



Anna Pintore

(ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Cagliari,
Dipartimento di Giurisprudenza)

Note intorno all'attuazione dei diritti *

SOMMARIO: 1. Il migliore dei mondi possibili – 2. Inattuazione e violazione dei diritti – 3. Attuazione e determinazione dei diritti – 4. Conclusioni.

1 - Il migliore dei mondi possibili

«It's a lot easier to get a crowd to form behind a banner that reads "Freedom of Speech or Death" than behind one that says "Bicameralism or Fight". But the fact is that the latter goes much more to the heart of the matter»¹.

Questa osservazione del compianto giudice Scalia cattura in modo mirabile il principale problema che a mio parere affligge tanto il "rights talk" spicciolo che domina la sfera pubblica nei nostri giorni quanto le odierne teorie del diritto sovente chiamate *neocostituzionaliste*, e ispira le considerazioni che farò in queste pagine a proposito dell'attuazione dei diritti costituzionali². In breve, la mia convinzione è che tutte le più

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione nell'opera celebrativa del centenario della costituzione messicana "*La Constitución de 1917: pasado, presente y futuro del constitucionalismo en México*".

¹ **A. SCALIA**, *Reflections on the Constitution, The 1989 Fr. Thomas Furphy Lecture* (la trascrizione del discorso di Scalia si può leggere in: <http://web1.desales.edu/assets/salesian/PDF/Scalia-1989.pdf>).

² L'etichetta "neocostituzionalismo" si deve a **S. POZZOLO**, di cui si veda specialmente *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, ma è poco gradita ad alcuni di coloro cui viene riferita, per esempio **M. ATIENZA**, di cui si veda specialmente *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in *Revista argentina de teoría jurídica*, 15, 2014; nonché **L. FERRAJOLI**, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010. In Italia è in corso un vivace dibattito su che cosa debba intendersi per neocostituzionalismo e se abbia senso parlare di esso come specifica teoria del diritto univocamente connotata. Cfr. specialmente **A. SCHIAVELLO**, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 3, 2003; **R. GUASTINI**, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria politica*, 1, 2011; **M. BARBERIS**, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011; **G. PINO**, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale*.



importanti questioni concernenti i diritti, inclusa quella cruciale della loro attuazione, siano essenzialmente questioni di *autorità*. Esse non possono perciò essere seriamente affrontate, né dal punto di vista descrittivo né da quello prescrittivo, prescindendo dalla dimensione pragmatica del linguaggio dei diritti, in cui è centrale il potere semiotico esercitato da tutti coloro che, nell'ambito di un certo ordinamento giuridico, li amministrano ossia decidono a vario titolo su di essi³. Per questa ragione si può convenire con Scalia sul fatto che, alla fin dei conti, la sostanza della libertà d'opinione in un certo ordinamento passa più attraverso il numero delle camere parlamentari e consimili dettagli "procedurali" che non attraverso la formula del documento costituzionale che la proclama.

Oggi una certa parte della teoria giuridica occidentale è animata da un robusto ottimismo, che talora assume colorazioni panglossiane⁴. È diffusa la sensazione di avere finalmente trovato la soluzione al rompicapo intorno a cui si sono arrovellati per secoli i padri del liberalismo, da Locke in avanti: come assoggettare a limiti il potere e assicurare che esso operi solo per proteggere e mai per conculcare i diritti e le libertà fondamentali dei singoli. La quadratura del cerchio sarebbe rappresentata dal diritto dello stato costituzionale, con le sue tre principali caratteristiche: costituzione rigida, carta dei diritti, controllo di costituzionalità⁵. Nel modello dello stato

Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011. Ai miei fini non è strettamente necessario affrontare le suddette questioni.

³ Mutuo la nozione di potere semiotico da **Mario JORI**, di cui si veda in particolare *I giudici creano diritto?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiede.it), luglio 2009, p. 20: "quando parlo di potere semiotico intendo un potere che si esercita direttamente tramite la manipolazione dei significati e del linguaggio, che si esercita *sul* linguaggio". Per le idee dell'autore sulla pragmatica del diritto, si veda da ultimo **ID.**, *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016.

⁴ Vedi **J.J. MORESO**, *Ferrajoli o el costituzionalismo ottimista*, in *Doxa*, 31, 2008, pp. 280-287. Sono esemplari di questo atteggiamento le seguenti osservazioni di Luigi Ferrajoli: "Con la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali quali limiti e vincoli giurisdizionalmente garantiti al potere politico, [il costituzionalismo rigido] ha realizzato una sorta di miracolo: la composizione dell'antico, ricorrente conflitto tra *ragione e volontà*, tra *legge della ragione* e *legge della volontà*, tra *diritto naturale* e *diritto positivo*, tra *giustizia* del primo e *certezza* del secondo – in breve tra Antigone e Creonte – che fin dall'antichità attraversa l'intera filosofia giuridica e politica e corrisponde all'antico e parimenti ricorrente dilemma e contrasto tra il *governo delle leggi* e il *governo degli uomini*": **L. FERRAJOLI**, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 236 (corsivi dell'autore). Personalmente, quando sento parlare di miracoli cerco subito di capire dov'è il trucco, che c'è naturalmente anche in questo caso.

⁵ Vedi di recente **M. BARBERIS**, *Lo stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012; **M. FIORAVANTI**, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, II, 2014.



costituzionale, il potere è finalmente e per intero sottoposto al diritto (dunque non arbitrariamente autolimitato), i diritti sono sottratti alle contingenti maggioranze politiche potenzialmente tiranniche, il funzionamento del tutto è assicurato da custodi terzi e imparziali della costituzione e dei diritti. Certo, i teorici neocostituzionalisti sono disposti ad ammettere che non è tutto rose e fiori, perché molto resta ancora da fare sul piano dell'attuazione del modello, sia nel mondo occidentale che l'ha adottato almeno sulla carta sia, specialmente, nel resto del mondo a cui purtroppo è finora totalmente alieno⁶. Ma costoro alla fin dei conti si riconoscono nel dictum di Bobbio per cui "il problema di fondo dei diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*"⁷. Poiché oramai le costituzioni hanno assorbito tutto ciò che c'è di buono in etica e in politica, il problema della giustificazione non solo dei diritti ma dello stesso diritto appare oggi ormai tramontato e non resta che procedere alla (piena) attuazione dei contenuti normativi della Costituzione. Di qui la sensazione di essere giunti alla fine della storia, di essere approdati al migliore dei mondi normativi possibili, che resta solo da tradurre pienamente in realtà.

Il modello dello stato costituzionale è dunque circondato da intensa approvazione. Come fa notare Jori, le teorie che oggi si suole chiamare neocostituzionaliste non si differenziano per nulla, quanto ad atteggiamento nei confronti del diritto del loro tempo, dalle teorie del vecchio giuspositivismo, in specie di quello che ha accompagnato l'età della codificazione, salvo che all'adorazione del Codice si è oggi sostituita

⁶ Per la verità i neocostituzionalisti mostrano di curarsi assai poco del mondo non costituzionalizzato, come si evince dalla tesi per cui i cambiamenti del diritto occidentale avrebbero determinato un mutamento di paradigma della stessa riflessione filosofica sul diritto in generale; emblematici **M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO**, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, in IID., *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009. Ci si chiede se a loro avviso i diritti diversi dai nostri vadano esclusi dalla riflessione filosofica, o se per essi continui a valere il vecchio paradigma (quale?). Manuel Atienza, in **M. ATIENZA, F. LAPORTA**, *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, in *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 31, 2009, p. 213 s., rivendica peraltro la legittimità di teorie del diritto di medio raggio, valevoli solo per una certa tipologia di ordinamenti giuridici. È difficile però capire come esse possano coordinarsi con la definizione del diritto che presuppongono, che dovrà giocoforza avere carattere generale, anzi universale.

⁷ **N. BOBBIO**, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, p. 16 (corsivi dell'autore). Per la verità ho i miei dubbi sul fatto che Bobbio abbia davvero sposato una tesi così semplicistica e palesemente errata. Nel saggio successivo della raccolta appena citata, a p. 18, osserva che il problema del fondamento è ineludibile ma che, "in un certo senso", è stato risolto con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948.



l'adorazione della Costituzione⁸. Personalmente, tenderei a rincarare la dose. Se è fuor di dubbio, infatti, che nel caso del vecchio giuspositivismo l'adesione alle strutture del diritto codificato sottintendeva un'approvazione dell'assetto sociale da esse cristallizzato – della visione borghese, individualista e proprietaria espressa dai codici⁹ – nel caso del neocostituzionalismo questa dimensione sostanzialista, di adesione ai valori espressi dal diritto vigente, è tutt'altro che latente e presupposta. Il modello dello stato costituzionale è infatti approvato in primo luogo proprio in ragione dei contenuti che il suo diritto incorpora, in primis i diritti, contenuti giudicati moralmente buoni perché intesi a seconda dei casi o come una positivizzazione del diritto naturale, o come un'espressione di principi di giustizia oggettivi, o come un rispecchiamento della coscienza sociale, o in altro modo ancora. Non per caso il dibattito filosofico-giuridico odierno è stato monopolizzato dalla questione dei rapporti tra diritto e morale. Alle strutture organizzative e agli assetti istituzionali viene certo riconosciuto valore, ma valore essenzialmente servente, quali strumenti di protezione dei diritti e degli altri principi costituzionali. La costituzione dei poteri è vista insomma come lo strumento di attuazione della costituzione dei diritti.

Il problema dell'attuazione dei diritti offre un angolo visuale parziale ma utile per mostrare quanto sia inattendibile una raffigurazione irenica di tal fatta¹⁰. Nel prossimo paragrafo farò un breve excursus su alcuni concetti e distinzioni che possono essere utili ad affrontare tale questione con un minimo di rigore analitico. Cercherò poi di mettere in evidenza che, senza un'adeguata considerazione della pragmatica del linguaggio dei diritti fondamentali, quei concetti e quelle distinzioni non solo sono in buona misura inservibili, ma rischiano altresì di prestarsi a distorsioni ideologiche, cioè di fornire una rappresentazione deformata del funzionamento del linguaggio dei diritti e del ruolo di chi li amministra.

⁸ Cfr. **M. JORI**, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo* (in corso di pubblicazione); in senso analogo **J.A. GARCIA AMADO**, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, in F. Mantilla Espinosa (a cura di), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008. Vedi anche **F. LAPORTA**, in **M. ATIENZA, F. LAPORTA**, *Imperio de la ley y constitucionalismo*, cit., pp. 209-10, che parla di "ciego positivismo de la Constitucion" e di "positivismo constitucionalista".

⁹ Vedi ad esempio **I. BIROCCHI**, *Una lettura storica (a proposito di Luigi Ferrajoli, Principia iuris)*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatologia del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Led, 2011, p. 47 ss.

¹⁰ In queste pagine, quando parlo di diritti tout court o di diritti fondamentali, mi riferisco sempre ai soli diritti costituzionali.



2 - Inattuazione e violazione dei diritti

Possiamo partire da due note distinzioni proposte da Luigi Ferrajoli: quella tra i diritti e le loro garanzie e quella tra garanzie primarie e garanzie secondarie¹¹.

La prima distinzione vale a sottolineare che un diritto esiste in un dato ordinamento giuridico nella misura in cui lo si possa desumere da una disposizione appartenente alle fonti di quell'ordinamento. L'obiettivo polemico qui è Kelsen, il cui errore è stato quello di far coincidere il diritto soggettivo "in senso tecnico" con l'autorizzazione, ossia con il potere di agire in giudizio per ottenere l'irrogazione della sanzione a carico del trasgressore di un obbligo giuridico¹². In realtà il diritto è qualcosa diverso dal potere di agire in giudizio, e quest'ultimo potrebbe anche mancare. Qualora ciò accada, esso sarà sprovvisto di tutela giurisdizionale (garanzia secondaria nel lessico di Ferrajoli), sarà un diritto disarmato nel senso che non potrà contare sulla protezione dell'apparato coercitivo dello stato. E tuttavia non si potrà negare che esso esista pur sempre come tale in quell'ordinamento giuridico¹³. Pensare altrimenti equivarrebbe a negare la giuridicità della fonte che lo sancisce, cosa tanto più inaccettabile laddove si tratti di fonte apicale, com'è il caso dei diritti proclamati nei documenti costituzionali¹⁴.

La seconda distinzione è quella tra garanzie primarie e garanzie secondarie. Le garanzie primarie di un diritto consistono negli obblighi positivi o negativi, a carico dei privati e/o dei pubblici poteri, che sono correlativi al diritto in questione. Le garanzie secondarie consistono nell'obbligo, in capo ai giudici, di sanzionare con l'annullamento o con la condanna gli atti invalidi o illeciti in cui si concretano le violazioni delle garanzie primarie. L'operatività delle garanzie secondarie presuppone dunque l'avvenuta violazione di una qualche garanzia primaria. La loro

¹¹ Su di esse **L. FERRAJOLI** ha insistito in varie opere, specialmente a partire dal saggio *Diritti fondamentali*, in **ID.**, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001; vedi specialmente **ID.**, *Principia iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007, s.v. "garanzie" e, da ultimo, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, specialmente cap. II e III.

¹² **H. KELSEN**, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, p. 83 ss.

¹³ Cfr. **R. ALEXI**, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 204 ss.

¹⁴ Si tratterebbe di una conclusione assai poco giuspositivista, come fa notare Mario Jori. Cfr. **M. JORI**, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in **L. FERRAJOLI**, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 79.



presenza è finalizzata a prevenire le possibili violazioni e mira a porvi rimedio qualora esse abbiano luogo.

Normalmente, accade che dalle disposizioni costituzionali che conferiscono un diritto non siano immediatamente desumibili gli obblighi correlativi (garanzie primarie): ciò significa che tali obblighi andranno introdotti dal legislatore su cui, in virtù della normatività della costituzione, grava un obbligo generale di secondo grado, oltre che di non contraddire il diritto, di apprestare le garanzie necessarie ad attuarlo. Laddove il legislatore sia inadempiente con riguardo a questo suo obbligo di secondo grado, dovrà ripetersi il discorso fatto in precedenza a proposito delle garanzie secondarie: il diritto esisterà comunque ma sarà privo di protezione, perché non sarà possibile determinare chi abbia il dovere di fare/astenersi dal fare che cosa in rapporto al titolare del diritto.

In sintesi, per dirla con Guastini, una cosa è conferire un diritto, altra cosa è garantirlo: può aversi l'una senza che si abbia l'altra¹⁵. Si dovrà dire che un diritto è conferito ma non garantito qualora manchino le sue garanzie primarie o secondarie. Un diritto totalmente sprovvisto delle sue garanzie dovrà dirsi *inattuato*.

Dunque un diritto potrebbe esistere nel mondo giuridico, e tuttavia mancare di garanzie primarie e/o secondarie. Per raffigurare questa situazione, Riccardo Guastini ha coniato un'espressione, *diritti di carta*, che ha avuto molta fortuna, anche se non sempre è stata adoperata nel senso inteso dall'autore. Infatti, ad avviso di Guastini, vanno considerati di carta quei diritti che siano privi di almeno una delle seguenti tre caratteristiche: a) avere un contenuto determinato; b) poter essere esercitati o rivendicati contro un soggetto determinato; c) essere suscettibili di tutela giurisdizionale. Diritti di carta per eccellenza, secondo l'autore, sarebbero i diritti sociali proclamati nelle costituzioni – ad esempio il diritto al lavoro – perché, in assenza di un intervento legislativo, essi risultano sempre deficitari sotto tutti e tre i profili suindicati: perciò, osserva Guastini, essi non sono “veri diritti” ma “diritti fittizi” e le norme che li esprimono vanno intese come programmatiche o teleologiche¹⁶.

Questo discorso presenta alcuni aspetti problematici.

In primo luogo va osservato che, in caso di inerzia legislativa¹⁷, pressoché nessun diritto fondamentale, e non solo i diritti sociali, possiede

¹⁵ R. GUASTINI, *Diritti*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 151.

¹⁶ R. GUASTINI, *Diritti*, cit., pp. 152, 154.

¹⁷ E in mancanza d'intervento suppletivo dei giudici. L'applicabilità diretta della costituzione per via giudiziaria è uno dei principali tratti caratteristici degli ordinamenti



in realtà ciascuna delle tre caratteristiche suindicate, e in particolare le prime due¹⁸. Solitamente i diritti costituzionali sono istituiti tramite disposizioni normative genericissime, hanno un contenuto indeterminato e di solito non individuano né i soggetti contro cui esercitarli o rivendicarli né le condotte da tenere per rispettarli. Nella cornice teorica di Ferrajoli, essi sono sì correlativi a un obbligo, ma solo a un obbligo di secondo grado, a carico del legislatore, di introdurre le garanzie a loro tutela. La sensazione che le tre caratteristiche indicate da Guastini siano possedute solo da alcuni diritti e non da altri nasce dal fatto che, specie quando pensiamo ai diritti ben collaudati delle prime generazioni, ai diritti civili e politici, tendiamo a pensarli come già completi di tutte le loro determinazioni e garanzie istituite per legge: tendiamo cioè a leggerli alla luce della legislazione di attuazione (e anche di ogni altro atto normativo ulteriore), che li precisa istituendo le loro garanzie¹⁹. Quindi, in realtà ogni diritto fondamentale, finché non sopraggiunge la dotazione delle sue garanzie, è *di carta* nel senso di Guastini. L'esempio del diritto al lavoro, poi, pone problemi peculiari, non tanto perché è considerato un diritto sociale²⁰, quanto perché è generalmente concepito e formulato (per esempio dalla Costituzione italiana) per l'appunto come *diritto al lavoro* e non come *diritto a un posto di lavoro*, anche se non ci sarebbe nessun ostacolo logico che precluda di concepirlo e formularlo in quest'ultimo modo²¹. Se inteso nel modo consueto, esso

"costituzionalizzati", insieme con la c.d. efficacia orizzontale delle disposizioni costituzionali nei rapporti tra privati e con l'idea che dal testo costituzionale si possa derivare la disciplina di ogni aspetto della vita sociale. Cfr. **R. GUASTINI**, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in **ID.**, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, cap. IV; **G. PINO**, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 115 ss.

¹⁸ La tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi è riconosciuta in via generale dalla costituzione italiana (art. 24), ma è chiaro che, per essere operativa, essa presuppone che siano stati determinati i punti *a* e *b* indicati da Guastini.

¹⁹ **R. BIN**, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America latina*, 34, 2013, p. 220, ricorda che i casi in cui una norma superiore è interpretata alla luce della legislazione subordinata sono assai più diffusi di quel che sembrerebbe.

²⁰ È ormai giustamente screditata l'idea che solo i c.d. diritti sociali richiedano un'attività legislativa di attuazione, mentre per la protezione degli altri diritti sarebbe sufficiente un'astensione da provvedimenti legislativi che li contraddicano. Vedi per tutti **E. DICIOTTI**, *Il mercato delle libertà*, Bologna, il Mulino, 2006, specialmente p. 86 ss.

²¹ Si veda l'art. 4, 1° c., della Costituzione italiana: "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto". Un diritto al posto di lavoro (pubblico), se non de jure almeno in via di prassi, vigeva nei paesi del Golfo almeno fino al crollo recente del prezzo del greggio. Il Wall Street Journal ci ricorda l'enorme percentuale dei cittadini impiegati come dipendenti statali in tali paesi (i



impegna il potere legislativo, non già a garantire a Tizio, Caio e Sempronio un posto di lavoro, bensì ad assicurare le condizioni normative e fattuali necessarie a far sì che tutti i cittadini in età lavorativa possano trovare un'occupazione: un obbligo invero genericissimo, che potrebbe essere adempiuto in un'infinità di modi e, anzi, i cui criteri di adempimento e di violazione sono estremamente evanescenti, come del resto lo stesso Guastini sottolinea quando evidenzia il carattere programmatico della disposizione che lo sancisce.

L'indeterminatezza del contenuto dei diritti è in ogni caso un fattore di decisiva importanza in qualunque discorso sulla loro attuazione, come si dirà appresso.

In secondo luogo, va detto che chiamare diritti *fittizi*, come fa Guastini, i diritti fondamentali non (o non ancora) garantiti, oltre che essere poco chiaro, non aiuta a comprendere l'uso che viene fatto delle corrispondenti disposizioni costituzionali, che solo uno scettico inveterato può ridurre a pura finzione (a finzione senza funzione, si potrebbe dire).

A questo punto va ricordata una cosa ovvia, ossia che le garanzie, non solo primarie ma anche secondarie, al pari dei diritti, sono anch'esse previste da disposizioni normative, e potrebbero restare lettera morta nel mondo reale. In quest'ultimo caso, dunque, anche un diritto non *di carta* potrebbe restare *sulla carta* perché ne vengono disattesi gli obblighi correlativi. Se ciò accade, si dovrà dire che il diritto è *violato*.

Più analiticamente, è forse il caso di distinguere tra due situazioni diverse: un diritto potrebbe restare sulla carta non solo perché le sue garanzie sono *ineffettive*, ma anche perché esse sono *inefficienti*, o per ambedue le ragioni insieme.

Il giudizio di ineffettività in buona sostanza dipende dall'accertamento della violazione degli obblighi istituiti a garanzia (primaria e/o secondaria) del diritto, ossia dal confronto tra le norme che istituiscono quegli obblighi e i comportamenti dei loro destinatari. Questo accertamento, com'è ovvio, è tutt'altro che agevole, per la semplice ragione che molti sono i titolari di un diritto fondamentale e, quando le garanzie sopraggiungono, molteplici sono gli obblighi istituiti a sua garanzia e innumerevoli sono i titolari di tali obblighi (con l'ulteriore complicazione che essi non sono solo privati cittadini ma anche apparati pubblici). Ma in linea di principio le cose sono chiare: se io ho il diritto di non essere torturata e un pubblico ufficiale mi tortura, il mio diritto non è effettivo perché uno

c.d. "sofa men"), che nel Kuwait arriva all'84% della forza lavoro (contro la media del 21% dei paesi dell'Ocse): <http://www.wsj.com/articles/gulf-countries-target-sofa-men-to-trim-spending-1447196088?mod=MFlink1&cb=logged0.738698914879933>



degli obblighi a esso correlativi (e anzi il principale) è violato²². Se in un certo paese i casi di tortura superano una certa soglia, allora il diritto di non essere torturati, in quel paese, sarà nel complesso ineffettivo²³.

Altra cosa è il giudizio di efficienza. Qui non si mette a raffronto, come nel caso dell'effettività, il dover essere delle garanzie con il loro essere, ma si valuta la congruenza o adeguatezza delle garanzie apprestate in relazione al fine della effettiva tutela dell'interesse protetto tramite il diritto: è dunque un giudizio di razionalità strumentale, che fa perno sul rapporto tra mezzi e fini²⁴. Ad esempio, pressoché universalmente si ritiene che il diritto di non essere torturati non sia tutelato a sufficienza se la legislazione che lo garantisce punisce l'inflizione intenzionale di acute sofferenze solo fisiche e non anche mentali. In ipotesi, il diritto è garantito, e le sue garanzie sono effettive, ma lo è in maniera inadeguata, nel senso che l'interesse che esso mira a proteggere non è soddisfatto, o è soddisfatto in maniera considerata manchevole sotto qualche profilo (che può essere qualitativo come in questo caso, ma anche quantitativo, temporale, spaziale ecc.)²⁵. A seconda che l'inadeguatezza abbia come esito un impedimento oppure un ostacolo all'esercizio del diritto, si dirà che il diritto è *inattuato* o non è *pienamente attuato*²⁶. Va da sé che questa distinzione può essere solo di grado.

Per inciso, questo accenno all'efficienza delle garanzie serve anche a mettere in guardia dalla convinzione, non solo di senso comune, che più

²² In un paese in cui vige il divieto di tortura. Nel diritto italiano peraltro non è ancora stato introdotto il reato di tortura, nonostante siano trascorsi quasi trent'anni dalla ratifica italiana (1988) della relativa Convenzione di New York entrata in vigore nel 1987, e che questa (art. 4) impegni gli Stati che l'hanno sottoscritta ad adeguare il proprio ordinamento interno introducendo fra l'altro una corrispondente figura di reato. Se è vero che il divieto di tortura nel diritto internazionale è ormai entrato a far parte del jus cogens, deve ritenersi che l'obbligo degli stati, di tutelare il correlativo diritto, non sia puramente convenzionale ossia non discenda dal solo vincolo pattizio. D'altra parte, la costituzione italiana, all'art. 10, 1° c., stabilisce che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

²³ Naturalmente il problema della fissazione di una soglia, nonché degli indicatori da adoperare per computare le violazioni è tutt'altro che semplice. E non bisogna dimenticare il problema se considerare tutte le violazioni come dotate di eguale peso, o se trattare come più gravi le violazioni commesse da agenzie governative. Cfr. **T. POGGE**, *Povertà mondiale e diritti umani*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 75 ss.

²⁴ Parlo dunque di efficienza in senso un po' diverso da quello in cui se ne parla nell'ambito dell'analisi economica del diritto. Si veda **G. TUZET**, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, p. 217 ss.

²⁵ Cfr. **P. TINCANI**, *Efficacia delle norme e titolarità dei diritti*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2014, p. 29.

²⁶ La distinzione tra impedimento e ostacolo è ricavata da **R. ALEXY**, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 216 s. Cfr. **P. TINCANI**, *Efficacia delle norme*, cit., p. 31.



garanzie ci sono meglio è per i diritti: cosa banalmente non vera, come mostra l'esperienza del costituzionalismo europeo c.d. multilivello, in cui la triangolazione tra Corti costituzionali, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia della Unione Europea (a cui vanno aggiunti i giudici comuni delle giurisdizioni domestiche) può dar luogo a effetti perversi in termini di inconsistenza o ineffettività nella protezione dei diritti²⁷. Anche una sovrabbondanza di garanzie può essere disfunzionale.

Un esempio di garanzie inefficienti che conducono all'*impedimento* dell'esercizio di un diritto può essere dato dalla disciplina vigente in Italia dal 1988 al 2014 sulla responsabilità civile dei magistrati per dolo o colpa grave²⁸. La circostanza che in questo lasso di tempo in base a essa siano state irrogate solo sette condanne e il fatto stesso dell'esiguità del numero complessivo dei ricorsi possono essere spiegati o con le straordinarie virtù della magistratura italiana o, più plausibilmente, col fatto che i limiti frapposti all'azione volta a far valere la responsabilità degli appartenenti all'ordine giudiziario erano talmente pregnanti da precludere in sostanza l'esercizio del diritto²⁹.

Un esempio di inefficienza delle garanzie da cui risulta un *ostacolo* al godimento dei diritti può essere rappresentato dall'irragionevole durata dei processi. Se in sede giurisdizionale la sanzione per la violazione di un mio diritto, o la sua riparazione, sopravviene solo molto tempo dopo il fatto, si potrà dire che le sue garanzie secondarie sono inefficienti sotto il profilo temporale (non sono congegnate in modo da assicurare una sentenza in tempi brevi) oltre che spaziale (la durata dei processi varia in modo significativo nelle diverse aree del paese).

Distinguere tra ineffettività e inefficienza è importante anche perché appaiono evidentemente diversi i rimedi da proporre nei due casi. Nel primo caso sembra ovvio che la richiesta sia quella di far sì che i poteri pubblici rispettino e facciano rispettare gli obblighi posti a garanzia dei

²⁷ Per alcuni esempi, si veda **F. FABBRINI**, *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A 'Neo-Federalist' Perspective*, Jean Monnet Working Paper 15 ottobre 2010.

²⁸ I ricorsi intentati in base alla legge n. 117 del 1988 (c.d. legge Vassalli) dal 1988 al 2014 sono stati complessivamente 410, dei quali 35 ammessi all'esame di merito e 7 chiusi con una condanna del magistrato. Da quando la legge Vassalli è stata riformata (L. n. 18 del 2015) le richieste di risarcimento sono raddoppiate (vedi <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-02-27/responsabilita-civile-magistrati-ricorsi-raddoppiati>- <http://www.ilsole24ore.com/QdC>).

²⁹ La L. n. 117 del 1988 infatti prevedeva un previo giudizio del Tribunale sulla ammissibilità della domanda risarcitoria. Tale filtro è stato eliminato con la riforma del 2015.



diritti. Nel secondo caso sembra altrettanto ovvio che si tratti di chiedere una riforma (modifica o integrazione) del sistema delle garanzie esistenti. Nel caso in cui i due difetti si cumulino, si avvanzeranno ambedue le richieste.

Nonostante che la distinzione tra le due situazioni sia in linea di principio netta, non può tacersi che la sua applicazione può essere problematica, perché può non essere affatto chiaro se il deficit di tutela di un diritto dipenda dai comportamenti in relazione alle norme o dalle norme medesime. Certe volte è abbastanza chiaro. Si pensi alla prassi invalsa in Italia di divulgare a mezzo stampa il contenuto di intercettazioni disposte nel corso di un procedimento penale, e ciò anche prima della conclusione delle indagini preliminari, ossia quando, di norma³⁰, gli atti di indagine sono ancora coperti da segreto perché non ancora conoscibili dall'indagato e dal suo legale; oppure dopo la chiusura delle indagini preliminari, nonostante che le comunicazioni intercettate riguardino terzi estranei alle indagini o fatti manifestamente irrilevanti per accusa e difesa. Questo è un caso chiarissimo non d'inefficienza bensì di violazione delle garanzie sia primarie che secondarie che presiedono al diritto di difesa dell'indagato e al diritto alla riservatezza dei terzi e che sarebbero sufficienti a tutelare il diritto in questione se solo venissero rispettate; anzi, si tratta di violazioni che integrano reati (mai perseguiti), i cui autori non possono che essere gli organi di polizia giudiziaria o il pubblico ministero, oltre che i giornalisti. Prendiamo invece il caso menzionato poc'anzi, della responsabilità civile dei magistrati per dolo o colpa grave, in cui l'ineffettività del diritto sembra dipendere precipuamente dall'inefficienza delle sue garanzie.

Certo, si potrebbe sostenere che ogni caso d'ineffettività possa e debba essere considerato un caso d'inefficienza, e quindi che ogni violazione vada trattata come inattuazione, dato che le violazioni non avrebbero luogo laddove le garanzie fossero meglio congegnate o integrate, prevedendo ulteriori misure normative a garanzia delle garanzie, e magari a garanzia della garanzia delle garanzie ... Ma questa tesi non convince: da un lato è viziata da giuridicismo l'idea, insieme opportunistica e consolatoria, per cui all'uso disfunzionale degli strumenti giuridici si possa porre riparo solo con altri strumenti giuridici, dall'altro lato si limita a spostare in avanti il problema ineludibile dell'adeguamento dei comportamenti umani alle norme³¹.

³⁰ Il segreto infatti può venir meno anche prima della chiusura delle indagini preliminari, quando il giudice delle indagini preliminari abbia emesso una misura cautelare a carico dell'indagato.

³¹ Problema che Kelsen aveva visto benissimo, e aveva cercato di trattare sul piano teorico appunto con la sua pur opinabile costruzione del diritto soggettivo come



Un'altra distinzione che potrebbe essere utile al nostro discorso riguarda il carattere intenzionale o meno della mancata introduzione delle garanzie o della loro effettività o efficienza, che già affiora dalla distinzione poc' anzi menzionata tra ostacolo e impedimento. Così, Persio Tincani parla di *diritti-truffa* a proposito di quei diritti le cui garanzie, pur sussistenti, sono rese ineffettive da politiche dichiarate o implicite degli organi di decisione e direzione politica³². Al riguardo, si può osservare che non sempre è agevole intravedere un'intenzionalità dietro l'ineffettività o l'inefficienza delle garanzie, e ancor meno agevole è dimostrarne la presenza. Talvolta gli indizi sono univoci ma, anche in ragione della pluralità di soggetti e istituzioni coinvolte, può essere arduo formulare un preciso giudizio in questo senso³³. In ogni caso va sottolineato, come del resto fa lo stesso Tincani, che i diritti possono essere inattuati, attuati in maniera inadeguata o violati, per innumerevoli ragioni, non sempre riconducibili a politiche espressamente orientate in tal senso. Del resto, ciò si evince in modo abbastanza chiaro dalle ricerche empiriche sul grado di tutela dei diritti negli stati in transizione; da esse risulta che i fattori maggiormente influenti sono rappresentati, più che dalla carente volontà politica, dalla assenza o debolezza di infrastrutture giuridiche adeguate, oltre che dalle caratteristiche dell'ambiente sociale, come l'ignoranza e la povertà diffuse, l'assenza di organizzazioni non governative di supporto, ecc.³⁴.

Le considerazioni appena fatte mi danno l'opportunità di sottolineare che un discorso sulle garanzie dei diritti fondamentali non può certo limitarsi ai pochi punti toccati in questo paragrafo, in cui ho menzionato solo quelle che potrebbero essere chiamate micro-garanzie, ossia le tecniche di

autorizzazione. Far coincidere il diritto col potere di agire in giudizio per ottenere l'irrogazione la sanzione, infatti, facilita alquanto il controllo della conformità del comportamento umano alle norme, che in tal modo si esaurisce nel verificare che la sanzione irrogata sia stata o meno eseguita.

³² P. TINCANI, *Diritti-truffa*, in R. Cammarata (a cura di), *Chi dice universalità*, Milano, L'Ornitorinco, 2011; ID., *Efficacia delle norme e titolarità dei diritti*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2014, p. 31.

³³ Un caso abbastanza chiaro è quello già ricordato della mancata introduzione del reato di tortura nell'ordinamento giuridico italiano, che è palesemente collegato a esplicite fortissime resistenze di una parte della classe politica italiana, timorosa degli effetti punitivi (sic!) che una norma del genere potrebbe produrre a carico delle forze dell'ordine.

³⁴ Si veda ad esempio D.M. BRINKS, *Inequality, Institutions, and the Rule of Law: the Social and Institutional Bases of Rights*, Kellogg Institute, Working Paper #351, 2008. La volontà politica di tutelare i diritti negli stati in transizione non dipende certo dall'intrinseca bontà d'animo dei loro governanti, bensì dal fatto che le istituzioni economiche sovranazionali quali la Banca Mondiale condizionano l'erogazione di prestiti al conseguimento di certi livelli di protezione dei diritti.



protezione comuni a ciascun diritto, lasciando fuori quelle che potrebbero essere chiamate macro-garanzie o garanzie sistemiche, che discendono dalle complessive caratteristiche strutturali e organizzative dell'ordinamento. Come sappiamo, per i neocostituzionalisti la principale tra queste macro-garanzie è data dal controllo di costituzionalità delle leggi ma non è certo l'unica, perché oltre a essa vanno annoverate tutte le caratteristiche principali dello stato di diritto e in primis il principio di legalità, la separazione dei poteri, l'indipendenza del giudiziario. E non va dimenticata la cenerentola di questa storia, ossia la democrazia. Lungi dall'essere per sua natura nemico dei diritti, il controllo democratico del legislativo infatti di solito rappresenta uno strumento di loro protezione e promozione.

Sulla base di quanto detto in questo paragrafo, è possibile qualche puntualizzazione analitica sul concetto di *attuazione* dei diritti. In particolare, a partire dalla distinzione tra diritti e loro garanzie è possibile distinguere in modo più accurato di quanto non si faccia di solito tra inattuazione e violazione di un diritto. Questi due concetti, infatti, non sono complementari, nel senso che negare l'uno non implica affermare l'altro: non attuare un diritto è cosa diversa dal violarlo; parimenti, non violare un diritto è cosa diversa dall'attuarlo. Sarebbe opportuno riservare il concetto di attuazione di un diritto all'apprestamento delle sue garanzie e, anche, all'efficienza di queste ultime e parlare invece di violazione solo nel caso di inosservanza dei doveri giuridici corrispondenti alle garanzie primarie e secondarie, oltre che, naturalmente, del generale dovere del legislativo di non contraddire con le sue leggi le disposizioni costituzionali sui diritti³⁵.

3 - Attuazione e determinazione dei diritti

Ritengo che le nozioni e distinzioni richiamate poc'anzi possano essere utili per impostare una discussione chiara sull'attuazione dei diritti. Tuttavia, se ci si dovesse limitare a esse, cosa che spesso succede, rischierebbe di sfuggire un aspetto fondamentale della questione, che è poi a mio avviso il problema

³⁵ Luigi Ferrajoli parla di un principio di completezza in relazione all'attuazione dei diritti e di un principio di coerenza in relazione alla non violazione degli stessi, intendendoli entrambi come principi giuridico-positivi che si traducono in doveri a carico del legislatore. Quel che dirò nel prossimo paragrafo sul primo principio vale anche per il secondo: date le caratteristiche delle disposizioni costituzionali sui diritti, anche i discorsi che denunciano le violazioni di un dovere di coerenza a carico del legislatore suppongono che il contenuto di un diritto sia già predeterminato in tutti i suoi aspetti: cosa che non accade mai.



principale che affligge la teoria e la pratica odierna dei diritti fondamentali. Il problema infatti è che qualunque discorso sull'attuazione dei diritti presuppone che si dia per risolta la questione del loro contenuto. In altre parole, per potere qualificare le garanzie come *necessarie* o *adeguate* o *sufficienti*, dobbiamo avere già stabilito che cosa sia ricompreso all'interno di ogni diritto fondamentale. Ma questa è un'operazione impossibile da compiere con mezzi puramente semiotici.

Il problema nasce dal fatto che la "tavola delle garanzie" richieste al fine di attuare ogni diritto non può essere intesa come qualcosa che già esiste da qualche parte in attesa che il legislatore la prenda di peso, la introduca nell'ordinamento, e poi la renda operativa. Le cose non stanno affatto così, perché di solito i diritti non portano "scritte in faccia" le garanzie richieste per la propria attuazione. Gli obblighi *necessari* a garantire un diritto, di cui ho parlato più sopra riferendomi alle garanzie primarie, non sono affatto qualcosa di già inscritto nella formulazione normativa che lo proclama, e questo rende oltremodo fuorviante parlare di una loro supposta necessità. Men che meno è possibile parlare di obblighi di dettaglio *sufficienti* a garantire un diritto, al contrario di quel che suggeriscono formule, certo efficaci dal punto di vista retorico, come "piena attuazione" dei diritti e "principio di completezza delle garanzie"³⁶. Quand'è che infatti può dirsi raggiunto il punto più alto della curva di Pareto, quello superato il quale le garanzie diventano disfunzionali? E naturalmente lo stesso discorso deve ripetersi, a maggiore ragione, riguardo al giudizio ancora più opinabile di *adeguatezza* delle garanzie al fine della protezione del diritto. Infatti qui si tratterebbe di selezionare e comparare le innumerevoli possibili combinazioni di una serie indefinita di strumenti giuridici esistenti, immaginati e immaginabili e poi di sistemarne le varie combinazioni in una scala ordinale: cosa evidentemente assurda.

Volendo, possiamo raffigurare il carattere normativo della costituzione parlando, come fa Ferrajoli, di un obbligo di secondo grado, a carico del potere legislativo, di attuare i diritti in essa ricompresi introducendo tutte le loro le garanzie primarie e secondarie, ma dobbiamo

³⁶ La prima formula si ritrova anche in documenti normativi di vario genere. Ad esempio, nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* del 1966 l'espressione *full realization* ricorre ben cinque volte, negli artt. 2, 6, 12, 13 e 15. La seconda formula è di Ferrajoli: vedi ad esempio **L. FERRAJOLI**, *Principia iuris*, cit. vol. II, p. 222.

Naturalmente la aspirazione alla piena attuazione dei diritti, qualunque cosa ciò significhi, si scontra anche col limite fattuale dei loro costi economici, e quindi con i vincoli di bilancio. Un altro punto fermo fissato dalla discussione degli ultimi decenni è che tutti i diritti fondamentali, e non solo i diritti sociali, comportano costi economici. Sul punto vedi da ultimo **E.A. POSNER**, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2014.



prendere atto che, nella cornice genericissima delineata dalle disposizioni costituzionali, le possibilità di attuazione sono molteplici, tra loro concorrenti e per lo più niente affatto predeterminate; e questo in tutti i casi, non solo nel caso di norme programmatiche come quelle che sanciscono il diritto al lavoro. Se i diritti sono il terreno dell'indecidibile normativo (l'espressione è ancora di Ferrajoli), lo sono solo nel senso che le disposizioni costituzionali che li proclamano vincolano il legislatore a intervenire, senza però predeterminare la sostanza dei suoi interventi. E poiché predisporre le loro garanzie (in particolare quelle primarie) equivale a determinare il contenuto dei diritti, il problema dell'attuazione dei diritti è, in primo luogo e in via preliminare, un problema di loro determinazione. Con uno slogan, si potrebbe dire che non c'è attuazione senza determinazione.

Con l'accattivante immagine dell'indecidibile normativo viene invece suggerita l'idea che l'attuazione dei diritti sia un'attività puramente tecnico-esecutiva, che cioè sia sufficiente introdurre nell'ordinamento e rendere effettivi degli obblighi in qualche modo già in esso impliciti o da esso predeterminati. Quest'immagine ha successo perché è assai gradita a tutti i diretti interessati: piace infatti ai cittadini, perché consente loro di conferire maggiore perentorietà alle proprie rivendicazioni ("lo dice la Costituzione!"); ma piace anche alle autorità che amministrano i diritti e in particolare ai giudici i quali, grazie a essa, possono eludere l'onere di giustificare le proprie scelte etico-politiche e possono occultare la vera natura delle operazioni con le quali sottraggono quote di potere all'organo legislativo. Quest'immagine piace infine naturalmente ai giuristi accademici, i quali se ne servono per consolidare il proprio ruolo sociale accreditandosi come scienziati dediti alla spassionata riproduzione di contenuti giuridici già esistenti e magari come possibili candidati alla corte costituzionale non appena un posto si rende vacante.

Tipicamente, le clausole costituzionali sui diritti sono sottodeterminate in rapporto ai contenuti che vengono loro ascritti. Esse di solito si limitano a indicare un bene o interesse protetto: libertà personale, di opinione, salute, lavoro, dignità della persona, ecc., senza articolarne il contenuto dettagliandolo sotto forma di obblighi e divieti specifici a carico di soggetti specifici. Tali disposizioni hanno alcune caratteristiche semantiche salienti: fanno largo uso di concetti vaghi; sono generiche, ossia sono specificabili in molteplici modi alternativi³⁷; esprimono direttamente

³⁷ Sulla genericità è d'obbligo fare riferimento a **C. LUZZATI**, *Principi e principi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 5, che chiarisce il concetto in questo modo: "Mentre un'asserzione vaga è un'asserzione indecidibile, che non possiamo sapere se sia vera o falsa, un'asserzione generica è decidibile, anzi può essere molto spesso vera, ma lo sarà sempre



valori etico-politici percepiti come autoevidenti e perciò non bisognosi di giustificazione³⁸. Il punto è noto e non è necessario indugiarsi³⁹. Le costituzioni contemporanee usano questo genere di linguaggio perché, se vogliono avere la speranza di sopravvivere nel tempo, devono riuscire a catalizzare intorno a sé il consenso sociale in società altamente conflittuali come le nostre. In altri termini, per poter essere rigide devono essere flessibili⁴⁰. Devono cioè predeterminare in una certa misura i contenuti dell'ordinamento ma non possono spingersi troppo oltre, e sono perciò costrette a introdurre formulazioni sulle quali vige una relativa concordia proprio e solo in virtù della loro vaghezza, genericità e apparente autoevidenza di valore (chi mai può dirsi contro la libertà, l'eguaglianza o, Dio non voglia, la dignità umana?), demandando a un momento successivo la soluzione dei conflitti che inevitabilmente si innescheranno intorno alla loro lettura. Ne deriva che il linguaggio delle costituzioni non solo manca di rigore ma neppure potrebbe essere reso più preciso, per le suddette basilari ragioni pragmatiche; perciò, domandare per esse maggior rigore è irrealistico, anzi illusorio⁴¹.

Queste caratteristiche delle disposizioni costituzionali che conferiscono diritti comportano due conseguenze della massima importanza. La prima è che esse tendono a essere adoperate non come *regole* che esprimono un insieme concluso e definitivo di specifiche posizioni soggettive in termini di obblighi e divieti correlativi al diritto proclamato, cosa che è del resto impossibile nella maggior parte dei casi: ove la clausola costituzionale si limiti a enunciare un valore, bene o interesse, non si può infatti estrarre da essa con mezzi puramente semiotici alcuna qualificazione deontica della condotta. Le disposizioni costituzionali tendono semmai a

in modo banale, poco informativo. Ci fornisce una certezza inutile”.

³⁸ Cfr. **M. JORI**, *I principi nel diritto italiano*, in **ID.**, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 316.

³⁹ Vedi specialmente **G. PINO**, *Diritti e interpretazione*, cit. Mi permetto di rinviare altresì al mio *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁴⁰ Delle volte neppure questo basta, qualora la società sia attraversata da faglie profonde. Si pensi al caso dello stato di Israele, che non è finora riuscito a dotarsi di una costituzione formale. Ci ha pensato la sua Corte Suprema ad attribuirgliene una, e ad autoattribuirsi immancabilmente il ruolo di sua custode.

⁴¹ È perciò incomprensibile la tesi di Ferrajoli, che propone per l'appunto la strada del maggior rigore semantico delle disposizioni costituzionali. Cfr. **L. FERRAJOLI**, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 281; **ID.**, *La logica del diritto*, cit., p. 173 ss. Tesi incomprensibile anche perché l'obiettivo di valorizzare al massimo la costituzione conduce l'autore a trattarla alla stregua della legge. Si veda **B. CELANO**, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in **ID.**, *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2013.



essere usate come *principi*, ossia come premesse da cui muovere per argomentare in favore di regole che vengono presentate come specificazioni del diritto⁴². I diritti da esse elencati sono perciò comunemente intesi non come posizioni giuridiche elementari nel senso di Hohfeld, o agglomerati delle stesse, bensì come *diritti-ragioni*, ossia come premesse argomentative sulla cui base giustificare regole istitutive di specifiche posizioni soggettive attive e passive, regole di solito considerate non esaustive della portata del diritto⁴³. Parlare di diritti fittizi, come fa Guastini, conduce a trascurare quest'uso a cui il linguaggio dei diritti si presta sul terreno pragmatico al punto da essere ormai diventato dominante nel mondo occidentale contemporaneo.

Se le cose stanno così, occorre riconoscere che i diritti fondamentali non segnano certo la fine della partita ma solo il calcio d'inizio. Il che, se vogliamo, è alquanto ironico, se si pensa al carattere perentorio e ultimativo che caratterizza il linguaggio dei diritti⁴⁴. La metafora calcistica è quanto mai appropriata perché serve anche a evidenziare la molteplicità dei giocatori in campo: parlamento, giudici comuni e giudici costituzionali, ai quali vanno aggiunti i privati cittadini che premono sugli uni e sugli altri per ottenere il riconoscimento giuridico di un qualche loro interesse. Attori che sono tutti coinvolti a vario titolo in questo processo di determinazione dei diritti, ma

⁴² Cfr. C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 342 ss., il quale giustamente sottolinea che la distinzione tra principi e regole non è semantica ma pragmatica, cioè è riconducibile a due stili diversi di ragionamento, uno più inclusivo, trasparente ai valori e aperto a revisioni additive e ablativo, uno più esclusivo, opaco ai valori e legato al principio di autorità.

⁴³ Mutuo l'espressione *diritti-ragioni* da M. BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 8 ss. Cfr. F. FERRARO, *L'utilità dei diritti*, Milano, ETS, 2013, p. 165 ss.; vedi anche T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2, 1, 2014.

⁴⁴ D. DENNETT, *L'idea pericolosa di Darwin*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, p. 648, alla critica benthamiana dei diritti come *nonsense upon stilts* contrappone l'esigenza, nelle questioni etiche, di trovare una modalità di chiusura delle discussioni: «Forse parlare di diritti è un'assurdità sui trampoli, ma una buona assurdità – e buona soltanto perché è sui trampoli, soltanto perché si dà il caso che abbia il potere "politico" di mantenersi al di sopra delle meta-riflessioni – non senza limite, ma di solito "abbastanza in alto" – da riaffermarsi come "principio fondamentale convincente" – vale a dire, come argomento in grado di interrompere la conversazione». Ha ragione Dennett quando valuta in modo positivo la certezza e quindi l'opportunità di mettere a un certo punto la parola fine alle dispute, ma ha torto quando ritiene che questa funzione possa essere svolta dai diritti, i quali anzi, in ragione della loro logica assolutista, tendono a operare come fattori di moltiplicazione dei conflitti. In realtà, si può mettere la parola fine solo ricorrendo alla ben nota tecnica dell'autorità, ed è questa la ragione essenziale per cui nessun contenuto giuridico di questo mondo potrà mai soppiantare il ruolo dell'autorità.



che di rado giocano nello stesso lato del campo: fuor di metafora, di rado declinano i diritti nello stesso modo, proprio in ragione degli antagonismi tra interessi, valori, visioni del mondo di cui sono portatori.

Si può giudicare in modo positivo o negativo la tecnica normativa messa in atto dalle nostre costituzioni, che consiste nel disinnescare i conflitti sociali differendone la soluzione a un secondo momento, ma è indispensabile riconoscerne l'esistenza e vagliarne apertamente i costi e i benefici⁴⁵.

La seconda conseguenza è che qualsiasi operazione concernente i diritti comporta l'esplicazione di un potere semiotico enorme, se si considera la povertà dei significati normativi su cui si esercita, e di vasta portata perché, grazie al carattere apicale delle disposizioni costituzionali, esercitandolo si può riuscire a produrre effetti a cascata su ampie porzioni dell'ordinamento, e a controllarne in tal modo i contenuti. Tale potere è ancora più vasto, se si pensa non al singolo diritto preso in isolamento, ma al complesso dei diritti fondamentali, e quindi alle operazioni di determinazione del loro catalogo (esistono diritti impliciti?), dei loro specifici contenuti, dei loro confini e della sistemazione dei conflitti tra di essi e tra diritti e altri interessi costituzionalmente protetti. Tutte operazioni la cui creatività non può certo essere mascherata da una presunta logica del bilanciamento o dalla stravagante idea dworkiniana dell'unica risposta corretta.

Non sono certo la prima a notare che questo potere semiotico, in ragione delle fattezze complessive assunte dagli ordinamenti costituzionali, è oggi dislocato principalmente sui giudici, costituzionali e comuni⁴⁶. Ciò a

⁴⁵ Vedi **C. LUZZATI**, *Principi e princìpi*, cit, p. 190; **ID.**, *L'efficienza dei diritti e il suo prezzo*, in N. Parisi, C. Parano (a cura di), *La vittima di reato tra tutela giuridica e solidarietà sociale*, Quaderni dell'Osservatorio Permanente sulla criminalità organizzata, Siracusa, Opco, 2010, dove si esprime un prudente apprezzamento di questa tecnica.

⁴⁶ È facile imbattersi tra gli studiosi italiani di diritto costituzionale nell'osservazione che, accanto al controllo accentrato di costituzionalità delle leggi delineato dalla costituzione e affidato alla Corte Costituzionale, si sia sviluppato un circuito parallelo di controllo di costituzionalità diffuso da parte dei giudici ordinari, e che questo esito sia stato fortemente incentivato dalla Corte, con il suo ferreo orientamento a dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dal giudice senza avere previamente esplorato ogni possibilità di interpretazione c.d. conforme alla costituzione. Vedi specialmente **G. SORRENTI**, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 147 ss.; anche **R. BIN**, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, 2006 (consultabile in: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Roma06Definitiva.pdf>); **M. LUCIANI**, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 2007; **E. LAMARQUE**, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni*



cui stiamo assistendo non è però solo un incremento della discrezionalità giudiziaria interstiziale ma un vero e proprio mutamento delle fattezze del potere giudiziario nei suoi rapporti col potere legislativo, a cui dovrebbe competere in via esclusiva la titolarità delle scelte politiche generali anche in tema di attuazione dei diritti. Le costituzioni, coi loro cataloghi di diritti, hanno reso il confine tra politica e diritto sempre più sottile e impalpabile, favorendo due fenomeni complementari, anch'essi di frequente segnalati: da un lato la giurisdizionalizzazione della politica, la tendenza a prospettare ogni conflitto sociale come conflitto giuridico che può e deve sempre trovare una sua composizione sulla base del diritto vigente; dall'altro lato la politicizzazione della giurisdizione, la trasformazione del potere giudiziario in vero e proprio attore politico e del giudice in *policy maker*, accanto o più spesso in concorrenza con un potere legislativo sempre più debole, inetto e in fuga dalle responsabilità decisionali⁴⁷.

Anche queste trasformazioni possono essere valutate in modo positivo o negativo, ma non dovrebbero essere taciute, e i loro costi e benefici andrebbero soppesati in modo esplicito. Dal mio punto di vista, esse comportano dei costi enormi in termini di svuotamento del principio di legalità e della separazione dei poteri, della certezza e della legittimazione democratica del diritto; costi che superano di gran lunga i benefici in termini di duttilità, adattabilità e "mitezza" del diritto prodotto per via giudiziaria.

Tali costi sono allo stato attuale inevitabili, ma i loro effetti destabilizzanti potrebbero essere in una certa misura contenuti. Mi pare tuttavia ottimista pensare che possa avere qualche chance di successo la pur condivisibile raccomandazione di stili argomentativi meno imperniati sulla apertura e la rivedibilità delle premesse, insomma meno imperniati su principi e più su regole⁴⁸. Qui non si mette in dubbio che gli stili di ragionamento e l'educazione del giurista esercitino un ruolo fondamentale nel plasmare le fattezze di ogni diritto, si vuole semmai sottolineare che gli stili di solito si formano e si trasformano in tempi lunghi. E naturalmente avere davanti agli occhi la Costituzione anziché il Codice fa differenza. Per dirla in maniera più brutale: è inutile chiudere la stalla quando i buoi sono scappati. È inoltre troppo ottimista sperare che le raccomandazioni dei

costituzionali, 2, 2008.

⁴⁷ Vedi **P. COSTA**, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalista*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 78.

⁴⁸ Come ha fatto di recente **Claudio LUZZATI** nel suo *Del giurista interprete*, cit., specialmente p. 373 ss.



filosofi possano avere una qualche influenza sul metodo giuridico: duole ammetterlo, ma tale influenza è pari a zero, specie quando nuotano controcorrente. Sembra un po' più realistico puntare invece sul ricorso a espedienti giuridici di tipo procedurale che possano spingere i giudici, in specie quelli costituzionali, al self-restraint, a una maggiore indipendenza dalla politica, a un maggiore rigore argomentativo e a una giurisprudenza tendenzialmente più stabile nel tempo⁴⁹. Quindi, per ritornare al monito del giudice Scalia citato all'inizio, dovremmo ripiegare semmai su slogan più prosaici quali "Dissenting opinion or Fight", oppure "Life tenure or Battle".

Paradossalmente ma non tanto, il primo passo per cercare di limitare un potere e favorirne un esercizio responsabile, per evitare cioè che si trasformi in potere occulto e selvaggio, è riconoscerlo come tale. In ogni caso, è una pia illusione pensare che enunciare in modo solenne alti valori basti a fissare dei limiti.

4 - Conclusioni

Il senso delle precedenti e per nulla originali considerazioni è di mostrare quanto poco sia fondato ogni atteggiamento panglossiano in tema di diritti e di diritto, e anzi come il costituzionalismo irenico dei nostri giorni si presti facilmente a occultare un potere semiotico che, qualunque cosa se ne pensi, dovrebbe come minimo esplicitarsi alla luce del sole e possibilmente in maniera non incontrollata⁵⁰.

Per tornare al tema di partenza, se è vero che la determinazione del contenuto dei diritti comporta l'esercizio di un'enorme ammontare di tale potere, si deve concludere che le questioni collegate alla loro attuazione/inattuazione finiscono assai spesso, anche se certo non sempre,

⁴⁹ M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove*, cit., ricorda come Uberto Scarpelli, di fronte alla progressiva costituzionalizzazione dei nostri ordinamenti, non abbia certo ritenuto di essere costretto a cambiare la propria teoria in quanto "inadeguata alla realtà", insomma non abbia pensato di doverla trasformare in una teoria più propensa a sponsorizzare i mutamenti in atto; ma abbia adoperato il principio cardine del suo giuspositivismo politico, quello della pubblicità e responsabilità delle scelte (in primis delle proprie), per suggerire di cambiare semmai il diritto, introducendo un riconoscimento aperto della giurisprudenza come fonte e attribuendo alle corti costituzionali un ruolo più incisivo di guida dei giudici. Si veda U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di Filosofia*, 1987, e ID., *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di Filosofia*, 1989.

⁵⁰ Si veda M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in AIC, 2006 (http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html).



per diventare indecidibili: beninteso, indecidibili in base al diritto e ai diritti fissati nella Costituzione, giacché molto se non tutto dipenderà dal modo in cui ciascun diritto viene inteso e declinato, in specie nei suoi rapporti con altri diritti o interessi concorrenti. Ne segue che anche la distinzione tra critica esterna e critica interna al diritto tenderà a farsi sfumata e impalpabile. Data la capienza della costituzione, sarà infatti quasi sempre possibile trovare in essa un appiglio per asserire la copertura costituzionale di un qualche interesse e sarà facile trovare un giudice disposto ad ammetterla⁵¹. Dunque la rivendicazione politica di un diritto tenderà a sfumare in controversia intorno al contenuto di un qualche diritto che viene assunto come già esistente ma inattuato o non completamente attuato⁵². La lotta *per* i diritti tenderà a trascolorare in lotta *intorno* ai diritti⁵³. Comprensibilmente, giacché le richieste di attuazione di un diritto che si pretende già riconosciuto hanno una forza persuasiva ben maggiore di quelle che mirano a una sua introduzione *ex novo* nell'ordinamento.

Con questo non voglio certo sostenere che i giudizi in termini di attuazione ed efficienza delle garanzie siano sempre interamente soggettivi e politici. Ciò sarebbe assurdo e anzi ridicolo. In primo luogo, perché le costituzioni non sono gusci vuoti, non si può fare dire loro tutto e il contrario di tutto senza commettere un abuso semantico. In secondo luogo, e specialmente, perché sul piano pragmatico intorno alle loro disposizioni di solito si rapprende un consenso che serve a identificarne un contenuto minimo o essenziale, un consenso in parte basato sul senso comune e sul linguaggio ordinario, in parte su nozioni già in circolazione nella cultura giuridica, giacché le costituzioni com'è ovvio non fanno tabula rasa del diritto pregresso e della storia, ma si inseriscono in un circuito già operativo fatto di norme e di concetti giuridici. Beninteso, questo contenuto minimo non necessariamente coincide col nucleo essenziale dei diritti di cui parlano le corti costituzionali, che indica semmai il limite alla comprimibilità di un diritto nel suo bilanciamento con diritti concorrenti⁵⁴. Nessuno perciò

⁵¹ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002, p. 123. Vedi E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit.

⁵² A maggior ragione, laddove siano presenti clausole come l'art. 2 della costituzione italiana ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"), che si prestano a essere lette come fonti di un indefinito catalogo di diritti inespressi.

⁵³ Così P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani*, cit., p. 77.

⁵⁴ Cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006, specialmente p. 13 ss. Il contenuto minimo di cui parlo nel testo può com'è ovvio mutare e di fatto muta nel tempo; esso è inoltre qualcosa di ben diverso



metterebbe seriamente in dubbio che la garanzia del diritto di proprietà includa il divieto del furto o che la libertà d'opinione escluda la censura politica. Ma al di là di questo minimo, i diritti fondamentali sono un terreno di conflitti più che di consenso.

Sul modo in cui risolvere questi conflitti Dworkin presumeva di avere la risposta corretta. Ma in realtà tutti ne abbiamo una, più o meno chiara e articolata. Dovremmo però sempre sforzarci di distinguere tra quel che nel diritto c'è già (poco o molto che sia) e le nostre personali concezioni dei diritti e quindi delle garanzie a essi necessarie. Fino a ora è stato congegnato un unico metodo per tenere ferma questa distinzione e al contempo dare eguale peso alle opinioni di tutti: è il metodo democratico, la tanto temuta "tirannia della maggioranza", che purtroppo oggi sta cedendo il campo a un'altra tirannia, molto meno trasparente e anche per questo decisamente più insidiosa: la tirannia dei custodi dei diritti.

dal presunto consensus universalis che circonderebbe i diritti: come una sbrigativa indagine comparativa facilmente dimostra.