

Stato di diritto e diritti sociali

Enrico Diciotti

SOMMARIO: 0. *Introduzione.* – 1. *La distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali.* – 1.1. *Libertà e prestazioni.* – 1.1.1. *Sei figure elementari di diritti.* – 1.1.2. *Diritti di libertà e diritti sociali come insiemi di figure elementari di diritti.* – 1.1.3. *Diritti di libertà e diritti sociali come diritti di far uso di beni o di consumare beni.* – 1.2. *Diritti di libertà e diritti sociali tra universalità e particolarità.* – 1.2.1. *L'universalità dei diritti di libertà e dei diritti sociali.* – 1.2.2. *La singolarità dei diritti sociali e dei diritti di proprietà.* – 1.2.3. *I diritti di libertà tra universalità e singolarità.* – 1.3. *Diritti di libertà, diritti sociali e libero mercato.* – 2. *Il presunto conflitto tra i diritti di libertà e i diritti sociali.* – 2.1. *Il conflitto tra diritti di libertà e diritti sociali come conflitto tra diritti di agire e diritti a prestazioni.* – 2.2. *Diritti di libertà, diritti sociali ed eguaglianza sostanziale.* – 3. *Stato di diritto, diritti di libertà e diritti sociali.*

0. – Introduzione

Non vi è un significato condiviso e sufficientemente preciso di ‘stato di diritto’. Vi sono caratteristiche che, almeno se espresse in termini sufficientemente vaghi, possono essere considerate paradigmatiche di uno stato di diritto: la supremazia della legge sulle altre fonti, ovvero delle norme generali ed astratte sulle decisioni della pubblica amministrazione e dei giudici; la conseguente certezza del diritto, ovvero la prevedibilità delle decisioni giudiziali e amministrative; la separazione dei poteri; il rispetto dei diritti fondamentali degli individui. Ma ciò non implica che vi sia un accordo su tutti gli aspetti e i compiti dello stato di diritto.¹

Una questione non secondaria è quali siano esattamente i diritti individuali che uno stato di diritto deve tutelare. Uno dei modi in cui può essere posta è il seguente: lo stato di diritto ha il compito di tutelare i soli diritti di libertà o anche i diritti sociali? E se si ritiene che abbia il compito di tutelare gli uni e gli altri, a quali deve assegnare una priorità per i casi in cui, come spesso accade, non possano essere congiuntamente tutelati?

La risposta a queste domande dipende ovviamente, oltre che dal significato attribuito all’espressione ‘stato di diritto’, dalla distinzione tracciata tra i diritti di libertà e i diritti sociali. Una posizione che svaluti la tutela dei diritti sociali nello stato di diritto adotterà in genere le seguenti tesi: (i) la tesi che i diritti di libertà e i diritti sociali siano diversi e contrastanti, nel senso che non possano essere congiuntamente tutelati; (ii) la tesi che i diritti di libertà abbiano maggior valore dei diritti sociali o che, comunque, lo stato di diritto non possa in nessun caso tutelare i diritti sociali a preferenza dei diritti di libertà.

Il mio interesse sarà qui principalmente rivolto alla prima tesi; non potrò però esaminare tutti i modi in cui è stata sostenuta e dovrò accontentarmi di prendere in considerazione i più ricorrenti e rilevanti. Nelle pagine conclusive dedicherò poi qualche breve osservazione alla seconda tesi.

¹ Sulle varie declinazioni del concetto di stato di diritto, vedi D. Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, e P. Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, entrambi in P. Costa e D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 17-88, 89-170.

1. – *La distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali*

La distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali sembra trovare la sua principale giustificazione sul piano storico, poiché le due specie di diritti appaiono storicamente legate a differenti ideologie politiche, principalmente il liberalismo e il socialismo,² e vengono riconosciuti dagli ordinamenti giuridici occidentali in momenti storici diversi. Infatti, sebbene sia possibile trovare principi che riconoscono o conferiscono (quelli che noi oggi chiameremmo) diritti sociali anche nelle prime costituzioni moderne,³ i diritti sociali nel loro complesso possono essere considerati espedienti messi in atto nel secolo scorso per rimediare a gravi storture sociali in ordinamenti che già riconoscevano a tutti gli individui alcune libertà fondamentali (tra cui la principale era indubbiamente quella di vendere e acquistare beni e servizi nel libero mercato)⁴.

Tali vicende storiche e ideologiche non implicano però che tra questi diritti possa essere tracciata una chiara distinzione ove si guardi alla struttura o all'estensione della titolarità di essi, o a qualche altro criterio rilevante agli occhi dei giuristi⁵. Di fatto, la maggior parte dei giuristi ha creduto di individuare varie differenze rilevanti tra i cosiddetti diritti di libertà e i cosiddetti diritti sociali, di volta in volta sostenendo: che i primi corrispondono a prestazioni negative e i secondi a prestazioni positive; che i primi spettano a tutti gli individui e i secondi a classi ristrette di individui; che soltanto ai primi corrispondono obblighi determinati di individui determinati; che di conseguenza soltanto i primi possono essere garantiti tramite l'esercizio del diritto di agire in giudizio; che soltanto i secondi richiedono, per essere effettivamente garantiti, l'intervento statale; che soltanto i secondi hanno un costo tale da non poter essere completamente garantiti; che soltanto i secondi si oppongono alla libertà dei mercati.

Di tutte queste differenze si può fortemente dubitare. Nelle pagine che seguono, comunque, ne esaminerò soltanto alcune, cioè quelle di cui mi sembra utile occuparmi per affrontare la questione del conflitto tra i diritti di libertà e i diritti sociali.

Prima di esaminarle è però opportuno accennare ad alcune incertezze di carattere generale che rendono l'impresa problematica. Una di queste è relativa alla definizione dei diritti soggettivi, cioè del genere in cui le specie dei diritti di libertà e dei diritti sociali sono comprese; accogliere l'una o l'altra delle definizioni proposte ha infatti conseguenze nella configurazione dei diritti di libertà e, soprattutto, dei diritti sociali, e quindi nella discussione relativa alle differenze tra essi.⁶ Ma l'incertezza più rilevante e

² Ma il legame tra il pensiero sociali e i diritti sociali va a parere di alcuni assai ridimensionato: vedi ad esempio G. Peces-Barba Martínez, "Diritti sociali: origine e concetto", *Sociologia del diritto*, 1, 2000, pp. 27-50, soprattutto alle pp. 38-39.

³ Sul ruolo dei diritti sociali nel pensiero della Francia rivoluzionaria e sul loro riconoscimento a partire dalla costituzione del 1791, vedi M. Mazziotti, "Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria", *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 147, 1954, pp. 50-104.

⁴ Per una breve storia dei diritti sociali, vedi A. Baldassarre, "Diritti sociali", in *Enciclopedia giuridica*, vol. 11, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 1-3; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 45-122. Per la storia dello stato sociale, vedi G. A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma-Bari, Laterza, 1996.

⁵ Per un panorama di alcune concezioni dei diritti sociali nella dottrina giuridica italiana, vedi B. Pezzini, *op. cit.*, pp. 19-42.

⁶ Per alcune definizioni dei diritti soggettivi, vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5, 26-33; R. Guastini, *Distinguendo*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 148; H. L. A. Hart, "Legal Rights", in *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193; W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* (1923), Torino, Einaudi, 1966, soprattutto pp. 16-45; H. Kelsen,

imbarazzante si presenta nel dare una risposta alla seguente domanda: «Che cosa si deve intendere, in conformità agli usi linguistici dei giuristi, con ‘diritti di libertà’ e con ‘diritti sociali’?».

Accade infatti che giuristi diversi propongano elenchi parzialmente diversi dei diritti appartenenti alla due classi, cosicché uno stesso diritto può risultare incluso talora nell’una e talora nell’altra classe, e talora in qualche altra classe diverse da queste⁷. Inoltre, spesso non è chiaro a che cosa i giuristi precisamente si riferiscano quando trattano di un certo diritto inserendolo in una delle due classi: se al diritto nella configurazione che sembra presentare a chi prenda in considerazione soltanto la sua formulazione costituzionale, oppure al diritto nella configurazione che concretamente assume in un dato momento nell’articolarsi della legislazione e delle interpretazioni giudiziali, oppure al valore soprastante tale diritto e ai vari modi in cui esso potrebbe essere tutelato nel nostro e in altri ordinamenti giuridici più o meno simili al nostro. Per afferrare la differenza che può correre tra queste cose, si pensi a come il diritto alla salute si presenta nelle disposizioni della nostra costituzione, a come concretamente si articola nel nostro ordinamento, cioè considerando la legislazione e le sentenze giudiziali, ed a come il valore della salute potrebbe essere tutelato in ordinamenti giuridici differenti, capitalistici e socialisti.

Non è qui possibile sciogliere tutte queste incertezze. Per quanto riguarda la definizione dei diritti soggettivi, mi limito ad assumere che questi consistano in aspettative del promovimento o della tutela di interessi individuali che l’ordinamento giuridico attribuisce ai soggetti direttamente o indirettamente, tramite norme che conferiscono diritti o stabiliscono obblighi e permessi, e siano distinguibili dalle garanzie che possono essere poste per la loro tutela⁸. Per quanto riguarda le classi dei diritti di libertà e dei diritti sociali, mi limito ad assumere che nella prima classe si trovino la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata, la cosiddetta libertà personale, l’invulnerabilità del domicilio, la libertà e la segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione, di riunione, di associazione, di culto e di manifestazione del pensiero, e che la seconda classe comprenda i diritti al lavoro, alla salute, all’istruzione, all’assistenza e alla previdenza, la libertà sindacale, il diritto di sciopero, il cosiddetto diritto all’ambiente.

1.1. – *Libertà e prestazioni*

Tutte le dichiarazioni recenti dei diritti dell’uomo comprendono, oltre ai tradizionali diritti individuali che consistono in *libertà*, i cosiddetti diritti sociali che consistono in *poteri*. Le prime richiedono da parte degli altri (ivi compresi gli organi pubblici)

La dottrina pura del diritto (1960), Torino, Einaudi, 1966, pp. 148-168; M. H. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998; N. L. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P. M. S. Hacker e J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 189-209; A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), Torino, Einaudi, 1965, pp. 165-167. Un’ottima esposizione del dibattito sulla definizione dei diritti in area anglosassone può trovarsi in B. Celano, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-58.

⁷ Un’analoga osservazione può trovarsi in L. Principato, “I diritti costituzionali e l’assetto delle fonti dopo la riforma dell’art. 117 della Costituzione”, *Giurisprudenza costituzionale*, 47, 2002, pp. 1169-1191, alle pp. 1176-1177.

⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *op. cit.*, soprattutto pp. 5, 26-33; N. L. MacCormick, *op. cit.*

obblighi puramente negativi, di astenersi da determinati comportamenti; i secondi possono essere realizzati solo se vengono imposti ad altri (ivi compresi gli organi pubblici) un certo numero di obblighi positivi⁹.

In questo passo Norberto Bobbio adotta una posizione molto diffusa sulla distinzione tra i diritti di libertà e i diritti sociali, assumendo che un individuo abbia un diritto di libertà se ha il diritto che gli altri (e innanzitutto lo stato) si astengano dal tenere determinati comportamenti, e abbia invece un diritto sociale se ha il diritto che altri (e innanzitutto lo stato) tengano determinati comportamenti, ovvero gli forniscano determinate prestazioni¹⁰. Se questa posizione renda davvero conto dei caratteri dei cosiddetti diritti di libertà e dei cosiddetti diritti sociali è la questione che adesso deve essere affrontata.

1.1.1. – *Sei figure elementari di diritti*

La distinzione di Bobbio tra diritti cui corrispondono obblighi negativi e diritti cui corrispondono obblighi positivi è chiaramente non esaustiva e può inoltre essere considerata poco precisa. Può essere considerata poco precisa perché nell'ambito dei diritti cui corrispondono obblighi di non agire possono essere utilmente distinti diritti di due diverse specie: quelli che potrebbero essere chiamati *diritti di agire*, dei quali un individuo è titolare se può compiere determinate azioni senza interferenze da parte di altri individui, e quelli che potrebbero essere chiamati *diritti a prestazioni negative*, dei quali un individuo è titolare se altri devono astenersi (non dall'interferire con una sua azione, ma) dal compiere azioni lesive di un suo interesse. Inoltre, è chiaramente non esaustiva, perché i diritti possono avere ad oggetto non solo azioni (per così dire) materiali (muoversi, parlare, mangiare, ecc.), ma anche atti giuridici (leggi, sentenze giudiziali, contratti, ecc.), cioè azioni provviste di effetti giuridici.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, si può notare che un individuo, così come può avere il diritto di compiere un'azione, cioè un *diritto di agire*, può avere il diritto di compiere un atto giuridico provvisto di effetti sulla propria e sull'altrui posizione giuridica, cioè un *potere di autonomia*. I diritti di agire e i poteri appaiono chiaramente diversi considerando sia i risultati del loro esercizio sia le condizioni della loro titolarità.¹¹ Sotto il primo profilo, si può rilevare che l'esercizio di un diritto di agire ha

9 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 13.

10 Tra gli autori che condividono una posizione di questo tipo ricordo R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 482-483; P. Calamandrei, "L'avvenire dei diritti di libertà", in *Opere giuridiche*, vol 3, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, pp. 183-210, alle pp. 199-200; G. Corso, "Diritti umani", *Ragion pratica*, 7, 1996, pp. 59-67; L. Ferrajoli, "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona", in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 263-292, alle pp. 273-274, 277, e *op. cit.*, nota 8, pp. 355-357; R. Guastini, *Distinguendo*, cit., p. 154; M. Mazziotti, "Diritti sociali", in *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-807, alle pp. 804-805; L. Principato, "I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali", *Giurisprudenza costituzionale*, 46, 2001, pp. 873-901, alla p. 890; I. Trujillo Pérez, "La questione dei diritti sociali", *Ragion pratica*, 14, 2000, pp. 43-63, alle pp. 61-62; D. Zolo, "La strategia della cittadinanza", in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza*, cit., pp. 3-46, alle pp. 30-31.

11 La distinzione tra i poteri di autonomia e le posizioni giuridiche che qui denomino diritti di agire è tracciata in modi non troppo diversi nelle più note teorie del diritto del Novecento: vedi H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, 1965, pp. 34-51; H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 287-289; A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), Torino, Einaudi, 1965, pp. 156-158, 204-206. Per questa stessa distinzione,

quale risultato un'azione, e dunque il movimento di un corpo, il mutamento di uno stato di cose del mondo reale; l'esercizio di un potere, invece, ha quale risultato un mutamento nell'universo degli obblighi e dei diritti degli individui. Sotto il secondo profilo, si può rilevare che affinché un individuo *I* sia titolare di un diritto di agire è sufficiente che l'ordinamento giuridico conferisca a *I* il permesso di compiere un'azione *X* e imponga a tutti gli altri individui il divieto di impedire a *I* di fare *X* e di costringere *I* a fare *X*; affinché *I* sia titolare di un potere è invece necessario che l'ordinamento giuridico, oltre a conferire a *I* il permesso di compiere un'azione *X* e a vietare a tutti gli altri individui di impedire a *I* di fare *X* e di costringere *I* a fare *X*, stabilisca che l'esecuzione di *X* da parte di *I* comporta la produzione o il mutamento di obblighi e diritti.

I poteri di autonomia non sono i soli diritti che hanno ad oggetto atti giuridici. Infatti, un individuo, così come può avere il diritto che altri non compiano determinate azioni, cioè il *diritto a una prestazione negativa*, può avere il diritto che altri non compiano un atto giuridico provvisto di un determinato contenuto, tale da comportare la lesione di un suo diritto (*immunità*). Infine, un individuo, così come può avere il diritto che altri compiano determinate azioni, cioè il *diritto a una prestazione positiva*, può avere il diritto che altri compiano un determinato atto giuridico o un atto giuridico provvisto di un determinato contenuto, tale da comportare l'effettivo godimento di un suo diritto (*diritto a atti giuridici*).

Qui di seguito, ecco dunque l'elenco dei diritti che abbiamo distinto.¹²

(a) *Diritti di agire*. Un soggetto ha un *diritto di agire* se non ha l'obbligo né il divieto di compiere un'azione *X* e tutti gli altri individui hanno l'obbligo di non costringerlo a fare *X* e di non impedirgli di fare *X*.¹³ Ove si assuma che un soggetto abbia il *permesso* di fare *X* se non ha l'obbligo né il divieto di fare *X* e che abbia una *pretesa* al comportamento di altri individui nel caso in cui questi abbiano l'obbligo di fare o non fare qualcosa nel suo interesse, si può asserire che un diritto di agire consiste nella congiunzione di un permesso e di una pretesa: il permesso di un soggetto di fare *X* e la pretesa che gli altri individui si astengano dal costringerlo a fare *X* e dall'impedirgli di fare *X*.¹⁴ Un diritto di questo tipo può essere ad esempio considerato il diritto di manifestare il proprio pensiero.

(b) *Diritti a prestazioni negative*. Un soggetto ha il *diritto a una prestazione negativa* se ha la pretesa che un altro individuo, altri individui o tutti gli altri individui si astengano dal compiere determinate azioni, cioè se questi hanno, nel suo interesse,

nell'ambito di una discussione simile quella qui condotta, vedi anche L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 8, 282-297; G. F. Gaus, "Property, Rights, and Freedom", *Social Philosophy & Policy*, 11, 2, 1994, pp. 209-240, alle pp. 226-228.

¹² Molto nota è la distinzione di quattro tipi di diritti elaborata da W. N. Hohfeld, *op. cit.*, pp. 16-45, e con essa è imparentata quella che qui propongo. Ritengo che la distinzione di Hohfeld sia per certi aspetti migliore di quest'ultima, ma meno adeguata ai fini della presente discussione.

¹³ Questa formulazione non tiene conto dell'eventualità che a più individui sia conferito uno stesso diritto che essi non possono tutti esercitare (o non possono tutti esercitare nello stesso momento), per il fatto che l'esercizio da parte dell'uno impedisce l'esercizio da parte dell'altro (per capirci, nel caso in cui a più individui sia conferito il diritto di sedere su una stessa sedia, accadrà che uno, esercitando tale diritto, impedirà agli altri di esercitarlo). Una formulazione che tiene conto di questa eventualità può trovarsi in E. Diciotti, "Libertà, proprietà e contratti: un'indagine sui diritti", in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 125-174, alla p. 131.

¹⁴ Cfr. R. Alexy, *op. cit.*, pp. 214-227; H. L. A. Hart, "Legal Rights", cit., pp. 171-173; G. H. von Wright, *Norma e azione* (1963), Bologna, il Mulino, 1989, pp. 135-136.

l'obbligo di astenersi dal compiere una o più azioni *Y*. La differenza tra diritti di agire e diritti a prestazioni negative è abbastanza chiara: vi è un diritto a prestazioni negative se le azioni *Y* la cui esecuzione è vietata non avrebbero il semplice effetto di impedire al titolare del diritto di compiere un'azione *X* o di costringerlo a compiere l'azione *X*, ma avrebbero l'effetto di procurare una lesione a un bene o un interesse *Z* del titolare del diritto.¹⁵ Un diritto di questo tipo è ad esempio il diritto di non subire danni fisici da parte di altri individui.

(c) *Diritti a prestazioni positive*. Un soggetto ha il *diritto a una prestazione positiva* se ha la pretesa che un altro individuo, altri individui o tutti gli altri individui compiano determinate azioni, cioè se questi hanno, nel suo interesse, l'obbligo di compiere una o più azioni *Y*. Un diritto di questo tipo è ad esempio il diritto dei bambini alle cure dei genitori.

(d) *Poteri di autonomia*. Un individuo ha un *potere di autonomia* se ha la competenza di eseguire determinati atti giuridici tra i cui effetti vi è quello di modificare la propria posizione giuridica, cioè se egli, compiendo determinate azioni da solo o insieme ad altri, può mutare o contribuire a mutare l'insieme degli obblighi e diritti propri e, eventualmente, altrui. Una distinzione rilevante è quella tra i *poteri di autonomia pubblica* e i *poteri di autonomia privata*, che dipende dalla distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato.¹⁶ Ad esempio, il diritto di stipulare contratti è un potere di autonomia privata, mentre il diritto di voto nelle democrazie è un potere di autonomia pubblica.

(e) *Immunità*. Un individuo ha un'*immunità* se ha un diritto che non può venir meno in conseguenza dell'esercizio del potere da parte di altri individui, che pure possono mutare alcuni dei suoi obblighi e diritti. Ad esempio, i diritti conferiti da una costituzione rigida danno luogo a immunità, in quanto non possono essere abrogati tramite l'esercizio del potere legislativo.

(f) *Diritti a atti giuridici*. Un individuo ha un *diritto a un atto giuridico* se ha la pretesa che un altro individuo o altri individui compiano un atto giuridico, ovvero un atto giuridico provvisto di un determinato contenuto, dal quale dipende l'effettivo godimento o la tutela di un proprio diritto. Un diritto di questo tipo è ad esempio il diritto delle parti del processo alla pronuncia di una sentenza, così come il diritto di un individuo che gli sia venduta una merce presso un pubblico esercizio.

I diritti qui elencati sono da considerare *figure elementari di diritti*.¹⁷ I diritti nominati nei testi di legge e nelle opere dei giuristi comprendono spesso una pluralità di queste figure: ad esempio, il diritto di proprietà si compone per lo meno di un diritto di agire, di un diritto a prestazioni negative, di un potere di autonomia privata e, nel nostro ordinamento, dà luogo a immunità. La distinzione delle figure elementari di diritti non

¹⁵ Evidentemente, il danno prodotto a un individuo violando un suo diritto a prestazioni negative può avere riflessi per quanto concerne la possibilità di esercitare qualche diritto di agire, (per capirci, se qualcuno viene torturato asportandogli la lingua, un suo diritto a prestazioni negative viene violato ed egli non sarà successivamente in grado di manifestare il proprio pensiero con la parola). Però, non ogni violazione di diritti a prestazioni negative ha conseguenze di questo genere (ad esempio, la violazione del domicilio costituisce violazione di un diritto a prestazioni negative cui non necessariamente consegue un'impossibilità di esercitare diritti di agire) e, comunque sia, è innegabile che alcune prestazioni negative sono predisposte dall'ordinamento giuridico allo scopo di garantire una facoltà di agire, mentre altre sono predisposte allo scopo di tutelare beni o interessi.

¹⁶ Sui due tipi di potere vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 282-297; H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 168-181.

¹⁷ Si potrebbe anche dire: «situazioni giuridiche semplici, elementari, "atomiche"» (R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 42).

corrisponde dunque a una distinzione dei diritti di cui si occupano i giuristi, ma può rivelarsi utile per un'analisi di questi.

In particolare, può essere utile per mostrare che la distinzione tra i cosiddetti diritti di libertà e i cosiddetti diritti sociali è meno chiara di quanto ritenga Bobbio, poiché gli uni e gli altri si compongono in effetti di una nebulosa di varie figure elementari¹⁸.

1.1.2. – *Diritti di libertà e diritti sociali come insiemi di figure elementari di diritti*

La libertà di circolazione e la libertà di manifestazione del pensiero consistono in diritti di agire, poiché un individuo ne è titolare se ha il permesso di compiere le azioni necessarie per muoversi su un territorio e per esprimere le proprie opinioni ed ha la pretesa che tutti gli altri individui si astengano dal costringerlo a compiere tali azioni e dall'impedirgli di compierle. Invece, l'inviolabilità del domicilio, che pure viene concepita come un diritto di libertà, consiste essenzialmente nel diritto a una prestazione negativa, poiché un individuo ne è titolare (non in quanto ha il permesso di compiere determinate azioni al riparo dalle altrui interferenze, ma) in quanto gli altri individui hanno l'obbligo di non compiere determinate azioni lesive di un suo interesse, azioni che consistono nell'invasione senza il suo consenso il luogo in cui abitualmente vive o lavora.

Sebbene corrispondano a figure elementari differenti, questi diritti presentano tutti quel carattere che secondo Bobbio è distintivo dei diritti di libertà: corrispondono a prestazioni negative, ovverosia a obblighi di astenersi dal compiere determinate azioni. Ma si può sostenere che tutti i diritti di libertà, in ogni loro componente o articolazione, consistono esclusivamente in diritti che corrispondono a prestazioni negative?

Certamente la cosiddetta libertà di iniziativa economica privata, che è spesso concepita come un diritto di libertà, non consiste unicamente in un diritto corrispondente a prestazioni negative, poiché esserne titolare significa avere, principalmente, la competenza di stipulare contratti, ovverosia un potere di autonomia privata. Inoltre, almeno alcuni diritti di libertà sembrano richiedere anche prestazioni positive: ad esempio, la libertà di circolazione sembra richiedere la creazione e il mantenimento di strade pubbliche, forze di polizia che nelle circostanze appropriate regolino il traffico onde evitare code e intasamenti e altro personale che rimuova eventuali ostacoli (come, ad esempio, autoveicoli danneggiati in un incidente) alla circolazione¹⁹.

Dunque, mentre da una parte non si può sostenere che i diritti di libertà sono esclusivamente diritti che corrispondono a prestazioni negative, dall'altra parte non si può neppure sostenere che tutti i diritti a prestazioni positive sono diritti sociali. Per quanto concerne questo secondo aspetto, all'osservazione che almeno uno dei diritti di

¹⁸ A conclusioni analoghe pervengono R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 102-104, e "Diritti e fraintendimenti", *Ragion pratica*, 14, 2000, pp. 15-25, alle pp. 15-19; M. Luciani, "Sui diritti sociali", in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. 2, Padova, CEDAM, 1995, pp. 97-134, alle pp. 118-121. L'eterogeneità dei diritti sociali sotto il profilo della struttura è mostrata da G. Corso "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, pp. 755-784, alle pp. 762-775, e asserita da A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, 2 ed., Padova, CEDAM, 1992, nota 6, p. 60. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 15-22, sostiene l'impossibilità di individuare qualsivoglia caratteristica comune dei diritti sociali.

¹⁹ Cfr. A. Pace, *op. cit.*, nota 1, p. 28.

libertà costituisce anche, in una sua ragionevole articolazione, un diritto a prestazioni positive, si può adesso aggiungere l'osservazione che vi sono anche altri diritti a prestazioni positive che non sono in genere inclusi nella classe dei diritti sociali: ad esempio, il diritto di ogni individuo di essere soccorso in caso di pericolo (almeno in determinate circostanze), che nel nostro ordinamento dipende dalla norma espressa dall'art. 593 cod. pen.

E si può anche negare che i diritti sociali siano riducibili a diritti a prestazioni positive. È evidente che il diritto alla salute e il diritto all'istruzione, in quanto comprendono il diritto di essere curati e il diritto di ricevere un'istruzione, consistono anche in diritti a prestazioni positive. Ma lo stesso diritto alla salute, in quanto si articola – così come viene spesso sostenuto – anche nel diritto di non subire danni alla salute in conseguenza dell'azione altrui (e dunque anche come diritto di vivere in un ambiente salubre), è anche un diritto a prestazioni negative, un analogo della cosiddetta inviolabilità del domicilio. E si potrebbe sostenere che il diritto di sciopero consiste principalmente in un'immunità, poiché esserne titolari significa non poter essere licenziati in seguito a determinate astensioni dal lavoro²⁰.

Si può inoltre notare che i diritti sociali, o almeno alcuni di essi, sono anche diritti di agire. Lo è ad esempio la libertà sindacale²¹. E lo sono anche il diritto al lavoro, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione, in quanto comprendono i diritti di scegliere, entro certi limiti, se e come lavorare, curarsi, istruirsi, e quindi i diritti di svolgere queste attività senza essere ostacolati²².

Ma vi è di più: si può mostrare che i diritti di agire equivalgono a diritti di far uso di beni e che dunque alcuni diritti sociali comprendono diritti di agire anche per il fatto di articolarsi, fra le altre cose, in diritti di far uso di beni. Sulla relazione tra diritti di agire e diritti di far uso di beni, tanto importante quanto trascurata dai giuristi, è opportuno soffermarsi.

1.1.3. – *Diritti di libertà e diritti sociali come diritti di far uso di beni o di consumare beni*

Per mettere in evidenza la relazione tra diritti di agire e diritti di far uso di beni, esaminiamo due affermazioni: (a) l'affermazione che in questo momento, conformemente alle norme del nostro ordinamento, un individuo *I* ha il diritto di entrare nell'abitazione posta in via Leopardi 4, a Siena; (b) l'affermazione che in questo momento, conformemente alle norme del nostro ordinamento, un individuo *I* ha il diritto di guidare un'automobile. Com'è ovvio, affinché queste affermazioni siano fondate bisogna che siano soddisfatte alcune condizioni: ad esempio, la condizione che *I* non sia soggetto a una pena detentiva, che sia maggiorenne e che abbia la patente di guida. Tra le condizioni che devono essere soddisfatte, però, ve n'è una che, se non adeguatamente chiarita, può suscitare qualche perplessità in molti studiosi di diritto.

20 Vedi P. Calamandrei, "Significato costituzionale del diritto di sciopero", in *Opere giuridiche*, vol 3, cit., pp. 443-469, alle pp. 452-453.

21 Vedi A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 18; E. Forsthoft, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), Milano, Giuffrè, 1973, p. 47.

22 Per il contenuto che nel nostro ordinamento è attribuito a questi diritti vedi A. Baldassarre, *op. cit.*, pp. 14-21, 24-27; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 373-377, 395-404, 409-412; C. Salazar, *op. cit.*, pp. 43-54, 73-82, 95-119.

Per chiarirla è bene rammentare la nostra definizione dei diritti di agire, secondo cui avere un diritto di agire, cioè il diritto di compiere un'azione o determinate azioni *X*, significa avere il permesso di fare *X* e la pretesa che gli altri si astengano dall'impedirvi di fare *X* e dal costringervi a fare *X*. Data questa definizione, non si può affermare che *I* ha il diritto di entrare nell'abitazione posta in via Leopardi 4 se *I* non ha il permesso di entrarvi; non si può affermare che *I* ha il diritto di guidare un'automobile se *I* non ha il permesso di guidarla.

Ebbene, tra le condizioni che devono essere soddisfatte affinché in questo momento *I* abbia il permesso di fare queste cose, ve n'è una che riguarda la proprietà dell'abitazione di via Leopardi 4 e la proprietà delle automobili. Infatti, *I* non ha il permesso di entrare nell'abitazione di via Leopardi 4 se non è proprietario di quell'abitazione e se non ha ricevuto tale permesso dal proprietario (tramite un contratto di locazione o in qualche altro modo appropriato). Inoltre, *I* non ha il permesso di guidare un'automobile se non è proprietario di alcuna automobile e se non ha ricevuto il permesso di guidare una determinata automobile *Z* dal proprietario di essa.

È possibile che qualche giurista sia persuaso dall'affermazione relativa al primo caso più di quanto lo sia dall'affermazione relativa al secondo caso; eppure tra i due casi non vi è alcuna differenza rilevante. *I* non può avere il permesso di entrare in un determinata abitazione se non ne è il proprietario o se non ha ricevuto tale permesso dal proprietario; analogamente, *I* non può avere il permesso di guidare un'automobile se non ne è il proprietario o se non ha ricevuto tale permesso dal proprietario. Dunque, ove non si verifichi una di queste circostanze, non è possibile affermare, sulla base della nostra definizione dei diritti di agire, che *I* ha il diritto di entrare in quell'abitazione, o che *I* ha il diritto di guidare un'automobile.

Ecco, schematicamente, il ragionamento qui compiuto:

[i] Se *I* non ha il permesso di guidare un'automobile, allora non ha il diritto di guidare un'automobile.

[ii] Se *I* non è proprietario di un'automobile e non è autorizzato dal proprietario di un'automobile, allora non ha il permesso di guidare un'automobile.

[iii] Se *I* non è proprietario di un'automobile e non è autorizzato dal proprietario di un'automobile, allora non ha il diritto di guidare un'automobile.

Una riflessione su questo caso e su altri analoghi conduce alla seguente conclusione: ove si assuma che un bene sia una cosa provvista di un valore economico o che potrebbe acquisire un valore di questo tipo, si deve affermare che vi è una necessaria relazione tra diritti di agire e diritti di far uso di beni, in quanto compiere un'azione implica far uso di uno o più beni e in quanto far uso di uno o più beni implica compiere una o più azioni²³.

Ogni azione è compiuta in uno spazio fisico: dunque, per compiere una qualsiasi azione è necessario utilizzare un appropriato spazio fisico. Molte azioni, inoltre,

²³ Della relazione tra la libertà di agire e la libertà di utilizzare beni (ovvero la proprietà dei beni) mi sono occupato in E. Diciotti, *op. cit.* Tra gli autori ai quali non è sfuggita questa relazione ricordo G. A. Cohen, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 55-59, e "Capitalismo, libertà e proletariato" (1991), in I. Carter e M. Ricciardi (a cura di), *L'idea di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 161-181, alle pp. 167-172; T. Gray, *Freedom*, London, Macmillan, 1990, soprattutto pp. 145-154; H. L. A. Hart, "Rawls sulla libertà e la sua priorità" (1973), in H. L. A. Hart e J. Rawls, *Le libertà fondamentali*, a cura di P. Marrone, Torino, La Rosa, 1994, pp. 3-29, alle pp. 8-9; E. Loewinson, "Liberty and the Redistribution of Property", *Philosophy & Public Affairs*, 6, 1976-77, pp. 226-239; C. C. Ryan, "Il tuo, il mio e il nostro: diritti di proprietà e libertà individuale" (1977), *Biblioteca della libertà*, 24, 1984, pp. 123-146, alle pp. 138-146; H. Sidgwick, *I metodi dell'etica* (1874), Milano, il Saggiatore, 1995, pp. 305-309; H. Steiner, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994, soprattutto pp. 86-101.

possono essere compiute soltanto facendo uso o consumo di appropriati beni mobili: dunque, per compiere molte azioni è necessario utilizzare sia un determinato spazio fisico sia uno o più beni mobili. Ad esempio, per circolare su un territorio e per manifestare il proprio pensiero con la parola è sufficiente utilizzare (oltre che il proprio corpo) un adeguato spazio fisico; per manifestare il proprio pensiero con lo scritto è necessario utilizzare anche alcuni beni mobili, come fogli di carta, penne, attrezzature per la stampa, ecc.

Ciò implica che un diritto di agire, cioè il diritto di compiere una o più azioni, consiste in un diritto di far uso o consumo di beni. Ad esempio, la libertà di circolazione e la libertà di manifestare il pensiero con la parola, in quanto si compongono di diritti di agire, consistono in diritti di far uso di uno spazio fisico adeguato; infatti, non si può dire che qualcuno abbia il diritto di circolare su un territorio se non vi è uno spazio in cui abbia il diritto di muoversi, né che abbia il diritto di manifestare il proprio pensiero se non vi è uno spazio in cui abbia il diritto di esprimere le proprie opinioni. La libertà di manifestare il pensiero con lo scritto, in quanto si compone di un diritto di agire, consiste sia in un diritto di far uso di uno spazio fisico adeguato sia in un diritto di far uso dei beni mobili necessari per manifestare il pensiero con lo scritto; infatti, non si può dire che qualcuno abbia il diritto di manifestare il proprio pensiero con lo scritto se non vi è uno spazio in cui abbia il diritto di scrivere ciò che vuole e se non vi sono fogli di carta, penne, ecc. che abbia il diritto di utilizzare.

Così come tutti i diritti di agire sono diritti di far uso di beni, tutti i diritti di far uso di beni sono diritti di agire. Far uso di un bene significa infatti compiere una qualche azione.

Ciò rende palese che una componente fondamentale dei diritti di proprietà è costituita da diritti di agire. Il proprietario di un bene, infatti, ha (tra le altre cose) il permesso di farne uso in vari modi e la pretesa che tutti gli altri individui si astengano dall'impedirgli di farne uso e dal costringerlo a farne uso.

Da ciò, inoltre, appare evidente che anche alcuni diritti sociali possono comporsi (anche) di diritti di agire, in quanto possono comprendere diritti di utilizzare o consumare beni. Ad esempio, il diritto all'istruzione può comprendere, per tutti o per i meno abbienti, il diritto di occupare (senza aver pagato un corrispettivo) uno spazio in un'aula scolastica o universitaria e di utilizzare (senza averli dovuti acquistare) i libri necessari per seguire un certo corso di studi. Oppure, il diritto alla salute può comprendere, per tutti o per i meno abbienti, il diritto di occupare (senza il pagamento di un corrispettivo) un letto in un ospedale e il diritto di utilizzare (senza averli dovuti acquistare) medicinali necessari per la cura di determinate malattie.

Si potrebbe obiettare che in questi esempi vengono in evidenza, piuttosto che diritti di agire (o, che è lo stesso, diritti di utilizzare beni), diritti a prestazioni positive. Infatti, affinché un individuo possa utilizzare, senza aver pagato un corrispettivo, aule scolastiche, libri, letti di ospedale e medicinali, bisogna ragionevolmente che altri facciano qualcosa: che vi sia qualcuno che accerti che egli possiede i requisiti appropriati, qualcun altro che gli metta a disposizione o gli consegni tali beni, e prima di tutto un'organizzazione statale che agisca in modo da rendere disponibili beni di quel genere per tutti gli individui che possiedono i requisiti appropriati, producendoli in proprio o reperendoli sul mercato.

Ora, non è chiaro se tutte queste attività siano richieste da obblighi corrispondenti al diritto all'istruzione e del diritto alla salute. Si potrebbe infatti sostenere che i soli obblighi corrispondenti a un diritto siano quelli che possono essere considerati obblighi verso un singolo titolare del diritto, per cui non sia corrispondente al diritto

all'istruzione o al diritto alla salute il presunto obbligo dello stato di produrre o di reperire i beni necessari per assicurare il godimento di tali diritti a tutti i titolari²⁴. Ad ogni modo, anche se assumiamo che tutte le attività sopra menzionate debbano essere eseguite in ragione di obblighi corrispondenti al diritto all'istruzione e al diritto alla salute, non viene meno quanto ho prima affermato: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute si compongono anche di diritti di far uso di beni, cioè di diritti di agire.

Infatti, soltanto in quanto si ritiene che il nocciolo (o uno dei noccioli) del diritto all'istruzione e del diritto alla salute sia costituito dal diritto di utilizzare determinati beni, si può sostenere che tutte le attività sopra menzionate dipendano da obblighi corrispondenti al diritto all'istruzione e al diritto alla salute. In altri termini, è il diritto di utilizzare determinati beni ad implicare in vario modo un insieme di obblighi la cui osservanza è necessaria per consentire ai titolari di esso l'uso effettivo di tali beni.

La conclusione è dunque che sia i cosiddetti diritti di libertà sia i cosiddetti diritti sociali comprendono diritti di agire e varie altre figure elementari di diritti. Per cui deve essere respinta l'idea che la distinzione tra diritti cui corrispondono prestazioni negative e diritti cui corrispondono prestazioni positive coincida con la distinzione tra i cosiddetti diritti di libertà e i cosiddetti diritti sociali.

Si può forse sostenere che alcuni di questi diritti, pur articolandosi in vari modi, presentano un nocciolo costituito da una singola figura elementare e che ciò accade più frequentemente per i diritti di libertà: a questo proposito un esempio è fornito dalla libertà di manifestazione del pensiero, che essenzialmente consiste in un diritto di agire. Ma quest'idea implica comunque che la distinzione tra i diritti di libertà e i diritti sociali sia incerta e approssimativa, cioè molto diversa da come viene spesso presentata.

Tanto più incerta appare poi ove i diritti vengano immaginati nelle articolazioni che potrebbero acquisire in ordinamenti diversi da quello cui facciamo riferimento o in società provviste di differenti tecnologie.

Immaginiamo ad esempio un mondo futuro in cui non esistano più medici, almeno come noi li concepiamo, poiché vi sono macchinari complessi e costosi, ma facili da utilizzare, che da soli elaborano diagnosi e forniscono i farmaci appropriati. Immaginiamo che in una società di questo mondo ogni individuo adulto sia provvisto di un tesserino magnetico che gli consenta di utilizzare, quando ritiene di averne bisogno, uno di questi macchinari, raccolti in grande quantità in edifici equivalenti, più o meno, ai nostri ospedali. Ebbene, in tale società la componente preponderante del diritto alla salute sarebbe certamente costituita da un diritto di far uso di beni, ovvero da una forma di proprietà di beni simile, se non identica, alla proprietà comune.²⁵ le prestazioni di medici e infermieri sarebbero sostituite dalle meravigliose attività delle macchine, cosicché diventerebbe molto meno plausibile l'etichetta di diritto a prestazioni positive comunemente applicata a tale diritto.

Oppure pensiamo ai tratti che ha acquisito la libertà di manifestazione del pensiero nel momento in cui per esprimere le proprie opinioni sono divenute utilizzabili trasmissioni radiofoniche e televisive, le quali richiedono l'occupazione di una quantità piuttosto limitata di bande di frequenza.

²⁴ Cfr. G. Corso, "I diritti sociali nella Costituzione italiana", cit., pp. 762, 766.

²⁵ Per una distinzione fra tre tipi di proprietà: proprietà privata, proprietà pubblica e proprietà comune (o collettiva), rinvio a H. Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review*, 57, 1967, pp. 347-359, alla p. 354, ed a E. Diciotti, "Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale", *Ragion pratica*, 20, 2003, pp. 111-148, alle pp. 119, 133-139.

Oppure pensiamo ai tratti, notevolmente diversi da quelli che conosciamo, che il diritto al lavoro potrebbe assumere in una società socialista in grado di garantire la piena occupazione: in essa tale diritto potrebbe costituire l'altra faccia dell'obbligo delle imprese di dare un posto di lavoro ai disoccupati. O, infine, pensiamo ai tratti che potrebbe assumere il diritto all'assistenza sociale in una società comunista in cui fosse realizzato il principio «A ognuno secondo i suoi bisogni».

1.2. – *Diritti di libertà e diritti sociali tra universalità e particolarità*

I diritti di libertà negativa, i primi diritti riconosciuti e protetti, valgono per l'uomo astratto. [...] Rispetto ai diritti di libertà vale il principio che gli uomini sono eguali. [...] Questo tipo di eguaglianza è quello che viene enunciato, ad esempio, nell'art. 1 della Dichiarazione universale [...] «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti», il cui significato è che tutti gli uomini nascono eguali nella libertà, nel duplice senso dell'espressione: «Gli uomini hanno egual diritto alla libertà», «Gli uomini hanno diritti a una egual libertà». [...] Questa universalità, o indistinzione, o indiscriminazione, nell'attribuzione e nell'eventuale godimento dei diritti di libertà, non vale nei riguardi dei diritti sociali, [...] di fronte ai quali gli individui sono solo genericamente eguali, ma specificamente non lo sono. [...] Solo genericamente e retoricamente si può affermare che tutti sono eguali rispetto ai tre diritti sociali fondamentali, al lavoro, all'istruzione e alla salute [...]. E non si può dire, perché nell'attribuzione dei diritti sociali non si può non tener conto di differenze specifiche, che sono rilevanti per distinguere un individuo da un altro, o meglio un gruppo d'individui da un altro. [...] Rispetto al lavoro sono rilevanti differenze di età e di sesso; rispetto all'istruzione sono rilevanti differenze tra bambini normali e bambini che normali non sono; rispetto alla salute sono rilevanti differenze fra adulti e anziani²⁶.

Secondo l'idea qui espressa da Bobbio, la differenza tra i diritti di libertà e i diritti sociali sta nel fatto che gli individui sono eguali di fronte ai primi e diseguali di fronte ai secondi, ovvero nel fatto che soltanto i primi sono universali²⁷. Quest'idea, molto diffusa ma tutt'altro che chiara, sarà adesso brevemente esaminata e discussa.

Come ho prima cercato di mostrare, nell'insieme dei diritti sociali sono inclusi diritti piuttosto diversi quanto a struttura e ai quali, dunque, possono difficilmente essere attribuiti gli stessi caratteri rilevanti. Adesso, per brevità e per conferire alla tesi esaminata una certa plausibilità iniziale, prenderò principalmente in considerazione il diritto all'istruzione e il diritto alla salute, che presentano indubbe somiglianze e che meglio sembrano confacenti a tale tesi.

26 N. Bobbio, *op. cit.*, pp. 69-71.

27 Per questa idea vedi anche J. M. Barbalet, *Cittadinanza* (1988), Padova, Liviana, 1992, pp. 106-107; M. C. Cavallaro, "I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", *Ragion pratica*, 14, 2000, pp. 27-41, alla p. 28; G. Corso, "Diritti umani", *cit.*, pp. 62-64, e "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *cit.*, pp. 759-762; G. Peces-Barba Martínez, "Diritti sociali: origine e concetto", *cit.*, pp. 47-49.

1.2.1. – *L'universalità dei diritti di libertà e dei diritti sociali*

Se guardiamo alle formulazioni dalla Costituzione italiana, possiamo notare che il diritto all'istruzione e il diritto alla salute, almeno in alcune delle loro articolazioni, sono conferiti a tutti gli individui. Infatti, secondo l'art. 32 «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo [...]», mentre secondo l'art. 34 «La scuola è aperta a tutti».

Però lo stesso art. 32 Cost. riserva soltanto a una classe ristretta di individui alcune prestazioni comprese nel diritto alla salute, in quanto stabilisce che la Repubblica «garantisce cure gratuite agli indigenti». Inoltre, lo stesso art. 34 Cost. stabilisce che soltanto i capaci e meritevoli hanno diritto a borse di studio. E, volendo riferirsi a qualche altro diritto sociale, si può notare che l'art. 38 Cost. conferisce espressamente il diritto all'assistenza soltanto a una ristretta classe di individui, stabilendo che «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale».

Per contro, i cosiddetti diritti di libertà sono conferiti dalla nostra costituzione a tutti gli individui o, in alcuni casi, a tutti i cittadini.

Da soli, però, questi dati non forniscono una risposta soddisfacente alla questione se i diritti sociali siano diversi dai diritti di libertà sotto il profilo dell'universalità. Essi costituiscono piuttosto il punto di partenza per alcune considerazioni.

Innanzitutto, si deve osservare che il conferimento di alcuni diritti sociali (o di alcuni dei diritti elementari in cui si articolano i vari diritti sociali) a classi ristrette di individui è contingente, nel senso che dipende dalle scelte di un particolare organo costituente: ad esempio, il diritto a cure gratuite è conferito dalla nostra costituzione ai soli indigenti, ma è possibile immaginare ordinamenti in cui sia conferito a tutti gli individui. Ebbene, il fatto che il diritto a cure gratuite (o un altro simile diritto) sia considerato un diritto sociale non dipende ragionevolmente dal fatto che è contingentemente conferito a una classe ristretta di individui; si può infatti supporre che esso sarebbe considerato un diritto sociale anche nel caso in cui fosse conferito a tutti gli individui²⁸.

D'altra parte, anche alcuni diritti di libertà non sono conferiti a tutti gli individui. Se andiamo al di là dell'apparenza della formulazione costituzionale, possiamo ad esempio notare che la libertà di circolazione non spetta a chi svolge servizio di leva e a chi sconta una pena in un carcere. E così come si possono immaginare ordinamenti in cui davvero tutti abbiano tale diritto, se ne possono immaginare altri in cui esso sia conferito a classi ancora più ristrette di individui.

Si deve ammettere che vi sono diritti sociali il cui conferimento a classi ristrette di individui non è contingente, nel senso che essi non potrebbero, o non potrebbero ragionevolmente, essere conferiti a tutti gli individui. Un esempio è costituito dal diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, che la nostra costituzione riserva ai cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere: tale diritto, infatti, può essere ragionevolmente garantito ad alcuni soltanto se altri svolgono una qualche attività lavorativa.

²⁸ In altri termini, diversamente da ciò che alcuni studiosi sembrano sostenere (M. C. Cavallaro, *op. cit.*, p. 28; G. Corso, "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *cit.*, p. 759), non mi sembra ragionevole assumere che uno stesso diritto costituisca un diritto di libertà in un ordinamento in cui sia conferito a tutti gli individui e un diritto sociale in un altro ordinamento in cui sia conferito soltanto a una classe ristretta di individui.

Però, anche se si ammette che questo aspetto di alcuni diritti sociali sia rilevante o degno di attenzione, non si dovrebbe trascurare che anche tra i cosiddetti diritti di libertà vi è qualche diritto che non può essere conferito a tutti gli individui. Uno di questi è certamente il diritto all'inviolabilità del domicilio, che non può spettare a chi manchi di un domicilio; un altro è costituito dalla segretezza della corrispondenza, che necessariamente spetta soltanto a coloro che facciano uso di corrispondenza.

Ma le considerazioni sull'estensione della titolarità dei diritti sociali non sono finite qui. Un'altra considerazione è che alcuni diritti sociali *soltanto in un certo senso* possono essere conferiti a tutti gli individui. Ad esempio, il diritto di ricevere cure gratuite potrebbe essere esteso a tutti gli individui, *ma solo in un certo senso*, poiché in un altro senso spetterebbe necessariamente soltanto ad alcuni, e cioè a coloro che hanno una qualche malattia; infatti, non è sensato sostenere che un individuo perfettamente sano ha il diritto di ricevere cure mediche. Vi è quindi un senso in cui si può ritenere che anche il conferimento di tale diritto a una classe ristretta di individui sia necessario e non contingente.

La stessa osservazione potrebbe farsi per altri diritti sociali²⁹. Ad esempio, per il diritto all'istruzione elementare, che, sebbene conferito a tutti gli individui, può in effetti spettare soltanto a coloro che manchino di un'istruzione elementare; infatti, non è sensato sostenere che un individuo già provvisto di istruzione elementare abbia il diritto di ricevere un'istruzione elementare.

Sotto questo profilo è indubbio che alcuni diritti sociali sono diversi dai diritti di libertà. Ciò dipende dal fatto che i diritti di libertà sono diritti *di* tenere determinati comportamenti (diritto *di* circolare sul territorio nazionale, diritto *di* manifestare il proprio pensiero, ecc.), mentre molti diritti sociali sono diritti *a* qualcosa, cioè diritti di ottenere un determinato bene (diritto *all'*istruzione, diritto *alla* salute, ecc.); in altri termini, sono conferiti da norme teleologiche. Avere il diritto di ottenere un determinato bene significa avere il diritto di tenere i comportamenti e di ricevere le prestazioni che siano necessari per ottenere quel bene. Pertanto, chi già possiede quel bene non ha il diritto di tenere quei comportamenti e di ricevere quelle prestazioni.

Questo aspetto di alcuni diritti sociali, però, sembra eccessivamente enfatizzato da coloro che desiderano mettere in evidenza come la tutela dei diritti sociali comporti attività e impieghi della ricchezza sociale da cui soltanto alcuni traggono beneficio³⁰. Due sono le osservazioni da fare riguardo a quest'idea, che non può essere discussa nel dettaglio.

Innanzitutto, possiamo osservare che in effetti tutti gli individui possono trarre beneficio dal diritto all'istruzione, poiché tutti gli individui mancano inizialmente di un'istruzione, e che quasi tutti possono trarre beneficio dal diritto di ricevere cure mediche, poiché quasi tutti, prima o poi, si ammalano (si potrebbe obiettare che anche dal diritto all'istruzione alcuni non possono trarre un beneficio, poiché muoiono prima di essere giunti all'età adatta per ricevere un'istruzione; questo non sembra però un aspetto particolarmente rilevante né, d'altra parte, riscontrabile soltanto in alcuni diritti sociali – dalla libertà di movimento non possono trarre beneficio i bambini che muoiono prima di saper camminare, dalla libertà di manifestazione del pensiero non possono trarre beneficio i bambini che muoiono prima di saper parlare, ecc.). Il fatto che alcuni decidano di non frequentare scuole pubbliche o di non curarsi in ospedali pubblici è qui irrilevante:³¹ molti diritti sociali possono essere esercitati o non esercitati dai loro

²⁹ Cfr. G. Corso, "Diritti umani", cit., pp. 62, 64.

³⁰ Vedi G. Corso, *op. ult. cit.*, p. 61.

³¹ Diversa sembra l'opinione di G. Corso, *op. ult. cit.*, p. 61.

titolari, allo stesso modo di molti diritti di libertà (non tutti esercitano il diritto di manifestare il proprio pensiero)³².

Inoltre, possiamo osservare che il diritto all'istruzione e il diritto alla salute sono concepibili non solo come diritti di ottenere beni di cui si manchi, ma anche come diritti di conservare beni di cui in ogni momento si può venire a mancare; se così concepiti, si articolano in diritti che possono essere goduti non solo in particolari circostanze, ma in ogni momento della propria vita. A questo proposito bisogna accennare che il diritto alla salute comprende il diritto di non subire danni alla salute a opera di altri individui e può assumere configurazioni per cui anche a individui sani spettano medicinali (ad esempio, vaccini) e prestazioni mediche (ad esempio, visite periodiche finalizzate all'accertamento precoce di alcune malattie). Da parte sua, il diritto all'istruzione potrebbe in ipotesi espandersi fino a includere, ad esempio, periodici corsi di aggiornamento culturale per tutti gli individui.

Infine, vale la pena di ripetere che alcuni diritti sociali possono essere indubbiamente conferiti a tutti gli individui. Un esempio paradigmatico è costituito dal cosiddetto diritto a un reddito di base, di cui molto si è discusso nella recente filosofia politica e che certamente è da includere tra i diritti sociali³³. Il riconoscimento di questo diritto nell'ambito di un determinato ordinamento comporterebbe infatti l'erogazione a tutti i cittadini di uno stesso reddito (al quale ciascuno sommerebbe i proventi delle proprie attività di lavoro).

I diritti di cui ho trattato fin qui, anche se non spettano a tutti gli individui, possono comunque essere detti universali, almeno nel senso in cui comunemente si parla di universalità delle norme o dei diritti che da esse sono conferiti. In tal senso, infatti, un diritto è universale se è conferito a tutti gli individui o a tutti gli individui che presentano determinate caratteristiche, mentre è particolare o singolare se è conferito a individui designati tramite nomi propri o descrizioni definite, cioè descrizioni che svolgono la stessa funzione dei nomi propri³⁴.

³² Evidentemente, una cosa è non esercitare un diritto di cui si è titolari, un'altra cosa non essere titolari di un diritto, un'altra cosa ancora rinunciare a un diritto di cui si è titolari: sulla differenza tra rinuncia all'esercizio di un diritto e rinuncia a un diritto, vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 141; A. C. Jemolo, "Libertà (aspetti giuridici)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. 24, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 268-272, alle pp. 271-272.

³³ Sul reddito di base (*basic income*), o reddito di cittadinanza, vedi tra gli altri AA.VV., *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997; G. G. Balandi, "Garanzie per chi?", *Democrazia e diritto*, 30, 1, 1990, pp. 219-232; R. Dahrendorf, *Per un nuovo liberalismo* (1987), Roma-Bari, Laterza, 1988, pp. 135-147; L. Ferrajoli, "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona", cit., pp. 280-283; A. Fumagalli e M. Lazzaretto (a cura di), *Tute bianche*, Roma, DeriveApprodi, 1999; B. Jordan, *Per un nuovo stato sociale* (1987), Ancona, Otium, 1989, pp. 177-190; A. Gorz, "Società, comunità e reddito di base", in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995, pp. 7-17; G. Nevola, "Il reddito minimo garantito: due filosofie sociali del welfare state", *Stato e mercato*, 31, 1991, pp. 159-184; J. Meade, *Agathopia* (1989), Milano, Feltrinelli, 1989; M. Paci, *La sfida della cittadinanza sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 1990, pp. 131-146; D. Purdy, "La fattibilità politica di una società a reddito di base", *Democrazia e diritto*, 30, 1, 1990, pp. 171-190; P. Van Parijs, *Real Freedom for All*, Oxford, Clarendon Press, 1995; W. Van Trier, "Social dividend e Keynes-connection", *Democrazia e diritto*, 30, 1, 1990, pp. 191-210.

³⁴ Per la (problematica) distinzione tra norme universali e norme particolari o singolari si può vedere R. M. Hare, *Libertà e ragione* (1963), Milano, il Saggiatore, 1971, p.68; J. Mackie, *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto* (1977), Torino, Giappichelli, 2001, pp. 91-97; J. Narveson, "The How and Why of Universalizability", in N. T. Potter e M. Timmons (a cura di), *Morality and Universality*, Dordrecht, Reidel, 1985, pp. 3-44, alle pp. 11-12.

1.2.2. – *La singolarità dei diritti sociali e dei diritti di proprietà*

L'idea che i diritti sociali non spettino, o non spettino nella stessa misura, a tutti gli individui potrebbe essere sostenuta mettendo in rilievo anche un altro aspetto di questi diritti, o almeno di alcuni di essi, tra i quali il diritto alla salute e il diritto all'istruzione. Anche se a tutti gli individui fosse conferito il diritto di ricevere le prestazioni garantite dal diritto alla salute, in effetti essi avrebbero il diritto di ricevere prestazioni diverse se fossero affetti da malattie differenti; anche se a tutti gli individui fosse conferito il diritto di ricevere le prestazioni garantite dal diritto all'istruzione, in effetti essi avrebbero il diritto di ricevere prestazioni diverse se diversa fosse la loro capacità di apprendimento. Ciò è quanto sembra sostenere Bobbio nel passo citato per introdurre questa discussione³⁵.

Da questo punto di vista, il diritto all'istruzione e il diritto alla salute assumono quasi l'aspetto di diritti singolari. Esagerando un po', si potrebbe infatti affermare che le prestazioni e i beni dovuti a ogni singolo titolare di questi diritti sono in effetti diversi da quelli dovuti a qualsiasi altro titolare. Ciò non rende questi diritti formalmente singolari, poiché l'obbligo di fornire a un singolo titolare le prestazioni appropriate e di consentirgli di usare i beni appropriati dipende pur sempre da una (inespressa) norma universale, secondo cui a ciascun individuo provvisto di determinate caratteristiche (una certa malattia o una certa capacità di apprendimento) devono essere fornite determinate prestazioni e deve essere consentito l'uso di determinati beni (al fine di garantirgli una certa possibilità di guarigione o una certa possibilità di istruirsi); nella sostanza, però, essi non appaiono molto dissimili da diritti singolari.

Non si può negare che questo sia un aspetto rilevante del diritto alla salute e del diritto all'istruzione. Ma, ancora una volta, si può mostrare che ciò non implica che vi sia una netta e profonda differenza tra i diritti di libertà e i diritti sociali.

Innanzitutto, si potrebbe nuovamente ripetere che non tutti i diritti sociali presentano il carattere di cui stiamo discutendo.

Inoltre, si deve notare che anche alcuni diritti di libertà, in quanto consistono in diritti di agire, implicano che individui diversi abbiano diritti di utilizzare beni di diverso genere. Per chiarire questo aspetto bisogna tornare alla relazione, già messa in luce, tra diritti di agire e diritti di far uso di beni: secondo questa relazione, un individuo che abbia il diritto di compiere l'azione *X* ha anche il diritto di utilizzare, al fine di fare *X*, i beni necessari per fare *X*. Ebbene, se le cose stanno così, può allora accadere che un titolare *I* del diritto di fare *X* abbia il diritto di utilizzare, al fine di fare *X*, un bene *Z* che altri titolari dello stesso diritto di fare *X* non hanno invece il diritto di utilizzare; ciò in quanto *I*, diversamente da altri titolari del diritto di fare *X*, si trova in una condizione per cui gli è possibile fare *X* soltanto utilizzando *Z*. Ad esempio, potrà accadere che uno dei titolari del diritto di muoversi su un territorio sia sprovvisto dell'uso delle gambe e dunque, avendo la necessità di utilizzare un appropriato mezzo di locomozione per muoversi sul territorio, abbia il diritto di utilizzare tale mezzo; oppure, potrà accadere che per praticare il propri riti religiosi individui diversi abbiano la necessità di utilizzare ambienti con caratteristiche diverse e che, dunque, abbiano anche il diritto di utilizzare ambienti con caratteristiche diverse. In altri termini, anche di fronte alla libertà di circolazione e alla libertà di culto gli individui non sono, per così dire, su una posizione

³⁵ Anche cfr. J. M. Barbalet, *op. cit.*, p. 107.

di assoluta eguaglianza, poiché la titolarità di questi diritti può implicare per individui diversi diritti di far uso di beni differenti.

Infine, si deve rilevare che il diritto di proprietà, che in genere viene concepito come un diritto di libertà, non consiste in *un diritto* che spetta in egual misura a tutti gli individui, poiché in effetti vi è *una pluralità di particolari e differenti diritti di proprietà* che spettano a individui diversi. Infatti, anche se è possibile, e comunemente accade, che il diritto di divenire proprietario di un bene *Z* sia riconosciuto dall'ordinamento giuridico a tutti gli individui, soltanto uno o alcuni di questi saranno proprietari di *Z* in un determinato momento. Laddove i beni siano di proprietà privata, accadrà cioè che individui diversi siano proprietari di beni differenti, ovverosia che abbiano differenti diritti di proprietà³⁶.

Ho già accennato che il proprietario di un bene, in quanto ha il diritto di farne uso in alcuni modi, ha un diritto di agire. Ebbene, si può affermare che il conferimento di questi diritti di agire dipende non solo da una norma universale di legge, che stabilisce i modi in cui la proprietà di un bene può essere acquisita e i limiti cui sono soggetti i diritti di proprietà, ma anche da una norma singolare, prodotta tramite un atto di autonomia negoziale, che assegna a un determinato individuo la proprietà di un determinato bene. I diritti di agire che compongono il contenuto dei diritti di proprietà, in quanto sono conferiti (anche) da una norma singolare, sono diritti singolari e non diritti universali.

Questo modo di concepire i diritti di proprietà, e i diritti di agire che fanno parte di essi, può forse non essere condiviso. Si potrebbe infatti sostenere che il diritto di proprietà è un diritto universale per la ragione che la proprietà di un bene dipende unicamente dalla norma universale che stabilisce le condizioni che devono essere soddisfatte affinché un individuo la acquisisca, poiché il compimento di un determinato atto negoziale avente ad oggetto quel bene costituisce soltanto una delle condizioni stabilite da quella norma. Ebbene, se dovesse essere accolta una posizione di questo genere, che a me non sembra molto ragionevole, si dovrebbe ripetere per i diritti di proprietà, e per i diritti di agire che ne fanno parte, quanto è già stato detto a proposito del diritto di essere curati e del diritto di essere istruiti: essi sono formalmente diritti universali, ma appaiono nella sostanza non molto dissimili da diritti singolari.

1.2.3. – *I diritti di libertà tra universalità e singolarità*

Fin qui i diritti di libertà sono stati esaminati, per così dire, in astratto, cioè su un piano esclusivamente concettuale e senza tener conto della configurazione che assumono in concreto nell'articolarsi di un ordinamento giuridico come il nostro, date tutte le norme e principi con cui devono armonizzarsi. In astratto ho per l'appunto ammesso che essi sono diritti universali che, in quanto comprendono diritti di agire, implicano diritti universali di utilizzare determinati beni, cioè i beni necessari per esercitarli.

Se però guardiamo alla configurazione che i cosiddetti diritti di libertà, al di là di quanto solennemente sancito nelle dichiarazioni costituzionali, assumono nel nostro ordinamento e nella gran parte degli ordinamenti giuridici occidentali, diviene piuttosto

³⁶ Su questo aspetto vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 13-14, 143-144, 296-297; mi sono soffermato su di esso in E. Diciotti, "Libertà, proprietà e contratti: un'indagine sui diritti", cit., soprattutto pp. 139-143.

dubbia l'idea che essi siano effettivamente universali, o almeno che spettino a tutti gli individui nella stessa misura.³⁷

Infatti, i beni necessari per esercitarli non possono essere utilizzati, o non possono essere utilizzati nella stessa misura, da tutti gli individui.³⁸ Ciò per il semplice fatto che tali beni, o alcuni di essi, sono oggetto di proprietà privata.

Pensiamo, ad esempio, alla libertà, sancita dall'art. 21 della nostra costituzione, di manifestare il proprio pensiero «con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». Come ho già chiarito, per essere liberi di compiere una determinata azione è innanzitutto necessario avere il permesso di utilizzare, in un qualche luogo, i beni necessari per compiere quell'azione (è anche necessario che gli altri individui siano obbligati a non interferire; ma per semplicità lasciamo da parte questa seconda condizione). Poiché l'azione di manifestare il proprio pensiero con la parola può essere compiuta senza utilizzare alcun bene, si può assumere che per essere liberi di manifestare il proprio pensiero con la parola sia sufficiente che esista un qualche luogo in cui si abbia il permesso di far ciò. Però non si può affermare che tutti abbiano il medesimo diritto di manifestare il proprio pensiero con la parola se vi sono grandi differenze tra i luoghi in cui individui diversi hanno il permesso di manifestare il proprio pensiero. Se venisse emanata una legge la quale stabilisse che la maggior parte degli individui possono esprimere le proprie opinioni solo a casa propria, mentre gli altri possono farlo anche al di fuori, in ogni luogo pubblico, non potremmo sostenere che tutti gli individui hanno la medesima libertà di esprimere le proprie idee. Ciò che avviene nelle società in cui viviamo non è però troppo diverso: poiché gran parte degli spazi in cui è possibile manifestare il proprio pensiero è oggetto di proprietà privata (solo una parte è costituita da spazi pubblici) e poiché la proprietà di questi spazi si distribuisce in modo diseguale nel libero mercato, gli individui hanno in misura diversa la libertà di manifestare il proprio pensiero. Che è come dire che gli individui hanno diritti singolari di manifestazione del pensiero, oppure diritti di manifestazione del pensiero che formalmente possono essere tratteggiati come universali, ma che nella sostanza sono molto simili a diritti singolari.

Se poi indirizziamo l'attenzione alla specifica libertà di manifestare il proprio pensiero con lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, cioè principalmente la stampa, la radio e la televisione, le differenze tra i diritti dei diversi individui divengono molto più evidenti. Non tutti hanno il permesso di utilizzare apparecchiature per la stampa o per le trasmissioni radiofoniche o televisive, dato che tendenzialmente hanno questo permesso soltanto i proprietari di questi beni e coloro ai quali tale permesso è accordato dai proprietari. Dunque, vi sono individui che, in un determinato momento, non sono per nulla liberi di manifestare il proprio pensiero tramite la stampa, la radio o la televisione, e anche gli individui che hanno queste libertà le hanno in misura diversa.

Discorsi simili possono essere fatti anche per altri diritti di libertà. La conclusione è che sotto il profilo dell'universalità non vi è una netta differenza tra diritti di libertà e diritti sociali se questi diritti sono esaminati in astratto, e tantomeno vi è tale differenza se questi diritti sono esaminati in concreto, cioè guardando alle effettive articolazioni di essi nell'ordinamento giuridico.

³⁷ Ho indagato su tale questione in E. Diciotti, "Libertà, proprietà e contratti: un'indagine sui diritti", cit., pp. 143-148.

³⁸ Per un esame degli orientamenti della Corte costituzionale italiana sul rapporto tra diritti di libertà e uso dei beni necessari per esercitarli, si può vedere R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 94-107.

1.3. – *Diritti di libertà, diritti sociali e libero mercato*

L'analisi fin qui svolta può essere considerata sufficiente per mostrare che la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali non può essere tracciata sulla base di un preciso criterio e, bene che vada, può essere concepita come incerta e approssimativa. C'è però un'altra questione da affrontare. I diritti di libertà appartengono alla tradizione politica del liberalismo, mentre i diritti sociali appartengono a tradizioni politiche differenti e che spesso sono ritenute tendenzialmente antiliberali. Non potrà allora darsi il caso che la distinzione tra i diritti di libertà e i diritti sociali vada cercata non sul piano della loro struttura o della loro titolarità, ma sul piano della loro coerenza con una certa forma di organizzazione sociale tipicamente liberale?

Un'idea che sembrerebbe piuttosto ragionevole è che i diritti sociali si pongano in conflitto con il libero mercato, laddove i diritti di libertà possono invece svilupparsi o almeno sopravvivere in esso.³⁹ Come vedremo, però, anche quest'idea è insostenibile, perché la tutela della gran parte dei diritti di libertà, così come la tutela della gran parte dei diritti sociali, richiede appropriate limitazioni del mercato.

Si ha un mercato laddove sono scambiati beni e servizi. Affinché esista un mercato bisogna dunque che gli individui abbiano il diritto di stipulare contratti, ovverosia i poteri di autonomia privata necessari per scambiare beni e servizi: un ordinamento che non conferisse agli individui poteri di questo genere, non istituirebbe un mercato.

I poteri di autonomia privata non sono però i soli diritti essenziali al mercato. L'attività di scambio di beni presuppone infatti la proprietà privata dei beni e, dunque, i diritti di agire implicati da tale forma di proprietà. Inoltre, l'attività di scambio di servizi presuppone che gli individui abbiano determinati diritti di agire. Infatti, impegnarsi a fornire un servizio significa impegnarsi a fornire una prestazione positiva o una prestazione negativa; pertanto, un individuo che si impegni a fornire un servizio contrae un obbligo (di fare o di non fare *X*) che non aveva in precedenza e si priva dunque di un diritto di agire (del diritto di fare *X*).

È evidente che i diritti essenziali al mercato possono essere soggetti a una varietà di vincoli e limiti istituiti dallo stesso ordinamento giuridico che li conferisce. È ad esempio possibile che il diritto degli individui di godere dei beni di cui sono proprietari sia limitato da divieti di fare alcuni usi di questi beni, o che il potere degli individui di alienare i beni di cui sono proprietari sia limitato da divieti di alienare alcuni di questi beni al verificarsi di determinate condizioni. Si deve poi notare che conformemente all'ordinamento giuridico può essere più o meno ampia la classe dei beni che possono essere oggetto di proprietà privata e la classe delle libertà di agire di cui gli individui possono privarsi per offrire servizi. Infatti, è possibile che secondo l'ordinamento giuridico vi siano beni pubblici, sottratti al dominio dei privati e ai meccanismi del mercato, e che gli individui non possano privarsi tramite impegni contrattuali di alcuni diritti di agire. Tenendo conto di tutto ciò, si può assumere che il mercato possa essere più o meno *libero ed esteso* e che sia tanto più libero ed esteso quanto meno limitati sono i diritti ad esso essenziali e quanto più ampie sono la classe dei beni oggetto di proprietà privata e la classe dei diritti di agire di cui è possibile privarsi impegnandosi a

³⁹ Pur con differenti sfumature quest'idea è presente, tra gli altri, in J. M. Barbalet, *op. cit.*, pp. 109-117; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 14-15; P. Calamandrei, "L'avvenire dei diritti di libertà", *cit.*, pp. 188-203; G. Corso, "Diritti umani", *cit.*; T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* (1963), Torino, UTET, 1976, pp. 1-71.

fornire servizi. Secondo questa assunzione, un mercato completamente privo dei vincoli e limiti cui ho accennato è *un mercato massimamente libero ed esteso*.

Ebbene, è abbastanza evidente che un ordinamento giuridico che istituisca un mercato massimamente libero ed esteso non può garantire agli individui i diritti sociali; ma è anche evidente che un ordinamento giuridico di questo genere non può garantire agli individui la gran parte dei cosiddetti diritti di libertà. In generale, cioè, si può rilevare che porre limiti e vincoli al mercato è necessario per garantire non solo i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà. In questo senso, si può affermare che sia i diritti sociali sia i diritti di libertà si pongono in conflitto con il mercato.

Il fatto che un ordinamento giuridico che istituisca un mercato massimamente libero ed esteso non possa garantire i diritti sociali è, come dicevo, evidente. In astratto, si può pensare a una certa varietà di modi per garantire agli individui beni come l'istruzione o la salute, ma tutti questi modi comportano limiti al mercato. Se ci soffermiamo sui modi più comuni, possiamo dire che questi beni sono principalmente garantiti (a) tramite una legislazione fiscale che, allo scopo di rendere possibile il reperimento delle risorse necessarie per coprire i costi di cose come le cure mediche o l'istruzione, limita nella loro estensione i diritti di proprietà privata e (b) tramite altre norme che rendono possibile la distribuzione agli individui di alcuni beni, in uso o in proprietà, e di alcuni servizi con modalità diverse da quelle del mercato. Dunque, la garanzia dei diritti all'istruzione e alla salute, così come la garanzia di altri diritti sociali, dipende principalmente dalla creazione di una classe di beni di proprietà pubblica o comune, ovvero di beni sottratti alle dinamiche del mercato e amministrati dai pubblici poteri.

Ma non meno evidente è il fatto che la gran parte dei diritti di libertà non può essere garantita da un ordinamento giuridico che istituisca un mercato massimamente libero ed esteso.

Innanzitutto, infatti, un mercato massimamente libero ed esteso non tollera alcun limite ai poteri di autonomia privata degli individui, e dunque al loro potere di impegnarsi a fornire servizi. Consente cioè di privarsi di ogni diritto di agire: in esso ciascun individuo potrebbe privarsi della libertà di culto, della libertà di manifestazione del pensiero, o di qualunque altra libertà, o addirittura del complesso di tutte le sue libertà vendendo se stesso come schiavo. Pertanto, in esso nessun diritto di agire sarebbe garantito agli individui.⁴⁰

Inoltre, si deve notare che un mercato massimamente libero ed esteso non tollera alcun limite alla proprietà privata, né la presenza di beni pubblici, o comunque sottratti alla proprietà privata e ai meccanismi di distribuzione del mercato. In esso, pertanto, a nessun individuo sarebbe garantito il possesso di un determinato bene o la facoltà di usarlo, per cui a nessun individuo sarebbe garantito un qualche diritto di agire. Infatti, come ho già chiarito, per avere un diritto di agire è necessario avere il diritto di utilizzare determinati beni, poiché avere un diritto di fare *X* significa avere il diritto di far uso dei beni necessari per fare *X*.

Per illustrare meglio quest'ultimo aspetto, immaginiamo un ordinamento giuridico anarco-capitalistico, ovvero sia un ordinamento in cui tutti i beni siano oggetto di proprietà privata e, dunque, soggetti alle dinamiche di distribuzione del mercato.⁴¹

⁴⁰ Vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 13-17, 140-141.

⁴¹ Secondo la dottrina anarco-capitalistica, una società giusta è una società senza stato, in cui tutti i beni sono oggetto di proprietà privata e gli individui non hanno altri diritti che quelli di proprietà (proprietà di se stessi e proprietà di beni); due versioni parzialmente diverse di questa dottrina possono trovarsi in D. D. Friedman, *L'ingranaggio della libertà* (1989), Macerata, Liberilibri, 1997, e M. N. Rothbard, *L'etica della libertà* (1982), Macerata, Liberilibri, 1996.

Ebbene, in tale ordinamento potrebbe essere garantita agli individui la libertà di circolazione o la libertà di manifestazione del pensiero tramite la stampa? Poiché in questo ordinamento tutti i beni immobili (terreni, edifici, piazze, strade, marciapiedi, ecc.) e tutti i beni mobili sarebbero oggetto di proprietà privata e, dunque, soggetti alle dinamiche di distribuzione del mercato, è evidente che nell'ambito di esso né la libertà di circolazione né la libertà di manifestazione del pensiero tramite la stampa potrebbero essere garantite. Tale ordinamento, infatti, garantirebbe ai proprietari la libertà di muoversi nelle parti del territorio di loro proprietà, ma non garantirebbe ad alcun individuo la libertà di circolare su ogni parte del territorio. Ovviamente, potrebbe accadere che un individuo venisse ad acquisire la proprietà di tutto il territorio o ottenesse da parte di tutti i proprietari, magari dietro il pagamento di un corrispettivo, il permesso di circolare sui territori di loro proprietà, ma il fatto che ciò potrebbe accadere non implica che sarebbe garantita la libertà di cui stiamo parlando. Non diverso è il discorso per quanto concerne la libertà di manifestazione del pensiero tramite la stampa: tale ordinamento, infatti, garantirebbe ai proprietari di attrezzature per la stampa la libertà di utilizzarle per manifestare il loro pensiero, ma non garantirebbe ad alcun individuo la libertà di manifestare il proprio pensiero tramite la stampa. Ovviamente, anche coloro che non fossero proprietari di attrezzature per la stampa potrebbero ottenere dai proprietari, magari dietro il pagamento di un corrispettivo, il permesso di utilizzare tali apparecchiature, ma il fatto che ciò potrebbe accadere non implica che sarebbe garantita la libertà di cui stiamo parlando.⁴²

La conclusione del nostro discorso è dunque la seguente: non solo i diritti sociali, ma anche la gran parte dei diritti di libertà sono in conflitto con il mercato, nel senso che possono essere garantiti solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato. Non si può negare che limitare e restringere la sfera del mercato equivalga a limitare e restringere i diritti di libertà costitutivi della sfera del mercato, cioè la proprietà privata e la libertà di iniziativa economica. In questo senso, si può dire che vi è un conflitto tra questi ultimi diritti da una parte e i diritti sociali e la gran parte dei diritti di libertà dall'altra parte; il riconoscimento o la tutela degli uni, infatti, può avvenire solo limitando il riconoscimento o la tutela degli altri.

Non tutti i diritti di libertà sono comunque in conflitto con la proprietà privata e la libertà di iniziativa economica. Ad esempio, non lo è l'inviolabilità del domicilio, che nel mercato massimamente libero ed esteso prenderebbe una configurazione diversa da quella che ha acquisito nel nostro ordinamento,⁴³ ma non verrebbe meno, poiché costituirebbe l'altra faccia del divieto posto a ogni individuo di invadere spazi di proprietà altrui senza il consenso del proprietario. E neppure lo è la segretezza della corrispondenza, che nel mercato massimamente libero ed esteso conserverebbe esattamente l'odierna configurazione.

Qualche eccezione può però individuarsi anche nel campo dei diritti sociali. Ad esempio, il diritto alla salute, nella parte in cui consiste nel diritto di non subire danni alla salute a opera di altri individui, non verrebbe meno in un mercato massimamente libero ed esteso. Queste eccezioni mostrano ancora una volta come il quadro dei diritti di libertà e dei diritti sociali sia più mosso e variegato di quanto ci si potrebbe aspettare.

⁴² Come ho già fatto notare, sotto questo aspetto la società in cui viviamo non è molto diversa da una società anarco-capitalistica.

⁴³ Nel quale ordinamento «[c]iò che *direttamente* rileva ai fini dell'esistenza della libertà domiciliare è [...] unicamente l'immediatezza del possesso del bene [...] quale che sia la liceità di tale situazione "di fatto"» (A. Pace, *op. cit.*, p. 217).

2. – *Il presunto conflitto tra i diritti di libertà e i diritti sociali*

Quando dico che i diritti dell'uomo costituiscono una categoria eterogenea, mi riferisco al fatto che, dal momento che sono stati considerati come diritti dell'uomo anche i diritti sociali, oltre ai diritti di libertà, la categoria nel suo complesso contiene diritti tra loro incompatibili, cioè diritti la cui protezione non può essere accordata senza che venga ristretta o soppressa la protezione di altri⁴⁴.

L'idea qui espressa da Bobbio è piuttosto diffusa. Si ammette generalmente che un diritto di libertà possa contrastare con un altro diritto di libertà e che un diritto sociale possa contrastare con un altro diritto sociale (le operazioni di bilanciamento tra principi costituzionali contrastanti operate dalla Corte costituzionale offrono più di una testimonianza a questo riguardo). Tuttavia, sono in molti a ritenere che tali conflitti siano, in un certo senso, secondari se comparati con quello che oppone i diritti di libertà, complessivamente considerati, ai diritti sociali, anch'essi considerati nel loro complesso. Secondo costoro la tutela dei diritti di libertà ha inevitabilmente riflessi negativi sulla tutela dei diritti sociali e, per converso, la tutela dei diritti sociali ha inevitabilmente riflessi negativi sulla tutela dei diritti di libertà.

L'esame delle differenze tra i diritti di libertà e i diritti sociali, svolto nelle pagine precedenti, dovrebbe indurre a guardare quest'idea con un certo scetticismo. Infatti, se non vi è alcun preciso criterio per tracciare una distinzione tra i cosiddetti diritti di libertà e i cosiddetti diritti sociali, e se tra essi vi sono – bene che vada – differenze di grado, allora è difficile immaginare che essi si contrappongano in questo modo. Ancora più difficile è immaginare ciò ove si accetti la conclusione cui siamo giunti esaminando la relazione tra diritti e libero mercato, secondo cui una contrapposizione si dà non tra i diritti di libertà e i diritti sociali, ma tra la proprietà privata e la libertà di iniziativa economica da una parte e la gran parte dei diritti sociali e dei diritti di libertà dall'altra parte. Tuttavia, lasciando da parte questo scetticismo, l'idea che i diritti di libertà confliggano con i diritti sociali va brevemente esaminata.

2.1. – *Il conflitto tra diritti di libertà e diritti sociali come conflitto tra diritti di agire e diritti a prestazioni*

Abbiamo visto che i diritti di libertà non sono interamente riducibili a diritti di agire e che i diritti sociali non sono interamente riducibili a diritti a prestazioni positive. Però, assumendo che i diritti di libertà siano in gran parte diritti di agire e i diritti sociali, o almeno alcuni di questi, essenzialmente diritti a prestazioni positive, si potrebbe pensare che queste due specie di diritti si trovino spesso in conflitto in ragione della tensione che si dà tra diritti di agire e diritti a prestazioni.

Quest'idea potrebbe essere espressa così: i diritti a prestazioni si contrappongono ai diritti di agire, perché conferire a un individuo un diritto a prestazioni significa ridurre o limitare i diritti di agire di tutti coloro cui è imposto l'obbligo di fornire le prestazioni; per contro, i diritti di agire si contrappongono ai diritti a prestazioni, perché conferire a

⁴⁴ N. Bobbio, *op. cit.*, pp. 40-41.

un insieme di individui un diritto di agire significa escludere che a questi stessi individui sia imposto l'obbligo di tenere i comportamenti necessari per garantire a un altro individuo un determinato diritto a prestazioni.

Si tratta di un'idea apparentemente ragionevole, perché se un individuo ha l'obbligo di fornire una prestazione consistente nel fare *X*, allora non si può dire che egli non sia soggetto all'obbligo né al divieto, e che abbia dunque la libertà, di fare *X*. Al di là delle apparenze, però, quest'idea è insostenibile per una ragione molto semplice: anche il conferimento di un diritto di agire a un individuo comporta necessariamente l'imposizione di obblighi agli altri individui. Ad esempio, se io ho il diritto di circolare sul territorio italiano, gli altri hanno l'obbligo di non impedirmi di circolare e di non costringermi a circolare su tale territorio. Come ho già chiarito, la differenza tra un diritto a prestazioni e un diritto di agire sta in ciò: il primo si compone unicamente di una pretesa relativa al comportamento di altri individui, mentre il secondo si compone sia di un permesso sia di una pretesa relativa al comportamento degli altri individui.

A questa osservazione si potrebbe forse replicare mettendo in luce che vi è una differenza fondamentale tra le prestazioni contemplate dai diritti di agire e le prestazioni contemplate dai diritti sociali: mentre le prime sono *prestazioni negative*, consistenti nell'astenersi da determinati comportamenti, le seconde sono *prestazioni positive*, consistenti nel tenere determinati comportamenti. E le prestazioni positive sono indubbiamente più gravose delle prestazioni negative, poiché comportano un'attività, cioè un lavoro o quanto meno uno sforzo.

Una replica di questo genere, però, ha ben poco valore per la nostra discussione, che verte sulla questione del conflitto tra diritti di libertà e diritti sociali e non sulla questione se per gli individui sia più gravoso rispettare un diritto di libertà o garantire un diritto sociale. Comunque sia, volendo attribuirle qualche valore, si può notare che le prestazioni positive necessarie per garantire i diritti sociali non sono necessariamente maggiori né qualitativamente diverse dalle prestazioni positive che gli individui sarebbero obbligati a fornire ove non fossero garantiti tali diritti.

Per chiarire questo aspetto, prendiamo ad esempio le prestazioni positive necessarie per garantire il diritto alla salute e il diritto all'istruzione, cioè i servizi prestati ai titolari di questi diritti da personale di vario genere, e innanzitutto da medici, infermieri, insegnanti. È evidente che questi medici, infermieri e insegnanti, avendo l'obbligo di fornire tali servizi, mancano di una libertà che avrebbero avuto ove non fosse sorto tale obbligo. Ma qual è l'origine di tale obbligo?

L'obbligo di fornire una prestazione può avere origine legislativa o contrattuale, a seconda che sia imposto da una norma di legge o sorga tramite un contratto. Si possono certamente immaginare ordinamenti giuridici nei quali le prestazioni positive necessarie per garantire il diritto alla salute o all'istruzione siano imposte ad alcuni individui tramite norme di legge. Ad esempio, ordinamenti che impongano ad alcuni individui, provvisti di determinate caratteristiche, di svolgere attività di medici, infermieri e insegnanti a favore di tutti gli altri individui, o a favore dei soli non abbienti, ricevendo in cambio unicamente un salario mensile a carico dello stato. Oppure, ordinamenti che impongano a coloro che liberamente svolgano l'attività di medici, infermieri, insegnanti, erogando i loro servizi nell'ambito di un'economia di mercato, di fornire gratuitamente tali servizi ai non abbienti. Ma nel nostro ordinamento il diritto alla salute e il diritto all'istruzione sono garantiti tramite prestazioni di origine contrattuale: i medici, gli infermieri e gli insegnanti forniscono la loro opera ottemperando a obblighi che dipendono dai contratti di lavoro da essi stipulati.

Ebbene, è ragionevole ritenere che obblighi aventi origine contrattuale di fornire analoghe prestazioni sorgerebbero, in non minore quantità, anche nel caso in cui i diritti

sociali non fossero garantiti. Plausibilmente, infatti, coloro che forniscono le prestazioni necessarie per garantire i diritti sociali, svolgendo attività di medici, infermieri e insegnanti, fornirebbero prestazioni dello stesso tipo o di altro tipo anche in una società in cui tali diritti non fossero garantiti, per la semplice ragione che anche in una società di questo genere avrebbero la necessità di guadagnarsi da vivere fornendo ad altri la propria opera.

Si potrebbe osservare che i diritti sociali richiedono prestazioni anche da parte dello stato, che deve costruire scuole e ospedali e più in generale svolgere un'attività di imprenditore che non svolgerebbe altrimenti⁴⁵. Ma questa osservazione non muta per nulla i termini della questione, perché gli obblighi dello stato non sono altro che obblighi degli individui che operano in nome dello stato e sarebbe avventuroso sostenere che in una società in cui sono garantiti i diritti sociali questi individui abbiano più obblighi di quanti ne avrebbero in una società in cui tali diritti non fossero garantiti. (Resta aperta la questione se sia bene che lo stato fornisca tali servizi o se essi dovrebbero essere offerti unicamente dai privati, cioè una questione di filosofia politica che non ha nulla a che vedere con il conflitto tra diritti di libertà e diritti sociali e che può essere posta per ciascuno dei servizi che, spesso o talvolta, sono forniti dallo stato: poste, sicurezza, tribunali, ecc.)⁴⁶.

Si potrebbe infine obiettare che per garantire i diritti sociali sono necessarie le prestazioni finanziarie di coloro che hanno redditi di una certa entità, e che gli obblighi fiscali di fornire tali prestazioni non hanno origine contrattuale.⁴⁷ Questo è uno dei punti più importanti della discussione, perché in esso si scontrano due diverse ideologie politiche, una maggiormente favorevole alla proprietà privata e al libero mercato e un'altra maggiormente favorevole a interventi del potere pubblico sul mercato e a forme di redistribuzione della ricchezza sociale. Non dovendo qui esaminare queste ideologie, mi limito ad alcune considerazioni.

Prima considerazione. Per garantire agli individui i diritti sociali, o almeno alcuni di questi, è necessario garantire loro beni e servizi appropriati, e per garantire tali servizi, a meno che siano istituite forme di lavoro forzato e non retribuito, sono necessarie risorse. Però, le risorse e i beni necessari per garantire i diritti sociali non dipendono necessariamente dal prelievo fiscale; si possono infatti immaginare ordinamenti in cui lo stato possiede la gran parte dei beni e delle risorse e grazie ad essi riesce a garantire i diritti sociali senza ricorrere al prelievo fiscale. Il prelievo fiscale è solo uno strumento che si rivela necessario in una società capitalistica, ovvero in una società in cui il mercato, pur non essendo massimamente libero ed esteso, ha un grado piuttosto elevato di libertà e di estensione.

Seconda considerazione. La legislazione fiscale può essere concepita non come una legislazione che essenzialmente impone obblighi di fare qualcosa, cioè di fornire

⁴⁵ In effetti, che lo stato svolga un ruolo di imprenditore non è condizione necessaria per la tutela del diritto alla salute o del diritto all'istruzione (cfr. G. Azzariti, "Ipotesi sui diritti sociali", in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, cit., pp. 27-34, alle pp. 30-34). Si può ad esempio immaginare un ordinamento in cui tali diritti siano garantiti tramite la distribuzione agli individui di "buoni" da spendere in appropriate strutture private (scuole private, cliniche private, ecc.). Personalmente non credo che questo sia il sistema migliore; ma quale sia il sistema migliore è una complicata questione di politica sociale che non può qui essere affrontata.

⁴⁶ La risposta più estrema a tale questione viene data dalla dottrina anarco-capitalistica (vedi sopra nota 41), secondo la quale lo stato dovrebbe scomparire lasciando ai privati la possibilità di offrire nel libero mercato ognuno dei servizi che attualmente fornisce.

⁴⁷ Cfr. G. Corso, "Diritti umani" cit., p. 65.

prestazioni, a coloro che godono di determinati redditi, ma come una legislazione che essenzialmente delimita i diritti di proprietà degli individui.⁴⁸ L'obbligo di versare al fisco una certa quota del proprio reddito è infatti connesso col principio che tale quota non è, in effetti, di proprietà di chi la detiene, ma è di proprietà di altri: della comunità nel suo complesso o, in tutto o in parte, di altri individui, che la riceveranno sotto forma di assistenza sociale, libri, medicinali, ecc.⁴⁹ Del resto, si può immaginare un ordinamento giuridico in cui gli individui non hanno alcun obbligo di versare al fisco una quota del proprio reddito, poiché il fisco provvede autonomamente agli accertamenti relativi al reddito di ciascuno e al prelievo della quota dovuta. Pertanto, si può sostenere che la legislazione fiscale limita necessariamente i diritti di proprietà degli individui, ma non che impone necessariamente agli individui obblighi di fornire prestazioni.

Terza considerazione. Come ho già mostrato, per la ragione che i diritti di agire implicano diritti di utilizzare beni, anche per garantire la maggior parte dei diritti di libertà sarebbe necessario garantire agli individui beni e, talvolta, servizi. Nella società in cui viviamo questi beni sono in qualche caso garantiti sotto forma di beni pubblici, mentre in qualche altro caso non sono garantiti affatto. Ad esempio non sono garantiti affatto i beni necessari per esercitare la libertà di manifestazione del pensiero con lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, mentre sotto forma di beni pubblici sono garantite le strade necessarie per esercitare la libertà di movimento. Per costruire e mantenere strade sono tuttavia necessarie risorse che, in una società capitalistica, devono essere reperite tramite il prelievo fiscale.⁵⁰

2.2. – *Diritti di libertà, diritti sociali ed eguaglianza sostanziale*

Si fantastichi pure sulla società insieme libera e giusta, in cui siano globalmente e contemporaneamente attuati i diritti di libertà e i diritti sociali; le società reali, che abbiamo sotto agli occhi, nella misura in cui sono più libere sono meno giuste e nella misura in cui sono giuste sono meno libere⁵¹.

In questo passo Bobbio sembra condividere due idee molto diffuse: la prima è che i diritti sociali siano fondati sul valore dell'eguaglianza sostanziale,⁵² mentre i diritti di

⁴⁸ «Le imposte fiscali non comportano una sottrazione a chi ne è soggetto di qualcosa che in precedenza era sua. [...] La proprietà privata consiste in un insieme di convenzioni giuridiche che è in parte determinato dal sistema di imposizione fiscale» (L. Murphy e T. Nagel, "Taxes, Redistribution, and Public Provision", *Philosophy & Public Affairs*, 30, 2001, pp. 53-71, alle pp. 53-54).

⁴⁹ Come nota T. H. Marshall, *op. cit.*, le aspirazioni all'eguaglianza «sono state soddisfatte in parte facendo entrare i diritti sociali nello *status* di cittadinanza e creando così un diritto universale a un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto» (p. 39).

⁵⁰ Distinguendo qui i diritti dagli strumenti necessari per tutelarli, non mi occupo dei costi della tutela, considerando i quali si potrebbe affermare che le risorse necessarie per provvedere di un'effettiva protezione i diritti di libertà non sono inferiori di quelle richieste per garantire i diritti sociali. Su questo tema si può vedere il recente volume di S. Holmes e C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti* (1999), Bologna, il Mulino, 2000.

⁵¹ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 41.

⁵² Sono moltissimi gli autori che riconducono i diritti sociali al valore dell'eguaglianza sostanziale; tra questi ricordo G. Azzariti, *op. cit.*, p. 29; A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 6; P. Biscaretti di Ruffia, "Uguaglianza (Principio di)", in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 19, Torino, UTET, 1973, pp. 1088-1092, alla p. 1092; E. Cheli, "Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella

libertà sono fondati sul valore della libertà; la seconda è che vi sia un'incompatibilità tra il valore dell'eguaglianza sostanziale e il valore della libertà, e così tra i diritti sociali e i diritti di libertà, che in questi valori incompatibili trovano il loro fondamento⁵³. Il problema che si pone è quindi duplice: se questi diritti possano ritenersi fondati su questi valori e se questi valori siano davvero in conflitto.

Libertà ed eguaglianza non sono certamente valori in conflitto⁵⁴. L'eguaglianza si contrappone alla disuguaglianza, non alla libertà, e quest'ultima si contrappone alla mancanza di libertà. Dal punto di vista giuridico, mentre l'eguaglianza e la disuguaglianza riguardano la distribuzione tra gli individui di obblighi e diritti, la libertà può essere conferita a un singolo individuo, ad alcuni individui, a tutti gli individui. Se è conferita a tutti nella stessa misura, si dirà che gli individui hanno *eguale libertà*, altrimenti si dirà che non hanno eguale libertà.

Qui però si parla non di un conflitto tra la libertà e l'eguaglianza, ma di un conflitto tra la libertà e l'*eguaglianza sostanziale*, cioè l'eguaglianza nel possesso o nel godimento dei beni⁵⁵. Si può ritenere che quest'ultimo conflitto vi sia?

Comunemente si ritiene che il conflitto tra la libertà e l'eguaglianza sostanziale possa essere negato soltanto ove si attribuisca alla parola 'libertà' un significato diverso da quello prediletto dalla tradizione politica liberale, indicato con il termine 'libertà negativa'⁵⁶. Un individuo ha una libertà negativa se può compiere o non compiere una determinata azione senza che altri gli impediscano di compierla o lo costringano a compierla⁵⁷. Mancare di una

Costituzione italiana", in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1773-1796, alla p. 1774; G. Corso, "I diritti sociali nella Costituzione italiana", cit., pp. 759, 781; M. Luciani, *op. cit.*, pp. 100-116; M. Mazziotti, "Diritti sociali", cit., p. 805; B. Pezzini, *op.cit.*, p. 193; D. Zolo, "La strategia della cittadinanza", cit., pp. 29-30.

⁵³ Vedi A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 6; T. H. Marshall, *op. cit.*, pp. 8, 38-40; D. Zolo, "La strategia della cittadinanza", cit., pp. 27-31.

⁵⁴ Vedi N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 3-5.

⁵⁵ 'Eguaglianza sostanziale', così come 'eguaglianza formale', è in effetti un'espressione utilizzata dai giuristi in significati differenti (vedi in proposito L. Gianformaggio, "L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?", in *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 95-112). Per quanto concerne il concetto di eguaglianza sostanziale cui qui mi riferisco vedi N. Bobbio, *op. ult. cit.*, pp. 26-29.

⁵⁶ La contrapposizione tra libertà negativa e libertà positiva è divenuta un *topos* delle discussioni di teoria politica e di teoria giuridica a partire dal noto saggio di I. Berlin, "Due concetti di libertà", in *Quattro saggi sulla libertà* (1969), Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 185-241. Mentre 'libertà negativa' è un termine tutto sommato non equivoco, che designa la possibilità di compiere azioni che è data a un individuo non sottoposto a coercizione o minacce, 'libertà positiva' è, fin dalle pagine di Berlin, un termine equivoco che può essere utilizzato per indicare cose diverse, tra cui le seguenti: (a) l'autonomia individuale, cioè la capacità di darsi regole per il proprio agire; (b) poteri giuridici di autonomia, cioè poteri di partecipare alla produzione di norme giuridiche che abbiano effetti sulla propria posizione giuridica; (c) la possibilità di compiere azioni che è data a un individuo in grado di compierle, provvisto dei mezzi economici necessari per compierle e non sottoposto a coercizione e minacce. L'idea predominante tra i giuristi e gli studiosi di teoria politica è che vi sia una relazione di incompatibilità tra l'eguaglianza sostanziale e la libertà negativa e un rapporto di coerenza tra l'eguaglianza sostanziale e la libertà positiva intesa nel senso (c): per un breve esame e una critica della distinzione tra libertà negativa e libertà positiva intesa in tal senso rinvio a E. Diciotti, "Libertà individuale e mercato", in corso di stampa in *Teoria politica*, 20, 1, 2004.

⁵⁷ Forse è opportuno mettere in evidenza che il termine 'libertà negativa' è qui usato in un significato diverso da quello che ad esso è talvolta attribuito dagli studiosi italiani di diritto costituzionale. Tra questi, ad esempio, A. Pace, "Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei", in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 303-332, il quale critica l'idea secondo cui i diritti costituzionali di libertà consisterebbero in libertà negative,

libertà negativa significa dunque sottostare a un potere o a una costrizione, essere posto in catene o essere minacciato, e poiché questa situazione non ha nulla a che vedere con il possesso di beni, dicono comunemente i pensatori liberali, si può essere liberi o non liberi a prescindere dai beni di cui siamo in possesso o che possiamo utilizzare. Però, dicono ancora alcuni di questi pensatori, il tentativo di garantire, in qualche misura, l'eguaglianza sostanziale, cioè l'eguaglianza nel possesso dei beni, comporta una riduzione della libertà negativa, o delle libertà negative, degli individui.

Si potrebbe discutere a lungo dell'idea che i tentativi di garantire l'eguaglianza sostanziale diano inevitabilmente luogo all'instaurazione di regimi politici autoritari, in cui molte libertà individuali sono soppresses⁵⁸. Ma poco vi è da discutere sull'idea secondo cui la libertà negativa di un individuo non dipende dai beni di cui è in possesso o che può utilizzare: essa è indubbiamente sbagliata.

Avere una libertà negativa equivale infatti ad avere (quello che ho chiamato) un diritto di agire, cioè il diritto di compiere un'azione *X*. E, come ho detto più volte, non è sensato affermare che un individuo ha il diritto di compiere un'azione *X* se egli non ha il diritto di utilizzare i beni necessari per compiere l'azione *X*. Pertanto, una condizione che deve essere soddisfatta affinché tutti gli individui abbiano un'eguale libertà di compiere una certa azione *X* è che ciascuno di essi abbia il diritto di far uso di una stessa quantità dei beni *Z* che devono essere necessariamente usati per fare *X*. Tale condizione può ottenersi fondamentalmente in due modi: conferendo a ciascun individuo la proprietà individuale di una stessa quantità di beni *Z*; oppure conferendo a tutti gli individui la proprietà comune dei beni *Z*⁵⁹. Quale che sia il modo prescelto, non vi è dubbio che l'eguale libertà di compiere un'azione *X*, cioè un'eguale libertà negativa, richiede una certa misura di eguaglianza sostanziale.

Da ciò segue che a tutti gli individui possono essere garantite (nella stessa misura) le stesse libertà negative soltanto se ad essi è garantito il possesso di una stessa quantità di beni o l'uso degli stessi beni. Cioè, se ad essi è garantita una completa eguaglianza sostanziale⁶⁰.

Ora, si deve osservare che soltanto alcune libertà negative sono considerate "fondamentali", e dunque meritevoli di particolare protezione, nel nostro e in altri ordinamenti giuridici. Dunque, non si può sostenere che la tutela delle libertà "fondamentali" richieda una completa eguaglianza sostanziale. Però è indubbio che un'effettiva tutela di queste libertà richiederebbe una certa misura di eguaglianza sostanziale, limitata ai beni necessari per l'esercizio di esse.

assumendo che avere una libertà negativa equivalga ad avere un *diritto relativo*, il cui corrispettivo è costituito unicamente da un *non facere* dello Stato (pp. 312-316; vedi anche A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 34-35). Conformemente alle definizioni maggiormente diffuse nella teoria politica contemporanea, nel mio testo il termine 'libertà negativa' si riferisce alla situazione in cui l'azione di un individuo non è volontariamente ostacolata da alcun altro individuo; nel contesto di un discorso giuridico, esso indica dunque un *diritto assoluto*.

⁵⁸ Per una tesi di questo genere vedi ad esempio M. Friedman, *Efficienza economica e libertà* (1962), Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 25-45.

⁵⁹ Cfr. G. A. Cohen, *Self-ownership, Freedom, and Equality*, cit., pp. 93-94. Oltre a questi, vi è in effetti un terzo modo: permettere a tutti gli individui di far uso di beni *Z* al fine di fare *X*, pur essendo i beni *Z* oggetto di proprietà privata. Questa via può però essere seguita solo in alcune limitate circostanze, poiché nessuno avrebbe un interesse ad acquisire la proprietà di beni *Z* se questi potessero poi essere liberamente utilizzati da tutti gli individui.

⁶⁰ Per questa riconciliazione della libertà con l'eguaglianza sostanziale, vedi ad esempio G. A. Cohen, *op. ult. cit.*, pp. 92-111; H. Steiner, *op. cit.*, pp. 216-221.

Peraltro, come ho già avuto modo di notare, non tutti i diritti di libertà riconosciuti nel nostro o in altri ordinamenti giuridici consistono in libertà negative, ovvero sia in diritti di agire (ad esempio, non consistono in diritti di agire l'inviolabilità del domicilio e la segretezza della corrispondenza); pertanto non tutti i diritti di libertà richiedono forme di eguaglianza sostanziale. E tra questi diritti ve ne sono due chiaramente in conflitto con l'eguaglianza sostanziale: la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata. Ciò dovrebbe risultare abbastanza chiaro considerando la discussione già svolta sulla relazione tra i diritti di libertà e il libero mercato: l'eguaglianza sostanziale si contrappone al libero mercato, per cui la proprietà privata e la libertà di iniziativa economica, cioè i diritti di libertà costitutivi del libero mercato, sono in conflitto con l'eguaglianza sostanziale.

Per riassumere, dunque, in una società in cui non sia realizzata alcuna forma di eguaglianza sostanziale non può essere garantito alcun diritto di libertà, a eccezione della proprietà privata, della libertà di iniziativa economica e di pochi altri (come l'inviolabilità del domicilio e la segretezza della corrispondenza). Per contro, ove si affronti la questione su un piano puramente concettuale, si può affermare che la gran parte dei diritti di libertà riconosciuti nel nostro e in altri ordinamenti può essere garantita in una società socialista, in cui sia realizzata una completa eguaglianza sostanziale. Se poi il tentativo di realizzare una società di questo genere abbia inevitabilmente l'effetto perverso di dar vita a governi autoritari o a forme di totalitarismo è un problema che qui non è possibile affrontare.

Così come la maggior parte dei diritti di libertà, anche la maggior parte dei diritti sociali richiede forme limitate di eguaglianza sostanziale. Infatti, anche questi diritti, così come i diritti di libertà, possono essere garantiti soltanto se agli individui è garantito il possesso di determinati beni o la possibilità di usarli.

Per approfondire la discussione si potrebbero distinguere i diritti sociali che richiedono e i diritti sociali che non richiedono forme di eguaglianza sostanziale. A questo punto, però, ciò sarebbe inutile per la soluzione delle questioni poste all'inizio del paragrafo. Tali questioni, infatti, sono già state risolte dalle seguenti conclusioni: 1) non si dà alcun conflitto tra la libertà e l'eguaglianza sostanziale, poiché per conferire una stessa libertà a tutti gli individui è necessario realizzare (almeno) una limitata eguaglianza sostanziale; 2) è sbagliato dire che i diritti di libertà e i diritti sociali si fondano sui diversi valori della libertà e dell'eguaglianza sostanziale, poiché gli uni e gli altri comprendono diritti di agire e possono quindi essere garantiti solo a condizione che siano realizzate forme limitate di eguaglianza sostanziale.

Un'ultima annotazione su questo tema. Talvolta, l'idea che i diritti di libertà e i diritti sociali siano fondati, rispettivamente, sul valore della libertà e sul valore dell'eguaglianza sostanziale, si accompagna all'idea che questi valori siano non contrastanti, ma complementari. L'eguaglianza sostanziale viene infatti considerata condizione necessaria per l'esercizio dei diritti di libertà, ovvero condizione necessaria dell'eguale opportunità di esercitare i diritti di libertà. Secondo quest'idea, accade negli ordinamenti giuridici liberali che i diritti di libertà siano conferiti a tutti gli individui, ma che non tutti gli individui si trovino nelle condizioni di poterli esercitare, o che comunque vi sia tra gli individui una diseguaglianza per quanto concerne le condizioni necessarie per esercitarli. Per fare un esempio, tutti avrebbero il diritto di manifestare il proprio pensiero tramite la stampa, ma chi è abbastanza ricco da poter acquistare la proprietà di un giornale ha certamente migliori opportunità di esercitare tale diritto. I

diritti sociali costituirebbero gli strumenti per mettere tutti gli individui nelle stesse condizioni di esercitare i diritti di libertà⁶¹.

Ebbene, anche questa posizione è da respingere per la stessa ragione per cui è da respingere quella precedentemente esaminata: avere un diritto di agire, come ad esempio quello di manifestare il proprio pensiero, e trovarsi nelle condizioni materiali di poterlo esercitare sono non due cose distinte, ma la stessa cosa. Per il fatto che il diritto di compiere un'azione *X* implica il diritto di far uso, al fine di fare *X*, dei beni *Z* necessari per fare *X*, non si può affermare che un individuo ha il diritto di manifestare il proprio pensiero tramite la stampa, ma non si trova nelle condizioni di poterlo esercitare per il fatto che non ha la possibilità di pagare per pubblicare le proprie opinioni. Chi può pubblicare le proprie opinioni soltanto a pagamento, non ha in effetti il diritto di pubblicare le proprie opinioni, ma ha il diritto di stipulare un contratto per la pubblicazione delle proprie opinioni, ovvero sia un potere di autonomia privata. Insomma, non avere i mezzi materiali per esercitare un diritto significa non avere tale diritto, anche se esso è sancito solennemente nel testo di una costituzione.

3. – *Stato di diritto, diritti di libertà e diritti sociali*

Nelle pagine precedenti non ho esaminato tutte le tesi relative alla distinzione tra i diritti di libertà e i diritti sociali. Credo però di aver mostrato (a) che tra queste classi di diritti non vi è quel conflitto di cui molti parlano; (b) che un conflitto oppone semmai i diritti sociali a due specifici diritti di libertà, cioè la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata; (c) che però questi due diritti, per le stesse ragioni per cui possono essere considerati contrastanti con i diritti sociali, possono essere considerati contrastanti anche con gli altri diritti di libertà, o almeno con la gran parte di essi. Considerando quest'ultima conclusione, e le ragioni da cui discende, si può affermare che, contrariamente a opinioni piuttosto diffuse, la maggior parte dei diritti etichettati come diritti di libertà potrebbero essere tutelati in una società comunista, ma non in uno stato "minimo" in cui i beni pubblici si riducessero fin quasi a scomparire, le regole del mercato regnassero incontrastate e venisse a mancare ogni forma di redistribuzione della ricchezza.⁶² Si può cioè affermare che fa maggior senso parlare di uno *stato comunista di diritto* di quanto ne faccia parlare di uno *stato "minimo" di diritto*.

Queste conclusioni non rendono peraltro insostenibile la tesi secondo cui lo stato di diritto non può garantire i diritti sociali, o non deve spingersi troppo oltre nel garantirli.⁶³ Credo però che la indeboliscano molto.

⁶¹ Vedi, tra gli altri, A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 7; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 14; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 259; P. Calamandrei, Piero, "L'avvenire dei diritti di libertà", cit., pp. 196-197; E. Cheli, *op. cit.*, p. 1774; G. Corso, "Diritti umani", cit., p. 65; L. Principato, "I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali", cit., pp. 888-889; P. Caretti, *op. cit.*, p. 372; M. Mazziotti, "Diritti sociali", cit., pp. 805-806 (diversa la strategia seguita da L. Luciani, *op. cit.*, che nega l'assenza di ogni *antagonismo logico* tra libertà e eguaglianza sostanziale, assumendo che i due valori trovino una conciliazione nel principio democratico).

⁶² Un'opinione contraria è espressa da G. Corso, "Diritti umani", cit., p. 67, secondo cui «[l]a filosofia politica dei diritti di libertà è quella dello Stato minimo».

⁶³ Sulla tesi, sostenuta da vari giuristi del Novecento, del contrasto tra stato di diritto e diritti sociali, vedi A. Baldassarre, *op. cit.*, pp. 3-5; L. Principato, "I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali", cit., pp. 873-887.

Questa tesi potrebbe ad esempio essere sostenuta argomentando che la tutela dei diritti sociali innesca inevitabilmente meccanismi politici o amministrativi che mettono a rischio la struttura dello stato di diritto o la gran parte dei diritti che esso ha il compito di garantire.⁶⁴ Ma un'argomentazione di questo genere risulterà difficilmente persuasiva, dipendendo da incerte valutazioni o da generalizzazioni alquanto avventurose relative alle dinamiche della politica e della società, e tutto sommato scarsamente plausibile ove si tenga conto delle esperienze novecentesche di alcune forme di stato sociale.

Oppure questa tesi potrebbe essere sostenuta adottando una definizione dello stato di diritto secondo cui compito primario di uno stato di questo tipo è assicurare la massima libertà ed estensione del mercato e la pienezza dei diritti di proprietà. Una siffatta definizione, però, avrebbe il difetto di lasciar fuori dalla lista dei diritti da tutelare in uno stato di diritto molti di quelli che sono solitamente considerati costitutivi di questo.

Di fatto, la posizione secondo cui lo stato di diritto non ha il compito di tutelare i diritti sociali dipende spesso dall'idea che la proprietà privata e il libero mercato abbiano una posizione privilegiata tra i valori in cui si identifica uno stato di questo tipo. Quest'idea può ad esempio trovarsi nelle pagine di Carl Schmitt, secondo cui l'odierno stato di diritto, ovvero lo stato borghese di diritto,⁶⁵ si caratterizza in definitiva per il fatto di limitarsi «unicamente a salvaguardare [...] l'ordinamento giuridico borghese, che si basa sulla proprietà privata e sulla libertà personale e considera lo Stato come il garante armato di questa sicurezza, tranquillità e ordine borghese».⁶⁶ E si trova anche, sebbene sotto altra forma, negli scritti di Friedrich von Hayek, che definisce lo stato di diritto come uno stato che, tramite leggi generali e astratte, garantisce la libertà individuale, concepita come bene di cui è possibile godere solo ove sia adeguatamente protetta la proprietà privata, e si astiene dall'interferire con il libero mercato per

⁶⁴ Vedi ad esempio N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, nuova ed., Bologna, il Mulino, 1997, pp. 36-37, dove si argomenta che lo stato sociale determina il primato del politico, con tutta una serie di catastrofiche conseguenze: «Abbiamo [...] una crisi dell'unità dell'ordinamento giuridico, con una legislazione contingente, non più riconducibile nel sistema, il quale aveva nei suoi principi giuridici, nei suoi istituti, nei suoi concetti basilari un'intrinseca razionalità. Viene meno anche la separazione dei poteri, perché [...] nell'applicazione della legge prevale spesso il valore della giustizia su quello della certezza. Lo Stato contemporaneo è sempre più uno Stato amministrativo, ma con una nuova mentalità: [...] la giustizia nell'amministrazione è sovente violata da norme derogatorie dal diritto privato e dal diritto costituzionale. Pure la legge perde la sua sovranità: lo Stato, infatti, silenziosamente accetta che vi siano forze al suo interno, come i sindacati, che hanno il diritto di violare la legge comune». Oppure L. von Mises, *Socialismo* (1922), Milano, Rusconi, 1989, p. 583, dove, dopo aver mostrato il carattere fallimentare di interventi nel libero mercato volti ad assicurare forme di eguaglianza sostanziale, afferma: «Se il governo, posto davanti a questo fallimento del suo primo intervento, non è pronto ad annullare questa sua interferenza nel mercato a ritornare a una economia libera, esso deve aggiungere a questa sua prima misura sempre di nuovo e sempre di più regolamentazioni e restrizioni. Andando avanti passo dopo passo in questo modo, alla fine esso perviene a un punto in cui è scomparsa qualsiasi libertà degli individui».

⁶⁵ Secondo Schmitt, lo stato borghese di diritto è una specie dello stato di diritto, che può essere definito come uno stato «che rispetti incondizionatamente il diritto oggettivo vigente e i diritti soggettivi esistenti. Ciò significherebbe legittimare e perpetuare lo *status quo* vigente e ritenere i “diritti regolarmente acquisiti”, siano essi dei singoli o di associazioni o corporazioni, più importanti della sicurezza e dell'esistenza politica dello Stato» (C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, pp. 176-177).

⁶⁶ C. Schmitt, *op. cit.*, pp. 177-178. Sulla stessa linea di Schmitt procede anche Ernst Forsthoff, nelle sue opere volte a mostrare l'inconciliabilità dello stato di diritto con i diritti sociali: «[l]o stato di diritto è legato allo *status quo* economico e sociale, e chi non vuole rinunciare ai valori ed alle garanzie dei valori potrà ritenersi appagato dalla constatazione che lo stato di diritto protegge il “sistema di valori” che traspare da questo *status quo*» (E. Forsthoff, *op. cit.*, p. 7).

perseguire scopi di giustizia distributiva.⁶⁷ Sia la concezione di Schmitt sia quella di Hayek potrebbero essere criticate mettendo in luce che la maggior parte dei diritti di libertà non possono in effetti essere garantiti da uno stato che non si preoccupi di porre limiti appropriati alla proprietà privata e al libero mercato. Però, se il fine principale è la conservazione dello *status quo* di una società borghese o la libertà del mercato, allora l'attribuzione a tutti gli individui di eguali diritti di libertà passa in second'ordine, e con essa la tutela dei diritti sociali; uno stato che abbia questo fine potrà anche garantire alcuni servizi sociali, ma solo nei limiti in cui ciò non determini lesioni evidenti dei diritti di proprietà o non faccia sorgere impedimenti al buon funzionamento del libero mercato.

Sulle ragioni che potrebbero essere addotte per sostenere che lo stato di diritto deve tutelare i cosiddetti diritti sociali non è possibile qui soffermarsi. Mi limito a notare che l'attribuzione ai diritti sociali di una posizione subalterna rispetto ai diritti di libertà è davvero strana, sia perché, come ho cercato di chiarire, non appare molto sensata la distinzione stessa di queste due classi di diritti, sia perché la tutela di alcuni dei cosiddetti diritti sociali assicura agli individui beni che sono sicuramente più importanti dei beni garantiti dai cosiddetti diritti di libertà. Infatti, per quanto grande sia l'amore che abbiamo per la libertà di manifestare il nostro pensiero o per la libertà di riunirci pacificamente e senz'armi, difficilmente sarà più grande di quello che abbiamo per la nostra salute o, più in generale, per tutti quei beni di cui abbiamo bisogno per mantenerci in vita.

⁶⁷ Vedi F. von Hayek, *La società libera* (1960), Formello, SEAM, 1998, pp. 187-302, e anche *Legge, legislazione e libertà* (1982), Milano, il Saggiatore, 1994, soprattutto pp. 262-331.