articola nella pretesa che altri si astengano dall'agire sulla porzione di

³⁷⁶ G. A. Cohen, *Capitalism, Freedom and the Proletariat*, in A. Ryan (ed. by) *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1979, p.12, trad. it. *Capitalismo, libertà e proletariato*, in Ian Carter, Mario Ricciardi, *L'idea di libertà*, Feltrinelli, Milano 1996, pp. 167-169.

mondo fisico interessata dall'azione, nell'immunità su questa pretesa e sulla stessa libertà, e nei poteri giuridici di trasferimento dei titoli di proprietà su di essa.

Con ciò, si fornisce però ancora soltanto una giustificazione della privatizzazione delle risorse, mentre non si fornisce alcuna giustificazione del fatto che individui determinati possano essere i proprietari di risorse determinate (ovvero, nessuna giustificazione della validità dei titoli di proprietà originari).

E' questa la funzione di un principio di acquisizione. Nella teoria di Locke, per esempio, il principio di acquisizione mediante il lavoro stabilisce che gli individui che applicano il loro lavoro a una determinata risorsa ne diventano i proprietari. A sua volta, il particolare principio di acquisizione proposto da Locke si fonda sulla proprietà di sé per cui si pone il problema dell'effettiva implicazione tra proprietà di sé e acquisizione mediante il lavoro.

5.2.2 – Acquisizione

Nelle teorie lockiane della proprietà la self-ownership costituisce la giustificazione ultima dell'acquisizione iniziale della proprietà di risorse esterne. Agendo su di esse ne diverremmo proprietari in virtù della nostra originaria proprietà di noi stessi.

Non è tuttavia immediatamente chiaro in virtù di quale principio il titolo di proprietà su noi stessi generi titoli di proprietà sulle risorse esterne in virtù delle azioni che compiamo su di esse.

Per Locke, sarebbe la congiunzione, realizzata dal lavoro, di qualcosa di nostro (in virtù della self-ownership) a risorse originariamente senza possessore a modificare lo status di queste ultime. Questa tesi sembra però spostare il problema di individuare un principio della giustificazione dell'acquisizione senza risolverlo. Ci si può infatti chiedere, allora, perché la congiunzione di ciò che è nostro a ciò che non è di nessuno non sia una rinuncia a possessi stabiliti piuttosto che un'acquisizione.

Robert Nozick, in *Anarchy, State and Utopia* si domanda per esempio

Why does mixing one's labour with something make one the owner of it? Perhaps because one owns one's labour, and so one comes to own a previously unowned thing that becomes permeated with what one owns. Ownership seeps over into the rest. But why isn't mixing what I own with what I don't own a way of losing what I own rather than a way of gaining what I don't? If I own a can of tomato juice and spill it in the sea so that its molecules (made radioactive, so I can check

this) mingle evenly throughout the sea, do I thereby come to own the sea, or have I foolishly dissipated my tomato juice?³⁷⁷

Si può tentare di rischiarare l'oscurità dell'implicazione tra applicazione del lavoro e generazione di titoli di proprietà in diversi modi.

Si potrebbe affermare, per esempio, che il lavoro produca oggetti altrimenti inesistenti, per cui il titolo di proprietà su di essi non riguarderebbe più, in effetti, le risorse originariamente senza possessore. Una simile tesi avrebbe a proprio sostegno la semplice e potente intuizione morale in base alla quale *dovremmo essere proprietari di ciò che abbiamo fatto*, ma alcuni problemi sembrerebbero renderla inservibile come giustificazione del principio di acquisizione mediante il lavoro. In primo luogo, è difficile vedere come possa essere applicata a casi nei quali non sembra che avvenga un'effettiva creazione di alcunché e di fatto neppure una qualsiasi trasformazione delle risorse naturali: in che senso, per esempio, si creerebbe qualcosa di nuovo raccogliendo frutti da un albero? In realtà, il suo ambito di validità sembra essere limitato ai manufatti umani e al massimo a ciò che può essere posto in qualche relazione di analogia con essi (come i prodotti dell'agricoltura e dell'allevamento).

In secondo luogo, i manufatti umani non sembrano comunque equiparabili in tutto e per tutto ad oggetti creati dal nulla. In realtà, poiché il “creatore” umano di un oggetto non può che agire su una materia preesistente, qualsiasi titolo di proprietà su di esso verterà anche su quest'ultima, a meno di non sostenere la tesi ancora più controintuitiva che, in quanto tale, questa materia abbia cessato di esistere in seguito alla creazione del nuovo oggetto.

Ammettere questo significherebbe però rendere i titoli di proprietà radicalmente incerti ed instabili: se davvero la creazione di un manufatto generasse un titolo di proprietà su di esso e contemporaneamente facesse cessare di esistere come tali le risorse di cui è fatto, in linea di principio si potrebbe essere proprietari legittimi anche di oggetti costruiti con risorse che originariamente avevano un possessore. Certamente, l'azione di costruzione dell'oggetto potrebbe essere considerata illegittima in quanto *distruzione* di risorse, ma in seguito nessun titolo di proprietà potrebbe essere fatto valere su risorse inesistenti (resterebbe soltanto la possibilità di rivendicare la proprietà dell'oggetto a titolo di compensazione per la distruzione delle risorse).

³⁷⁷ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Inc, New York, 1974, pp. 174-175.

Un'altra via - suggerita da Nozick³⁷⁸ - è l'idea che il lavoro renda proprietari del *valore aggiunto* che conferisce a un oggetto materiale, e dell'oggetto stesso solo in quanto inseparabile da questo valore aggiunto. Essa presenta però problemi analoghi alla teoria dell'acquisizione mediante creazione: non copre casi di acquisizione rivolti al mero consumo e rende incerta la definizione del titolo di proprietà su un oggetto originariamente posseduto da un individuo, ma il cui valore sia stato accresciuto da un altro.

Una generalizzazione e radicalizzazione della tesi dell'acquisizione mediante "creazione" consiste nell'affermazione che le stesse risorse naturali esistono come tali soltanto quando qualcuno scopre l'uso che se ne può fare. In questo senso, "scoperta" equivarrebbe a "creazione".³⁷⁹

A prima vista, sembrerebbe che accettando questa tesi (ancora una volta a dispetto della sua controintuitività) anche atti che non modificano le risorse naturali, come quello di cogliere frutti da un albero potrebbero essere considerati "creazioni", mentre la persistenza ontologica dei materiali costituenti i manufatti umani sarebbe assicurata e, di conseguenza, anche quella degli eventuali titoli di proprietà su di essi.

A uno sguardo più ravvicinato, però, la coesistenza di questi due guadagni teorici risulta instabile. Sostenere che creiamo risorse naturali quando le scopriamo significa infatti far dipendere il nostro elenco delle risorse naturali esistenti dalla nostra definizione di ciò che conta come "scoperta". Tanto più restrittivi saranno i criteri imposti da quest'ultima, tanto più lo saranno anche quelli per l'inclusione nel primo.

Se per esempio, come "scoperta" di una risorsa valesse esclusivamente l'individuazione di un suo possibile uso industriale, soltanto chi fosse in possesso delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle risorse per riconoscere e attuare questo uso potrebbe appropriarsene (creandola). Per contro, se per scoperta di una risorsa dovesse valere la mera consapevolezza della possibilità di raccoglierla e consumarla, anche gruppi di raccoglitori che usassero in comune le risorse di un determinato territorio potrebbero esserne riconosciuti come comproprietari. Nel primo caso nemmeno risorse utilizzate, per esempio, per un'attività tecnicamente complessa e tale da richiedere una dilazione del consumo (cioè un *investimento*) come l'agricoltura, sarebbero considerate esistenti, e dunque su di esse non potrebbero vertere titoli validi di proprietà. Nel secondo caso qualsiasi uso comune di una

³⁷⁸ Ivi, p.175.

³⁷⁹ Vedi Israel M. Kirzner, *Entrepreneurship, Entitlement and Economic Justice*, in "Eastern Economic Journal", Vol 4, N 1 (January 1978), ora in Jeffrey Paul (a cura di) *Reading Nozick, Essays on Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford 1981, pp. 383-411.

risorsa, per quanto rudimentali fossero le conoscenze e le tecniche in esso impiegate e per quanto fosse orientato al consumo immediato, genererebbe titoli validi di proprietà, bloccando acquisizioni successive. Tra i due estremi vi sarebbe poi uno spettro di alternative intermedie all'interno del quale i limiti dell'acquisizione legittima risulterebbero sempre strettamente correlati alle definizioni interdipendenti di “scoperta” e di “risorsa”.

Analoghi problemi insorgerebbero qualora si volessero intendere i titoli di proprietà sulle risorse acquisite come retribuzione del *merito morale* eventualmente associato al lavoro. Senza una preventiva determinazione di che cosa conterebbe come lavoro, potrebbe infatti risultare impossibile, almeno in alcuni casi, distinguere tra retribuzione del merito e bottino di rapina.

Un'altra possibile strategia, percorsa dallo stesso Locke nel *Second Treatise*, consiste in un ragionamento a ritroso che partendo dal momento del consumo della risorsa, nel quale l'acquisizione deve essere certamente avvenuta, risale al momento della sua iniziale separazione dall'insieme delle risorse disponibili all'uso comune. Poiché non è possibile individuare una soluzione di continuità all'interno di questo processo, sostiene Locke, il momento dell'acquisizione deve essere stato quello iniziale:

He that is nourished by the acorns he picked up under an oak, or the apples he gathered from the trees in the wood, has certainly appropriated them to himself. Nobody can deny but the nourishment is his. I ask, then, when did they begin to be his? When he digested? Or when he ate? Or when he boiled? Or when he brought them home? Or when he picked them up? And it is plain, if the first gathering made them not is, nothing else could.³⁸⁰

Di per sé, però, l'argomento è rivolto soltanto a mostrare che se l'iniziale atto della raccolta non è sufficiente all'acquisizione, nessun altro atto può esserlo.

Ammesso questo – a dispetto del fatto che non sia chiaro perché altre possibilità, come per esempio che all'acquisizione sia necessario l'intero processo dalla raccolta al consumo, o che essa avvenga in un momento non identificabile tra questi due estremi – resterebbe ancora da spiegare perché l'acquisizione legittima dovrebbe essere avvenuta. L'argomento di Locke dipende certamente dalla tesi della necessità deontica che l'acquisizione legittima sia possibile, ma nemmeno da questa necessità segue in modo evidente che l'unico candidato

³⁸⁰ TTG II, 28.

identificabile al ruolo di principio di acquisizione legittima debba essere riconosciuto come tale in assenza di ulteriori ragioni per farlo.

L'argomento a ritroso sembrerebbe allora dipendere da un premessa ulteriore.

Un candidato a questo ruolo, che varrebbe per altro anche come ragione indipendente, potrebbe essere l'affermazione che *in tutto il periodo di tempo* dall'azione iniziale su una risorsa naturale fino al suo consumo finale, sottrarla all'agente costituisca un'*aggressione* equivalente a quella di chi con la forza costringesse qualcuno a lavorare per lui.

Sembra che lo stesso testo di Locke suggerisca l'equivalenza tra espropriazione asservimento coercitivo, per esempio laddove si legge che

He that has good left for his improvement as was already taken up needed not complain, ought not to meddle with was already improved by another labour; if he did it is plain he desired the benefit of another's pain, which he had no right to³⁸¹

o che, è

lawful for a man to kill a thief who has not in the least hurt him, nor declared any design upon his life, any farther than by the use of force, so to get him in his power as to take away his money, or what he pleases, from him; because using force, where he has no right to get me into is power, let his pretence be what it will, I have no reason to suppose that he would take away my liberty would not, when he had me in his power, take away everithng else. And therefore it is lawful for me to treat him as one who has put himself into a state of war with me -i.e., kill him if I can; for to that hazard he justly exposes himself whoever introduces a state of war, and is aggressor in it. ³⁸²

La sottrazione di ciò a cui è stato applicato il lavoro sarebbe dunque direttamente una violazione della *self-ownership* di chi non avrebbe compiuto alcun lavoro se avesse saputo fin dall'inizio che del suo prodotto avrebbe beneficiato qualcun altro (allo stesso modo in cui una truffa viola il diritto di proprietà di chi non avrebbe effettuato lo scambio se ne avesse conosciuto anticipatamente i veri termini).

Se ciò valesse a partire dal momento iniziale dell'azione quest'ultimo dovrebbe essere riconosciuto come determinante il cambiamento di status della risorsa (da “non posseduta” a “posseduta”).

³⁸¹ TTG II, 34.

³⁸² TTG II, 18.

Inoltre, nessuna derivazione di un principio di acquisizione dal principio di self-ownership e il “lavoro” sarebbe definito nel modo più estensivo, come azione rivolta a uno scopo.

Si deve osservare fin da ora, tuttavia, che in base a questo argomento non si avrebbe in generale nessuna violazione della self-ownership nel caso in cui l'agente fosse stato preventivamente avvertito che dopo l'inizio della sua azione la risorsa gli sarebbe stata sottratta.

In definitiva, un argomento plausibile per l'acquisizione iniziale mediante il “lavoro”, limitato al caso del consumo, potrebbe assumere questa forma:

1) Il consumo è permesso, in quanto necessario alla vita umana

2) Il consumo implica l'acquisizione,

quindi

3) l'acquisizione è permessa,

ma

4) tra il primo gesto compiuto in vista del consumo e il consumo stesso non vi è nessun momento identificabile nel quale si possa dire che avvenga l'acquisizione

5) in ogni momento di tale processo, *d'altro* canto, sottrarre la risorsa destinata al consumo all'agente (senza avvertirlo preventivamente) significherebbe violare la sua self-ownership, in quanto equivarrebbe ad averlo costretto ad agire

pertanto

6) l'acquisizione deve avvenire già con il primo gesto compiuto in vista del consumo.

La limitata conclusione espressa dalla proposizione 6 può poi essere estesa per analogia ai casi nei quali la finalità dell'azione sulla risorsa esterna non è il consumo.

Il punto cruciale, tuttavia, è la proposizione 5, che può giustificare da sola sia la conclusione relativa al consumo sia la sua estensione.

In questa forma semplificata, l'argomento sarebbe allora:

1) Dal primo gesto di un'azione compiuta su una risorsa, sottrarre la risorsa all'agente (senza averlo preventivamente avvertito) significherebbe violare la sua self-ownership, in quanto equivarrebbe ad averlo costretto ad agire

pertanto

2) l'acquisizione deve avvenire già con il primo gesto di un'azione compiuta su una risorsa.

Tuttavia, in tale forma l'argomento non servirebbe ad giustificare nessuna particolare acquisizione. Infatti, perché la sottrazione all'agente della risorsa sia una violazione della sua self-ownership, dovrebbero verificarsi due circostanze: 1) che l'azione sia stata intrapresa e 2) che all'agente non fosse stato preventivamente comunicato che la risorsa gli sarebbe stata sottratta.

La giustificazione di una particolare acquisizione, pertanto, dovrebbe includere una ragione per permettere una particolare azione, e per non sottrarre la risorsa oggetto dell'azione all'agente avendolo preventivamente avvertito.

Che un'azione debba essere permessa potrebbe seguire, come sostenuto da Locke nel *Second Treatise*, dalla sua necessità per la sopravvivenza o per il superamento della “insufficienza” della condizione umana.

Tuttavia, mentre l' “insufficienza della condizione umana” è un concetto vago, in base al quale qualsiasi acquisizione eccedente quella strettamente necessaria a un individuo per sopravvivere potrebbe essere arbitrariamente giudicata ammissibile o non ammissibile, la condizione di necessità per la sopravvivenza è molto stringente, e in base ad essa tutte le acquisizioni eccedenti il minimo di risorse necessarie alla sopravvivenza dovrebbero essere considerate illegittime.

Da un lato, dunque, la tesi che la sottrazione all'agente delle risorse naturali sulle quali ha agito sarebbe una violazione diretta del suo diritto di self-ownership sembrerebbe risolvere i molti problemi posti dalla teoria dell'acquisizione mediante il lavoro, costituendone la versione più plausibile, dall'altro neanch'essa fornisce una risposta generale, che vada al di là del caso specifico dell'acquisizione finalizzata alla sopravvivenza, alla questione circa la legittimità stessa dell'azione.

Ammesso che una certa azione compiuta su una risorsa naturale generi un diritto di esclusione dall'uso comune per quale motivo tale azione dovrebbe essere permessa a un individuo?

Nel caso che l'azione sia necessaria alla sopravvivenza sembra si possa affermare che essa dovrebbe certamente essere permessa. Ciò perché *dovrebbe essere permesso agli individui di sopravvivere, ovvero dovrebbe essere proibito impedirglielo.*

Negli altri casi, però, la legittimità dell'azione sulle risorse esterne non può derivare né da precedenti titoli di proprietà su di esse né dal titolo di proprietà dell'agente su se stesso, dal suo diritto di self-ownership.

I titoli di proprietà dovrebbero infatti essere stabiliti proprio dall'acquisizione realizzata mediante l'azione, mentre dalla mera self-ownership non discende nessun diritto a compiere un'azione qualsiasi. Perché un tale diritto sia riconosciuto a un individuo è necessario, come ho sostenuto nel paragrafo precedente, che egli goda preventivamente, oltre che del diritto alla self-ownership, almeno del diritto di escludere temporaneamente da una certa (non determinata) porzione del mondo fisico esterno ogni altro individuo.

Certamente, un legislatore che voglia riconoscere agli individui il diritto di agire in un modo qualsiasi dovrebbe riconoscere loro anche questo diritto minimale di esclusione. Dal quale non seguirebbe però logicamente un diritto di agire in modo da rendere questo diritto di esclusione permanente su una regione determinata del mondo fisico, al di là del caso limite del consumo. Per esempio: dal diritto di X di raccogliere e consumare ciò che viene prodotto da un certo appezzamento di terra (escludendo ogni altro dalla possibilità di raccogliarlo, consumarlo o utilizzarlo in altro modo), non segue che X abbia anche il diritto di coltivarlo. Coltivando il campo, X acquisirebbe, per ipotesi, il diritto di escludere ogni altro dalla raccolta e dal consumo dei suoi prodotti, ma un codice che gli negasse il diritto di coltivare il campo non violerebbe né il suo diritto alla self-ownership, né il suo diritto generico ad agire, né un suo inesistente diritto di proprietà sul campo.

Proprio perché l'azione richiede il controllo (almeno temporaneo) di porzioni del mondo fisico esterno, il diritto alla self-ownership è concettualmente distinto da un diritto ad *agire*, e proprio perché azioni *determinate* richiedono il controllo (almeno temporaneo) di porzioni *determinate* del mondo fisico esterno il diritto ad agire in qualche modo è concettualmente distinto dal diritto ad agire in un modo determinato. Quindi, se il nesso tra self-ownership e acquisizione dipende dalla circostanza che siano intraprese azioni determinate su regioni determinate del mondo fisico esterno (perché solo quando queste azioni sono state intraprese sottrarre la risorsa all'agente costituirebbe una violazione della sua self-ownership), dal principio della self-ownership non è ricavabile nessuna giustificazione di una particolare acquisizione.

Dal riconoscimento della non derivabilità di un principio di acquisizione dalla self-ownership o da ogni altro diritto preesistente muovono per altro le proposte volte a

selezionare come principio di acquisizione una regola convenzionale quale il principio *first come, first served*.

Tali teorie, diversamente da quelle dell'acquisizione mediante il lavoro, non ricercano una giustificazione dell'acquisizione fondata sui diritti (naturali o positivi) preesistenti, ma piuttosto sulla funzionalità della regola proposta, o semplicemente sulla sua inevitabilità vista la mancanza di alternative valide.

Randy E. Barnett difende per esempio la regola del *first come, first served* come l'unica efficace nell'assicurare che le azioni individuali tengano conto della dispersione della conoscenza personale e locale e che vi siano adeguati incentivi ad agire in base alla conoscenza cui si ha accesso.

Per Barnett la regola di acquisizione originaria garantisce gli stessi risultati e non è che un caso specifico della regola nozickiana del *trasferimento volontario* dei titoli di proprietà. Essa non affermerebbe altro, in effetti, che la necessità del consenso del primo acquirente per il trasferimento del titolo di proprietà su una risorsa.³⁸³

Per Antony De Jasay la regola è giustificata dalla sua neutralità morale: qualsiasi altro principio comporeterebbe una valutazione di merito circa a *chi*, o per quali *scopi* dovrebbe essere permessa l'acquisizione iniziale.³⁸⁴

Se però la regola di acquisizione ha una natura soltanto convenzionale, si delinea immediatamente un'alternativa a simili strategie di giustificazione: quella fondata sul consenso.

Se il contenuto della regola di appropriazione delle risorse non può essere determinato come conseguenza di diritti precedentemente riconosciuti, come il diritto alla self-ownership, *prima facie* sembrerebbe appropriato che esso sia stabilito consensualmente da coloro che di tale regola faranno uso e che saranno tenuti a rispettare gli esiti della sua applicazione.

L'idea che una regola convenzionale (quale *first come, first served*) possa essere selezionata indipendentemente dal consenso richiede invece che si riconosca come prevalente un specifico obiettivo o un particolare vincolo, quali ad esempio la gestione dei problemi della conoscenza e dell'incentivo o la neutralità del principio di acquisizione.

³⁸³ Cfr. Randy E. Barnett *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press Clarendon Press, Oxford 1998, pp.68-71.

³⁸⁴ Cfr. Anthony De Jasay, *Choice, Contract, Consent: A Restatement of Liberalism*, Institute of Economic Affairs, 1991, trad. it. *Scelta, contratto, consenso. Una nuova esposizione del liberalismo*, Rubettino/Leonardo Facco, Soveria Mannelli, 2008, pp. 144-150.

Qualsiasi principio di acquisizione interagendo con gli stati di cose del mondo, però, favorirà alcuni individui rispetto ad altri. Per esempio, la regola *first come, first served* favorirà gli individui spazialmente più vicini a risorse di maggior valore rispetto a quelli più distanti, quelli nati prima rispetto a quelli nati dopo, e così via nel senso che conferirà loro una migliore opportunità di appropriarsi delle risorse.

Soggetti razionali interessati alla massimizzazione della propria utilità non accetterebbero un principio di acquisizione selezionato in base alla sua utilità nell'organizzare la cooperazione sociale o alla sua adeguatezza ad un criterio formale, se esso non fosse vantaggioso anche per loro e se fossero a conoscenza di criteri alternativi che comporterebbero per loro un vantaggio maggiore. In assenza di questa accettazione del principio di acquisizione un codice di diritti di proprietà sarebbe soggetto a contestazioni e una società da esso regolata risulterebbe almeno potenzialmente instabile.

Perciò, il più appropriato criterio di legittimità per un principio di acquisizione è il consenso ipotetico che riceverebbe dai membri di una società qualora fosse loro richiesto di selezionarlo all'unanimità.

Anche le strategie di giustificazione della regola del *first come, first served* di Barnett e De Jasay, si può osservare, si fondano un definitiva sull'appello a questo consenso ipotetico.

Le condizioni di possibilità dell'esistenza umana richiedono, per Barnett, la gestione di problemi di coordinamento della cooperazione umana quali il problema della conoscenza del primo ordine e il problema dell'incentivo ed è proprio per la sua peculiare capacità di trattare questi problemi, la cui soluzione è nell'interesse di ognuno, che la regola del *first come, first served* dovrebbe essere accettata. Per De Jasay, d'altro canto la caratteristica saliente della regola è la sua neutralità etica, il fatto cioè che non favorisca nessun individuo, nessuna classe di individui o nessuno scopo particolari. Tale neutralità assicurerebbe precisamente che la regola non sia contestabile da alcuni individui in quanto loro sfavorevole.

5.2.3 - Eguaglianza

Di per sé, il problema di determinare un consenso unanime circa il principio di acquisizione originaria appare come una variazione del gioco “del dittatore”. Infatti, individui o coalizioni di individui decisi ad ottenere una quota più che eguale di risorse naturali potrebbero bloccare il processo deliberativo, imponendo agli altri contraenti del patto la scelta tra accettare di possedere una quantità di risorse inferiore a quella eguale e il non

possedere nessuna risorsa, per il semplice fatto che nessun principio di acquisizione sarebbe accettato e operante.

In analogia alla situazione originaria ipotizzata da John Rawls in *A Theory of Justice*³⁸⁵ si potrebbero allora introdurre alcune limitazioni alla conoscenza dei contraenti del patto. Tali limitazioni, a differenza che nella situazione rawlsiana, riguarderebbero esclusivamente le caratteristiche del mondo esterno che potrebbero facilitare od ostacolare l'acquisizione di risorse, come per esempio il grado di prossimità, spaziale e temporale, delle risorse ai potenziali acquirenti e non le loro dotazioni naturali individuali (tali gradi di prossimità e lontananza potrebbero essere tali da compensare le differenze di dotazioni naturali rilevanti per l'acquisizione, per esempio, la velocità e la resistenza fisica).

Sotto il velo d'ignoranza rawlsiano, che riguarda anche le dotazioni naturali individuali, le differenze nella distribuzione dei beni materiali dipendenti *esclusivamente* dalle differenze tra queste dotazioni naturali possono essere annullate da un principio distributivo scelto da individui razionali, intenzionati a massimizzare il proprio interesse. Un principio che agisse in tal modo negherebbe la *self-ownership*, in quanto tratterebbe le dotazioni naturali individuali come proprietà collettive.

La limitazione del problema decisionale alla selezione di un principio di acquisizione delle risorse esterne e la limitazione del velo d'ignoranza alle sole circostanze rilevanti per facilitare od ostacolare l'acquisizione di risorse (per esempio la distanza spaziale o temporale) riflettono per contro l'accettazione del principio di *self-ownership*. I contraenti del patto circa il principio di acquisizione sarebbero a conoscenza delle loro dotazioni naturali e della loro possibilità di ricavare benefici dalla loro applicazione alle risorse naturali di cui entrassero in possesso. Come agenti razionali, sarebbero interessati a conservare per sé questi benefici, e a non cederli ad altri. Perciò non accetterebbero nessun principio distributivo che, come il principio di differenza rawlsiano, annullasse le differenze dipendenti *esclusivamente* dalla differenza tra le dotazioni naturali.

In prima istanza, il principio di acquisizione selezionabile in questo contesto sarebbe strettamente egualitario. Infatti, nessun agente razionale sarebbe disposto ad accettare una quota di risorse minore di quella eguale, a meno di non prevedere di ottenere, così facendo, un qualche vantaggio per lui di maggior valore. D'altro canto, nessun agente razionale pretenderebbe una quota di risorse eccedente rispetto a quella eguale, perché il rifiuto da

³⁸⁵ Vedi, John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 118-123.

parte degli altri comporterebbe la mancata selezione di un principio di acquisizione (e dunque l'impossibilità di stabilire titoli validi di proprietà sulle risorse naturali).

Tuttavia, deviazioni dalla stretta eguaglianza potrebbero essere ammesse se tutti coloro che ricevessero una quota minore di risorse dall'acquisizione iniziale ottenessero da questa distribuzione diseguale un vantaggio per loro di maggior valore della differenza tra quota eguale e quota effettiva.

Nonostante la somiglianza tra questo principio distributivo e il principio di differenza rawlsiano³⁸⁶, in questo caso si richiede direttamente che le deviazioni dalla distribuzione eguale vadano a vantaggio *di tutti* e non dei più svantaggiati. Questa differenza è richiesta dalla struttura del problema decisionale. Infatti, se si chiedesse soltanto che fossero avvantaggiati gli individui con la minor dotazione di risorse naturali esterne, gli individui con una quota di risorse inferiore a quella eguale, ma superiore a quella minima, potrebbero risultare svantaggiati dalla distribuzione e rifiutarla, cosicché il requisito di unanimità risulterebbe violato. Nella teoria di Rawls si assume che il vantaggio per gli individui più svantaggiati in assoluto si estenda “a catena” a tutti gli individui meno favoriti³⁸⁷, ma qui non è certamente possibile fare altrettanto, a causa di due differenze del problema decisionale: il fatto che esso riguardi la distribuzione iniziale delle risorse, e non quella finale dei beni materiali prodotti dalla cooperazione sociale, e il fatto che le differenti dotazioni *naturali* degli individui non siano prese in considerazione. Individui con differenti dotazioni naturali potrebbero infatti ottenere differenti livelli di benessere, e anche differenti quantitativi di beni materiali, da una quota iniziale eguale di risorse, e individui con una quota iniziale di risorse superiore a quella di altri potrebbero ricavare da esse un benessere inferiore, o anche un quantitativo finale di beni materiali inferiore. L'individuo più sfavorito da una distribuzione iniziale diseguale di risorse non coincide necessariamente, dunque, con l'individuo più sfavorito dalla distribuzione finale del benessere o dei beni materiali. Avvantaggiare il primo non può quindi essere equivalente in ogni circostanza ad avvantaggiare il secondo, né ad avvantaggiare un altro individuo *meno sfavorito* dalla distribuzione iniziale di risorse, la cui dotazione naturale potrebbe però sfavorirlo ulteriormente in modo che la compensazione ottenuta dall'individuo più sfavorito non possa andare anche a suo vantaggio.

³⁸⁶ Ivi, p. 53, pp.65-70, pp. 266-267.

³⁸⁷ Ivi, pp.70-73.

5.2.4 - Precisazioni e confronti

Una premessa di questa analisi è che la self-ownership non richieda di per sé il possesso esclusivo di oggetti fisici, né un' effettiva libertà di azione.

La distinzione tra self-ownership e libertà di azione è manifesta negli esempi limite nei quali si ha self-ownership, ma non libertà di azione.

Nel mondo popolato da *Able* e *Infirm* e caratterizzato da una proprietà congiunta delle risorse naturali, immaginato da Gerald Allan Cohen³⁸⁸, ci si trova precisamente di fronte a questa disgiunzione: né *Able* né *Infirm* potrebbero agire in alcun modo senza il consenso dell'altro (a prescindere dal fatto che l'azione sarebbe comunque preclusa a *Infirm* dalle sue limitazioni fisiche). Come sottolineato da Cohen, “the most abject proletarian *Z*” costretto a scegliere tra morire di fame e vendere la propria forza lavoro a un capitalista monopolista, si troverebbe in una situazione del tutto analoga a quella *Able*: il mancato possesso di oggetti fisici esterni renderebbe anche la sua self-ownership priva di valore, in quanto non gli garantirebbe nessuna (apprezzabile) libertà di azione indipendentemente dal consenso di un terzo (in questo caso il capitalista monopolista).

Cohen continua tuttavia a riconoscere a *Z*, come ad *Able* e *Infirm*, lo status di proprietari di sé stessi, senza pervenire alla conclusione che un determinato assetto proprietario sugli oggetti fisici esterni possa *annullare* la self-ownership, come sostenuto da Eric Mack.³⁸⁹

Per quest'ultimo, l'acquisizione iniziale delle risorse esterne sarebbe vincolata da una *self-ownership proviso* (SOP) che si applicherebbe sia al caso di *Z* e del capitalista monopolista, sia, per esempio, a quello del proprietario dell'unica fonte d'acqua nel deserto. In tali circostanze l'acquisizione di tutte le risorse naturali necessarie all'azione è paragonata da Mack alla costruzione di una gabbia intorno a un soggetto addormentato, dunque a un imprigionamento, e cioè a una violazione della self-ownership. L'imposizione di una *proviso* sull' *uso* delle risorse acquisite permetterebbe però a un sistema libertario di evitare queste conseguenze: il contenuto di tale vincolo non sarebbe altro che il divieto di utilizzare i propri possessi in modo da annullare la self-ownership altrui. Per contro, un sistema di proprietà congiunta degli oggetti fisici esterni necessariamente richiederebbe il consenso di tutti i comproprietari per qualsiasi azione individuale e implicherebbe pertanto un sistematico e inevitabile annullamento della self-ownership.

³⁸⁸ Cfr. G.A Cohen, *Self Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, pp.94-102.

³⁸⁹ Cfr. Eric Mack, *Self-ownership, Marxism, and Egalitarianism, part II: challenges to the self-ownership thesis*, (2002), cit.,pp.243-252.

La prospettiva qui adottata è invece che sia *Able* nel regime di proprietà comune con *Infirm*, sia *Z* nel regime di capitalismo monopolistico, il non possessore di fonti d'acqua quando tratta con l'unico proprietario di fonti d'acqua nel deserto e il prigioniero in una gabbia costruitagli intorno mantengano la proprietà di sé stessi, a dispetto del fatto che questa proprietà sia per loro di scarso valore in quanto non connessa a una significativa libertà di scelta e d'azione.

In effetti, il diritto di self-ownership di questi individui sembra non essere annullato in quanto essi mantengono la pretesa alla non interferenza di altri con il loro corpo, l'immunità da atti giuridici unilaterali sul loro corpo e il potere giuridico di stipulare contratti su di esso. Le limitazioni della libertà di azione e della libertà di scelta cui sono soggetti, del resto, non derivano da una limitazione del diritto su se stessi, ma dall'assenza di diritti su oggetti fisici esterni necessari all'azione o all'ampliamento dello spettro delle azioni disponibili.

Il proprietario di sé impossibilitato ad agire a causa dell'esercizio da parte di altri di un diritto di esclusione dalle risorse naturali esterne non si troverebbe, secondo questa prospettiva, in una situazione differente da quella di un proprietario di terreni non contigui, impossibilitato a transitare dall'uno all'altro a causa dell'esercizio da parte dei proprietari dei terreni intermedi del loro diritto di esclusione. Anche se costui non potesse di fatto mai agire su e all'interno di uno dei terreni, non per questo cesserebbe di esserne il proprietario. Egli conserverebbe infatti, tutti i diritti del proprietario, compresa la libertà (giuridica) di agire nel e sul terreno dal quale è di fatto escluso. Egli potrebbe esercitare di fatto questa libertà solo dopo aver raggiunto un accordo con gli altri proprietari per transitare nei loro terreni, ma di diritto ne sarebbe titolare, mentre la libertà che gli sarebbe negata di diritto sarebbe solo quella di transitare nei terreni degli altri (senza il loro consenso). Inoltre, il proprietario conserverebbe la pretesa che chiunque altro si astenga dall'agire nel o sul suo terreno, il potere di compiere atti giuridici validi che abbiano il terreno come oggetto (compravendite, donazioni, ecc.) e l'immunità da atti giuridici unilaterali su di esso. Esattamente nella medesima situazione si troverebbe, riguardo a se stesso, il proprietario di sé impossibilitato ad agire nel mondo esterno. La sua condizione potrebbe anche risultare altrettanto indesiderabile di quella di uno schiavo, la cui proprietà è di diritto di un altro, ma sarebbe comunque una condizione giuridicamente distinta da quest'ultima.

Soltanto nel caso in cui tutto lo *spazio* fosse privatizzato il non proprietario perderebbe la capacità di esercitare qualsiasi diritto (eccetto, forse, quello di suicidarsi). Dal momento

che esercitando i loro diritti gli altri proprietari potrebbero escluderlo da qualsiasi luogo, egli non avrebbe a rigore nemmeno il diritto di esistere in un qualsiasi luogo e quindi neanche di parlare per compiere un atto giuridico o di escludere gli altri dal luogo fisico occupato dal suo corpo (dal momento che egli stesso lo occuperebbe abusivamente). Secondo Cohen chi si trovasse in una tale situazione non avrebbe nemmeno il diritto di suicidarsi, in quanto il suo cadavere inquinerebbe l'altrui proprietà: A me sembra invece che la libertà di suicidarsi costituirebbe l'ultimo residuo del diritto di self-ownership e che "l'inquinamento" che produrrebbe (comunque inevitabile in quanto derivante anche dai processi biologici e dalla morte naturale) dovrebbe piuttosto essere considerato alla stregua di una esternalità negativa non risarcibile.

È da notare che la proprietà congiunta dello spazio non produrrebbe una situazione di questo tipo per nessun individuo specifico. Infatti, in questa situazione il diritto di veto sulle azioni altrui spetterebbe a tutti, per cui non si potrebbero formare coalizioni per proibire a qualcuno di agire: costui potrebbe infatti a sua volta vietare di agire a tutti gli altri. L'esercizio reciproco del diritto di veto potrebbe soltanto portare a uno stallo generalizzato, non alla schiavizzazione di fatto di uno o più individui. Né quest'ultimo risultato sarebbe determinabile dalla sola mancanza di diritti di proprietà su qualsiasi porzione del mondo esterno da parte di un individuo. In breve, soltanto la condizione di non proprietario (di porzioni del mondo esterno) in un ambiente totalmente privatizzato renderebbe la proprietà di sé totalmente non esercitabile.

In ogni caso la possibilità limite della proibizione dell'esercizio di tutti (o quasi) i diritti di self-ownership in forza di contrastanti diritti di proprietà sul mondo esterno non annulla la distinzione concettuale tra diritto di self-ownership e diritto alla libertà di azione sul mondo esterno.

Ed è questa distinzione che consente di affermare che nessuna azione sul mondo esterno, e in particolare nessuna azione che produca l'effetto giuridico di un'acquisizione di risorse del mondo esterno, può essere ritenuta legittima esclusivamente sulla base del diritto di self-ownership.

D'altro canto, sostenere contemporaneamente che 1) l'acquisizione di risorse esterne sia né più né meno che un esercizio del diritto di self-ownership e che 2) debba essere limitata da una *provisio a salvaguardia del diritto di self-ownership* significherebbe concepire quest'ultimo come un diritto internamente contraddittorio. Se ogni acquisizione di risorse

esterne fosse giustificata dal solo precedente titolo di proprietà dell'acquirente su se stesso, ogni limitazione del diritto di acquisizione sarebbe infatti una illegittima limitazione del diritto di self-ownership, ma se, d'altro canto, un'acquisizione illimitata potesse limitare o annullare il diritto alla self-ownership di qualcuno, tale limitazione sarebbe resa obbligatoria proprio da questo diritto.

La *self-ownership proviso*, congiunta con una teoria dell'acquisizione fondata sulla self-ownership, costituirebbe dunque, tra l'altro, una delegittimazione del principio di self-ownership anche più forte della tesi che la self-ownership debba essere abbandonata perché incompatibile con l'eguaglianza dei possessi. Se ciò fosse vero, sarebbe comunque possibile preferire la self-ownership all'eguaglianza, mentre un diritto internamente contraddittorio dovrebbe essere rigettato in quanto insoddisfacibile.

Il principio di acquisizione iniziale risulta essere non storico, diversamente da quanto accadrebbe se il diritto di agire in modo da acquisire oggetti fisici fosse implicato dal diritto di self-ownership. Un principio di giustizia storica si basa infatti su una catena di titoli di proprietà validi.

Individuando nel titolo di proprietà su se stessi il fondamento dei titoli di proprietà sugli oggetti fisici si chiuderebbe la catena dei titoli di proprietà validi e si fornirebbe un principio di giustizia storica "all the way".

Invece, fondando su un consenso ipotetico la legittimità della distribuzione iniziale dei possessi si adotta necessariamente, limitatamente a questa fase iniziale, un criterio di distribuzione *patterned* (a stato finale).

Una possibile concezione storica di un principio egualitario di acquisizione iniziale potrebbe essere ricavata assumendo un eguale diritto alla libertà come principio fondante sia della self-ownership sia del diritto a una quota eguale di risorse naturali esterne.³⁹⁰

All'interno di una teoria così strutturata, quest'ultimo diritto costituirebbe un'immunità a protezione della libertà di azione, che richiede sia la self-ownership che il possesso di oggetti fisici.

Per contro in questo contesto non è un *diritto*, ma un *interesse* alla libertà, a giustificare l'introduzione nel codice giuridico del diritto alla self-ownership e del diritto a una quota eguale di risorse naturali. Perciò, la formulazione egualitaria del principio di acquisizione iniziale non può essere intesa come una protezione giuridica di un diritto preesistente.

³⁹⁰ Ian Carter, *Left-libertarianism and the resources dividend*, in Karl Widerquist, Michael W. Howard (ed.), *Alaska's Permanent Fund Dividend: Examining Its Suitability as a Model*, Pelgrave Macmillan, 2012, pp.123-139.

Ciò è vero, per altro, anche per quanto riguarda la self-ownership.

Sia la self-ownership che l'eguaglianza nei possessi non sono considerati diritti naturali, ma diritti positivi, introdotti per garantire determinati interessi. In questo senso, entrambi rispondono all'obiettivo di garantire che siano possibili certe determinate distribuzioni di beni, tra i quali la libertà, e non altre.

Dal momento che il principio di eguaglianza nei possessi iniziali è giustificata dal consenso ipotetico e che quest'ultimo può estendersi alle diseguaglianze che tornano a vantaggio di tutti esso non comporta di per sé nessun *diritto* individuale a una quota eguale delle risorse naturali esterne. Perciò, anche se l'eguaglianza viene garantita per mezzo di compensazioni, sotto forma, per esempio, di trasferimenti di reddito mediante la tassazione, e non da una distribuzione effettivamente eguale dei possessi iniziali, e da una successiva redistribuzione che riequilibri le differenze nei possessi tra le generazioni, i diritti ammessi dal codice restano regolati da *property rules* e non da *liability rules*, ovvero da regole che assegnano ai soli titolari dei diritti il potere di rinunciarvi, e non invece da regole che ammettono violazioni dei diritti seguite da risarcimenti. I diritti sanciti dal consenso ipotetico non sono infatti definiti come diritti a quantità eguali di risorse naturali, ma diritti a quantità eguali di risorse naturali *o ad adeguate compensazioni*.

L'ammissione di deviazioni dall'eguaglianza di possessi adeguatamente compensate non comporta perciò nemmeno l'abbandono della *Choice Theory* dei diritti e l'adesione alla *Benefit Theory*, in quanto i titolari dei diritti sanciti dal consenso mantengono il potere esclusivo di rinunciarvi o di pretenderne l'applicazione.³⁹¹

Si deve inoltre sottolineare che la condizione del consenso non deriva da un'originaria situazione di proprietà congiunta delle risorse naturali esterne. Essa non è infatti imposta a tutela di un qualsiasi diritto di proprietà preesistente all'acquisizione iniziale. La sua giustificazione è teleologica: serve a garantire la possibilità dell'acquisizione iniziale e la libertà di azione che il possesso di beni fisici rende possibili, in assenza di un principio di giusta acquisizione riconoscibile come giusto indipendentemente da un accordo su di esso.

Conclusione

³⁹¹ Eric Mack, *What is left in left-libertarianism*, in Stephen De Wijze, Matthew H. Kramer, Ian Carter, (ed.), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice*, Routledge, New York, 2009, pp. 101-131.

Se il percorso seguito fin qui è corretto, il nesso tra proprietà, diritti e libertà non è accidentale né casuale. Allo stesso tempo, potrebbe non essere un nesso puramente concettuale. Che i diritti debbano essere diritti di proprietà, e che la libertà di compiere un'azione richieda il possesso almeno temporaneo delle componenti fisiche di tale azione, potrebbero non essere verità analitiche, almeno se consideriamo contingente la struttura fisica e metafisica del mondo in cui agiamo. E' concepibile l'idea di mondi possibili nei quali uno stesso oggetto potrebbe essere in più luoghi contemporaneamente, o più oggetti nello stesso luogo contemporaneamente e ciò lascia aperta la possibilità che la disgiunzione delle componenti fisiche delle azioni non sia un requisito della loro compossibilità e della libertà protetta di compierle per motivi logici (cioè, in tutti i mondi possibili). Se le risorse non fossero scarse, diritti a prestazioni e a forniture di beni potrebbero essere garantiti nel momento stesso in cui fossero enunciati. Se alcune azioni non ne rendessero impossibili altre, la coerenza delle prescrizioni di un sistema normativo richiederebbe soltanto di non prescrivere allo stesso tempo di agire e di non agire in un certo modo.

Tuttavia, poiché la compossibilità delle azioni è una compossibilità *nel mondo*, le sue strutture sono spazio-temporali e non soltanto logiche. Un sistema normativo è un sistema linguistico, costituito di norme. Poiché, però, si riferisce al mondo, non descrittivamente, ma come strumento per modificarlo, per determinare ciò che nel mondo può e non può essere fatto e ciò che vi deve essere fatto, esso potrà essere coerente, cioè potrà prescrivere solo azioni compossibili, solo se sarà isomorfo al mondo. Dal momento che le azioni avvengono nel mondo in determinate estensioni spazio-temporali, le prescrizioni del sistema normativo dovranno essere riferibili, nelle loro ultime specificazioni, ad estensioni spazio-temporali.

Un sistema di diritti di proprietà, attraverso un sistema di titoli che connetta univocamente agenti e componenti fisiche dell'azione, garantisce questo riferimento. È questo il motivo, che può essere considerato contingente solo a un livello molto elevato di astrazione, per cui la proprietà è un sistema efficace per garantire agli individui una sfera di libertà protetta compossibile con la sfera di libertà protetta degli altri individui e in generale garantire diritti-pretesa compossibili con i diritti-pretesa degli altri individui.

Ai margini, vi saranno casi di più difficile soluzione: il linguaggio naturale è vago, per cui alcuni casi individuali non saranno chiaramente sussumibili sotto i casi generali previsti

dalle norme; le misure del mondo fisico sono continue e non discrete, per cui non sempre sarà chiaro se un confine sarà stato oltrepassato oppure no. L'*applicazione* di un qualsiasi sistema di diritti di proprietà comporterà quindi, di fatto, lacune che dovranno essere colmate da decisioni non deducibili dalle norme e anche antinomie tra obblighi conflittuali (per esempio, nel caso sia fisicamente impossibile impedire la violazione di un diritto senza causarne un'altra). Costruire un sistema di diritti di proprietà perfettamente coerente e completo è possibile nel senso che un sistema di diritti di proprietà non è necessariamente incoerente o incompleto. Ciò non significa però che di fatto si potrà mai realizzare un sistema che regoli in anticipo tutti i casi possibili e prevenga tutti i possibili conflitti. Tuttavia, una vasta area dell'azione umana potrà essere regolata in modo coerente e completo da un sistema di diritti di proprietà. Da quest'area centrale i margini di indeterminatezza e di conflittualità del sistema potranno essere erosi, aumentando la precisione del linguaggio e il dettaglio delle norme, incorporando nel sistema normativo decisioni circa casi problematici, ecc.

È possibile fare di meglio? E se sì, sarebbe possibile farlo senza assegnare agli individui il controllo esclusivo, anche solo temporaneo, di porzioni del mondo fisico?

Di nuovo, se il percorso seguito fin qui è corretto, la risposta alla prima domanda sarà: "probabilmente no" e la risposta alla seconda: "no". Molto probabilmente i margini di indeterminatezza dei sistemi di diritti di proprietà non potranno essere eliminati (anche se ciò sarebbe teoricamente possibile), violazioni di diritti produrranno sempre antinomie circa la risposta a tali violazioni. D'altro canto, sistemi di diritti che non assegnino il controllo esclusivo, temporalmente indicizzato, di porzioni del mondo fisico non potranno assicurare, nei casi individuali, situati nello spazio e nel tempo, la coerenza e la completezza normative che pure potranno assicurare nei casi generici.

D'altro canto, la singolarità dei titoli di proprietà non contrasterà con un'assegnazione universale dei diritti di essere proprietari, inclusi i diritti-potere di acquisire e scambiare beni sul mercato, che saranno come molti altri diritti universali, diritti ipotetici di essere proprietari condizionatamente al verificarsi di certe circostanze. I diritti di proprietà su beni determinati, anche se comporteranno situazioni giuridiche diversificate e singolari, non si opporranno dunque all'eguaglianza giuridica, ma ne costituiranno un'attuazione diversificata in circostanze diversificate.

Infine, un sistema di diritti di proprietà sarà caratterizzato dai principi di distribuzione originaria che adotterà, che potranno essere più o meno giustificati, più o meno giusti e più o meno egualitari. Un diritto inalienabile all'eguale proprietà di sé (salvo la possibilità di compensazioni per casi di particolari svantaggi) e un principio egualitario di acquisizione originaria delle risorse esterne sembrano essere opzioni concettualmente non problematiche (perché né l'alienabilità della proprietà di sé, né un principio di acquisizione illimitata sono necessità concettuali di un sistema di diritti di proprietà) e soddisfacenti dal punto di vista della giustizia.

Il sistema dei diritti proprietari sarà inoltre un sistema di diritti inderogabili, collocati in posizione di priorità lessicale all'interno del sistema normativo e con la funzione di vincoli collaterali all'azione. Ciò non significa che i diritti di proprietà debbano essere assoluti e non soggetti a restrizioni ed eccezioni, ma piuttosto che queste restrizioni ed eccezioni debbano essere tipicizzate ed esplicitate. L'alternativa di rendere ogni diritto derogabile in circostanze indefinite, mediante innovazioni legislative o decisioni giudiziali, toglierebbe al sistema dei diritti la funzione di garantire poteri di scelta agli individui, come pure una tutela giuridicamente certa dei loro interessi, rendendo le conseguenze giuridiche delle azioni proprie ed altrui non prevedibili.

Tale esito non sarebbe probabilmente accettabile da un legislatore razionale che sia esso stesso vincolato dalle proprie leggi e sia dunque in una situazione di eguaglianza giuridica con gli altri individui che a queste stesse leggi siano sottoposti. Tale legislatore razionale sarebbe inoltre interessato, sempre per garantire la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni e di quelle degli altri nei suoi confronti, alla completezza del sistema normativo e in particolare del sistema dei diritti, mentre la coerenza sarebbe un requisito della stessa determinazione del contenuto della volontà del legislatore razionale.

In generale, le successive richieste imposte al sistema dei diritti sono giustificate dalle successive specificazioni della volontà di un legislatore razionale, a partire dalla determinazione generica che egli voglia ciò che prescrive. La giustificazione del sistema dei diritti di proprietà in quanto rispondente a queste richieste è dunque una giustificazione condizionale: dati certi fini, un sistema normativo e, all'interno di esso, il sistema dei diritti, dovranno presentare certe caratteristiche ed esse saranno presenti in un sistema di diritti proprietari.

Di per sé, dunque, i diritti di proprietà non sono qui difesi né come diritti naturali, né come principi di giustizia indipendenti. Essi sono invece identificati come gli strumenti più adatti a conseguire certi fini, che possono rispondere agli interessi degli individui (l'interesse ad avere una sfera di libertà legalmente garantita, quello alla certezza delle proprie aspettative normative, l'interesse a conservare un potere di scelta contro gli altri individui e contro i poteri altrui, incluso il potere dello Stato.) come pure ad alcuni assunti etici, come quello che una volta definiti i diritti debbano essere attribuiti in modo eguale a tutti gli esseri umani. Si tratta, dunque, di una difesa *tecnica*, riguardante l'adeguatezza di certi mezzi a un fine determinato, e propriamente *politica* in quanto indica specificatamente nei diritti individuali, intesi come diritti proprietari, la miglior salvaguardia dell'interesse politico degli individui a definire e proteggere una sfera di potere loro attribuito, una circoscritta sovranità su una sfera d'azione e di scelta e su una porzione del mondo fisico. Che tale sfera di potere debba essere attribuito in modo eguale a tutti gli esseri umani è, poi, effettivamente un presupposto etico. Una volta ammesso che individui razionali abbiano un interesse a tale sfera di potere, tuttavia, si tratta di un presupposto etico che coincide con l'affermazione generica, e, probabilmente, facilmente accettabile, che agli interessi fondamentali degli individui umani debba essere attribuito, da chi è impegnato a disegnare le istituzioni fondamentali di una società, un peso eguale.

Bibliografia

_Alchourròn, Carlos E.; Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien –New York, 1971;

_Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (1988), Oxford University Press, Oxford, 2002;

_Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002;

_Alexy, Robert, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in “Ratio Iuris”, vol 16, n.2 (2003), pp.131-140;

_Alexy, Robert, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in “Ratio Iuris”, vol 16, n. 4(2003), pp.433-449;

_Bagnoli, Carla, *Dilemmi morali*, De Ferrari, Genova 2006;

_Barcan Marcus, Ruth, *Moral Dilemmas and Consistency*, in “The Journal of Philosophy” 77, (1980);

_Barcan Marcus, Ruth, *Moral Dilemmas and Consistency*, in Gowans C.W. (ed. by), *Moral Dilemmas*, 1987 cit.;

_Barnett, Randy E., *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press (Clarendon Press), Oxford 1998;

_Biasetti, Pierfrancesco, *Infinite Regress and Hohfeld: A Comment on Hillel Steiner's “Directed Duties and Inalienable Rights.”*, in “Ethics”, Vol.126 (1) (October 2015), pp.139-152;

_Bobbio, Norberto, voce “*Lacune del dritto*” in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol IX, Utet, Torino 1965;

_Bolanõs Guerra, Bernardo, *La estructura de las expectativas jurídicas*, in Carbonel Sanchez, Salazar Ugarte (ed. by), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídicos de Luigi Ferrajoli*, 2005, cit., pp. 293-318;

_Canale, Damiano, *Conflitti pratici*, Laterza Bari 2017;

_Carbonel Sanchez, Miguel; Salazar Ugarte, Pedro (ed.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídicos de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005;

_Carnap, Rudolf, *Logical Foundations of Probability* The University of Chicago Press, Routledge, Chicago-London 1950, pp. 19-23 pp.192-202,

_Carter, Ian, *A Measure of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999;

_Carter, Ian, *Left-libertarianism and the resources dividend*, in Widerquist Karl, Howard Michael W. (ed. by) *Alaska's Permanent Fund Dividend: Examining*, 2012, pp.123-139;

_Carter, Ian; Ricciardi Mario, *L'idea di libertà*, Feltrinelli, Milano 1996;

_Celano, Bruno, *I diritti nello Stato Costituzionale*, il Mulino, Bologna 2013;

_Cohen, Gerald Allan, *Capitalism, Freedom and the Proletariat*, in A. Ryan (ed. by), *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1979, p.12, trad. It, *Capitalismo, libertà e proletariato*, in Carter I., Ricciardi M., *L'idea di libertà*, 1996, cit., pp. 167-169;

_Cohen, Gerald Allan, *Self-ownership, freedom and equality*, Cambridge University Press, Cambridge 1995;

Conte, Amedeo Giovanni, *Codici deontici*, in *Intorno al "codice"*, La Nuova Italia, Firenze 1975

Conte, Amedeo Giovanni, *Parerga leibniziana*, in Costantino Ciampi, Enrico Maretti, Antonio Anselmo Martino *Logica, informatica, diritto*, tomo I, Le Monnier, Firenze 1978

_Davidson, Donald, *How is Weakness of Will Possible?*, in Joel Feinberg (ed by) *Moral Concepts*, Oxford University Press, Oxford 1970;

_De Jasay, Anthony, *Choice, Contract, Consent: A Restatement of Liberalism*, Institute of Economic Affairs, 1991, trad. it., *Scelta, contratto, consenso. Una nuova esposizione del liberalismo*, Rubettino/Leonardo Facco, Soveria Mannelli, 2008;

_De Wijze, Stephen; Kramer, Matthew H.; Carter, Ian, (ed. by), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice*, Routledge, New York 2009;

_Dogan, Alan, *Consistency in Rationalist Moral Systems*, in "The Journal of Philosophy" 81, (1984), pp. 291-309, ora in Ch. W. Gowans, *Moral Dilemmas*, 1987 cit.;

_Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977;

- _Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge Ma. 2011;
- _Ferrajoli, Luigi, *Diritti Fondamentali* in Ferraioli L., Vitale E.(ed. by), *Diritti fondamentali: Un dibattito teorico*, Laterza, Bari 2001;
- _Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. 1- teoria del diritto*, Laterza, Bari 2007;
- _Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, vol.2-teoria della democrazia, vol.3- la sintassi del diritto con CD Rom*, Laterza, Bari 2007;
- _Ferrajoli, Luigi, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari 2016;
- _Ferrajoli, Luigi, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari 2018;
- _Foot, Philippa, *Moral Realism and Moral Dilemma*, "The Journal of Philosophy" 80 (1983), ora in Gowans C.W., 1987 cit.;
- _Frankel Paul Elle; Miller, Fred D. Jr.; Paul, Jeffrey, (ed. by), *Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- _Fried, Barbara H., *Does Nozick has a Property Rights Theory?*, in Bader R.M., Meadowcroft J.M. (ed. by), *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy State and Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp.230-252.
- _Galtung, Johan, *Expectations and Interactions Process*, *Inquiry*, (1960), 2, p. 299 e sgg., cfr Ferrajoli, *Principia Iuris*, p. 176, nota 10
- _Gaus, Gerald F., *Property, Rights, and Freedom* in Frankel Paul, Miller, Paul (ed. by), *Property Rights*, Cambridge University Press, 1994, p.209.
- _Goodman, Nelson, *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge 1983, trad. it. *Fatti, ipotesi e previsioni*, Laterza, Bari, 1985;
- _Gowans, Christopher W.(ed. by), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, New York 1987;
- _Gowans, Cristopher W., *The Debate on Moral Dilemmas*, pp. 21-22, in C. W. Gowans, *Moral Dilemmas* 1987 cit.;
- _Habermas, Jürgen, (1992), trad.W. Rehg, *Between Facts and Norm,:Contributions to a*

- Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge Ma, 1996;
- _Hacking, Ian, *An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, Cambridge 2001;
- _Hare, Richard Marvin, *Moral Thinking*, Oxford University Press, Oxford 1981,
- _Hart, Herbert L.A., *Positivism and the separation of Law and Morals*, in “Harvard Law Review”, 71, (1958), pp. 593-629.
- _Hart, Herbert L.A., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford 1982;
- _Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. *Il Concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2000;
- _Hohfeld, Wesley N., *Foundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in “The Yale Law Journal”, vol 23, (1913), e vol 26, (1917), pp710-770, ed. it., Losano M.G., (ed. by) *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Torino 1969;
- _Honoré, A. M., *Ownership*, in Guest A.G. (ed. by), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, Oxford 1961, pp.107–147;
- _Kirzner, Israel M., *Entrepreneurship, Entitlement and Economic Justice*, in “Eastern Economic Journal”, Vol 4, N 1 (January 1978), ora in Paul J. (ed. by), *Reading Nozick, Essays on Anarchy, State and Utopia*, 1981, cit., pp. 383-411
- _Kramer, Matthew H., *Rights Without Streaming*, in Kramer, Simmonds, Steiner, *A Debate Over Rights*, 1998, cit., pp. 9-112;
- _Kramer, Matthew H.; Simmonds, Nigel E.; Steiner, Hillel, *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon Press, Oxford 1998;
- _Kurki, Visa, *Hohfeldian Infinities: Why Not to Worry*, in “Res Publica”, vol 23(1) (2017), pp.137-146;
- _Locke, John, *Two Treatises of Government*, (1689), Laslett P. (ed. by), Cambridge University Press, 1988, trad.it., Pareyson L. (ed. by), *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Utet, Torino 1982;
- _MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978, e in “The American Journal of Jurisprudence”, *Volume 25, Issue 1, (January 1980)*, pp. 185–188;

_MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law - A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005;

_Mack, Eric, *Self-ownership, Marxism, and egalitarianism, part II: challenges to the self-ownership thesis*, in "Politics, Philosophy and Economics", Vol. 1 no.2, (June 2002);

_Mack, Eric, *What is left in left-libertarianism*, in De Wijze S, Kramer M. H., Carter I.(ed. by), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice*, 2009 cit., pp. 101-131

_McIntyre, Alasdair, *Moral Dilemmas*, in "Philosophy and Phenomenological Research," Supplementary Volumes, L, (1990), pp.372-373;

_Moreso, Josè Juan, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights - Proportionalism and Specificationism*, in "Ratio Iuris", vol. 25, n. 1 (2012), pp.31-46;

_Moroni, Stefano, *Property as a human right and property as a special title. Rediscussing private ownership of land*, in "Land Use Policy" 70, (January 2018), pp. 273-280;

_Nagel, Thomas, *The Fragmentation of Value*, da *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge 1979;

_Nagel, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, Oxford, 1986;

_Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books Inc., New York 1974; ed. It. *Anarchia, Stato e Utopia*, il Saggiatore, Milano 2000;

_Ostrom, Elinor, *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, 1990;

_Otsuka, Michael, *Libertarianism without inequality*, Oxford University Press, New York 2003;

_Paul, Jeffrey, (ed. by), *Reading Nozick, Essays on Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford 1981;

_Pino, Giorgio, *Conflitti tra diritti fondamentali*, in "Filosofia politica", 2, (2010), pp. 287-306;

Rawls, John, *A Theory of Justice* (1971), Oxford University Press, Oxford, 1999;

_Ross, David, *The Right and the Good* (1930), Stratton Lake, Philip (ed. by), Clarendon Presse, Oxford 2002;

_Simmonds, Nigel E., *Rights at the Cutting Edge*, in Kramer M., Simmonds N.E., Steiner, H, *A Debate Over Rights*. 1998, cit. ;

_Simmonds, Nigel E., *The Analytical Foundations of Justice*. in “Cambridge Law Journal”, 54 (2) (1995), pp. 306–341;

_Steiner, Hillel, *Individual Liberty*, in “Aristotelian Society Proceedings”, lxxv, (1975), pp.35-50;

_Steiner, Hillel, *An Essay on Right*, Blackwell, Oxford 1994;

_Steiner, Hillel, *Directed Duties and Inalienable Rights*, in “Ethics”, Vol 123, N 2 (January 2013), pp 230-244;

_Taylor, Michael, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachussets 1982;

_Thomson, Judith Jarvis, *Imposing Risk*, in Parent W. (ed. by), *Rights, Restitution, and Risk, Essays in moral Theory*, Harward University Press, Cambridge London 1986;

_Vallentyne, Peter; Steiner, Hillel; Otsuka, Michael, *Why left libertarianism is not Incoherent, Indeterminate or Irrelevant. A reply to Fried*, in “Philosophy of public Affairs”, Vol. 33. N° 2, (Spring 2005), pp. 203-204;

_von Wright, Georg H., *Norm and action: A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London - Henley, 1963, trad. it., *Norma e azione. Un'analisi logica*, il Mulino, Bologna 1989;

.von Wright, Georg H, *An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action*, North Holland, Amsterdam, 1968

_Waldron, Jeremy, *Rights in Conflict*, in “Ethics”, vol.99, n 3, (Apr.,1989), pp. 503-519.

_Widerquist, Karl; Howard, Michael W. (ed. by), *Alaska's Permanent Fund Dividend: Examining Its Suitability as a Model*, Pelgrave Macmillan, 2012;

_Williams, Bernard, *Ethical Consistency* in Williams B, *Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973;