

GIORGIO MANIACI

La dittatura dei diritti indisponibili

ABSTRACT

The main rhetoric of rights seems to permit to cheat people in many ways. It is possible to restrain the liberty of an individual by attributing him a right that he cannot not exercise. In this article, I shall examine to what extent, and with which theory, it would be possible, from a semantic point of view, to attribute rights that we cannot not exercise.

La retorica attuale dei diritti sembra sufficientemente elastica da consentire inganni colossali. Si può, infatti, restringere la libertà di un individuo senza bisogno di affermare “Non devi fare X” o “È vietato fare X”, ma attribuendogli invece un diritto. Basta rendere questo diritto indisponibile. Se il diritto di essere curati dallo Stato diventa indisponibile ciò implica che non è permesso, cioè è vietato, se non sempre nella maggior parte dei casi, non curarsi. In questo articolo esamino fino a che punto, in base a quale teoria, ed entro quali limiti sarebbe semanticamente corretto attribuire diritti indisponibili.

KEYWORDS

theories of rights, liberalism, rights which cannot not be exercised

teorie dei diritti, liberalismo, diritti indisponibili

GIORGIO MANIACI*

La dittatura dei diritti indisponibili

1. *Introduzione* – 2. *Retorica dei diritti* – 3. *Ci sono alternative alla Interest Theory e alla Choice Theory?* – 4. *Conclusione*.

«Qui abbiamo coniato un eufemismo per definire la Dittatura, la chiamiamo il Processo. Processo di Riorganizzazione Nazionale, così era stato chiamato dai militari. Per gli uni il processo di normalizzazione del paese, per gli altri di sterminio. Tutte le dittature mascherano la loro immagine, e il linguaggio è un mezzo per mascherarla. Se la crudeltà viene chiamata fermezza cessa di essere crudeltà»

(MANUEL VAZQUEZ MONTALBAN,
Quintetto di Buenos Aires, 1997)

1. *Introduzione*

Parte (o larga parte, a seconda del diritto in questione) della dottrina e giurisprudenza italiana ritiene opportuno, corretto interpretare alcuni diritti, come il diritto alla salute, il diritto

* Ricercatore in Filosofia del diritto, Università di Palermo. E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it. Ringrazio Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Giovan Battista Ratti, Francesca Poggi, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Marco Brigaglia, Alessandro Tesauro per i loro suggerimenti.

alla vita, all'integrità fisica come diritti fondamentali, personalissimi, inalienabili, e (in misura maggiore o minore, a seconda del diritto in questione) irrinunciabili, indisponibili¹. Quest'ultima idea è così diffusa in alcuni ambienti giuridici e non giuridici da essere considerata un'ovvia verità, una verità così scontata che è quasi blasfemo metterla in discussione. Ciononostante proverò a mettere in discussione, *almeno in parte*, la correttezza di tale idea, ponendomi il seguente interrogativo: se all'interno dell'ordinamento giuridico S (uno Stato costituzionale di diritto) viene attribuito da una norma costituzionale il diritto, ad esempio, alla salute, e se questo viene interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come *indisponibile*, se, cioè, i cittadini non hanno la possibilità di paralizzare temporaneamente o permanentemente l'obbligo correlativo al diritto, l'obbligo dello Stato di effettuare determinate prestazioni sanitarie, si può ancora sensatamente parlare (esclusivamente) di un

¹ Sul diritto alla salute e alla vita come diritti (parzialmente) indisponibili cfr., in generale, la giurisprudenza del caso Englaro, in particolare Corte di appello di Milano, 17/10/2003; Corte di appello di Milano, 15-16/11/2006; BONACCORSI 2008, 433-435; GUERRA 2008, 439 ss. e la letteratura ivi citata. In particolare, la giurisprudenza della corte di appello e di un tribunale negavano rilevanza alle dichiarazioni anticipate di trattamento per un paziente divenuto incompetente (in stato vegetativo permanente), dichiarazioni che, se rispettate, avrebbero portato al distacco del trattamento sanitario che teneva il paziente in vita. In questo senso, il paziente era obbligato a ricevere un trattamento sanitario, seppure in senso stretto non curativo. Chiaramente, come dirò in seguito, sono soprattutto il diritto alla vita e il diritto all'integrità personale ad essere considerati dalla giurisprudenza penale tendenzialmente indisponibili, visto il divieto giuridico di omicidio del consenziente, e visto che la giurisprudenza ritiene che il consenso dell'avente diritto non sia una valida causa di giustificazione nel reato di lesioni personali gravi. Si veda *infra*, n. 4.

diritto alla salute? Quanto detto implica l'opportunità di distinguere tre concetti: intrasferibilità *inter vivos*, o *mortis causa*, di un diritto, rinunciabilità alla sua titolarità, e indisponibilità². Per intrasferibilità intendo l'impossibilità che un diritto venga trasferito a titolo oneroso o gratuito a terzi, *inter vivos* o *mortis causa* (alienare ad esempio il mio diritto alla salute); l'inalienabilità sarebbe, dunque, parte del concetto di intrasferibilità. Per rinuncia alla titolarità intendo la possibilità per il titolare di rinunciare in modo definitivo, non all'esercizio, ma alla titolarità del diritto, precludendosi in futuro la possibilità di esercitare tale diritto. Per indisponibilità o irrinunciabilità intendo semplicemente l'impossibilità di rinunciare, in relazione ad un certo caso o spazio-tempo, all'esercizio del diritto, alla sua realizzazione o all'adempimento dell'obbligo correlativo al diritto. In questa sede mi occuperò soltanto del problema dell'indisponibilità dei diritti.

Facciamo un esempio un po' provocatorio. Immaginiamo che lo Stato sostenga che esista un interesse fondamentale di tutti i cittadini, necessario alla realizzazione del loro benessere, ad essere svegliati presto la mattina. La pigrizia è, infatti, un tratto del carattere orribile e contrario all'interesse di ciascuno, oltre all'interesse pubblico ad una maggiore produttività sociale ed economica. Immaginiamo venga emanata una legge costituzionale che stabilisca che tutti i cittadini hanno un diritto fondamentale, inalienabile, alla sveglia mattutina alle sette (tale diritto presuppone, a sua volta, il diritto, anch'esso fondamentale, ad avere un telefono sempre funzionante dalle sette in poi).

Tale diritto si fonda sulla protezione dell'interesse a essere svegliati presto la mattina. Tale diritto è considerato anche indisponibile. Non solo non lo si può trasferire,

² Cfr. SIMMONDS 1998, 229 ss.

cedere, vendere a terzi (è cioè intrasferibile e inalienabile), ma non si può rinunciare all'esercizio del diritto, il titolare non ha alcun potere di paralizzare l'obbligo dello Stato di soddisfare questo diritto (allo stesso modo è considerato indisponibile il diritto ad avere un telefono sempre funzionante dalle sette in poi). Dunque, lo Stato ha l'obbligo di svegliare ogni cittadino la mattina presto. È obbligatorio per lo Stato svegliare i cittadini la mattina presto ovvero è vietato, per lo Stato, non svegliare i cittadini la mattina presto. Si può ancora sensatamente affermare che ho (soltanto) il diritto ad essere svegliato la mattina presto? Oppure ho (anche) l'obbligo di essere svegliato la mattina presto?

Il problema è che, nell'ordinamento S ipotizzato, non esiste espressamente una norma che stabilisca che i cittadini hanno l'obbligo di svegliarsi la mattina presto (che è differente dall'obbligo di essere svegliati dallo Stato). E tuttavia, se qualcuno – lo Stato – ha l'obbligo di svegliarmi la mattina presto, ciò significa che logicamente, concettualmente, sensatamente, ho, come “creditore”, l'obbligo di ricevere la prestazione, salva la possibilità di modificare, estinguere o paralizzare l'obbligo medesimo. Se sono creditore nei confronti di Tizio di 100 euro, devo in buona fede consentirgli di sdebitarsi, cioè ricevere la prestazione, salvo estinguere l'obbligo stesso. Se, tuttavia, non posso estinguere o paralizzare l'obbligo di Tizio, perché il diritto corrispondente è indisponibile, devo allora ricevere la prestazione dal titolare dell'obbligo, cioè ho l'obbligo di ricevere 100 euro o, nel nostro caso, l'obbligo di svegliarmi la mattina presto.

Dunque, come cittadino ho il diritto di essere svegliato la mattina presto, ho il diritto a non essere pigro o a lottare contro la pigrizia. E lo Stato ha l'obbligo di soddisfare, realizzare tale diritto. Tale diritto è, tuttavia, indisponibile. Non c'è modo di rinunciarvi. Non posso modificare o paralizzare l'obbligo dello Stato di svegliarmi la mattina presto, e neppure l'obbligo di ricevere la prestazione. In

particolare, se il diritto ad essere svegliati la mattina presto viene reso indisponibile, ciò significa che è fatto divieto di rinunciare all'esercizio del diritto o di paralizzare a certe condizioni l'adempimento dell'obbligo da parte dello Stato.

In sintesi, non si può dire che come cittadino abbia l'obbligo di svegliarmi la mattina presto, né che abbia l'obbligo di tenere alcuni comportamenti il cui scopo è svegliarmi la mattina presto: ad esempio mettere la sveglia. Tuttavia è vietato, ovvero è obbligatorio non, paralizzare l'adempimento dell'obbligo dello Stato di svegliarmi la mattina presto. È vietato, dunque, rifiutare la prestazione dello Stato che consiste nell'essere svegliati la mattina presto. Dunque è vietato rifiutare o impedire di essere svegliati dallo Stato la mattina presto ovvero non è permesso non essere svegliati dallo Stato la mattina presto³. Ovviamente tale divieto – di non essere svegliati dallo Stato la mattina presto – può assumere varie forme. È possibile, ad esempio, che io non possa – sempre giuridicamente, pena sanzioni di qualche genere – “rimuovere” il telefono situato in camera da letto e che questo suoni fino a quando non rispondo. Potrei utilizzare tappi per le orecchie, ma il suono è talmente forte che non posso non sentirlo. Oppure è possibile che non abbia l'obbligo di non rimuovere il telefono, ma che sia vietato

³ Sui rapporti tra divieti, obblighi e permessi, da BOBBIO 1993: Op (obbligatorio uccidere) è il contraddittorio di \sim Op (non obbligatorio uccidere), permesso non uccidere; O \sim p (obbligatorio non uccidere, cioè divieto di uccidere) è il contraddittorio di \sim O \sim p (non obbligatorio non uccidere, permesso uccidere); Pp, permesso uccidere, equivale a \sim O \sim p, non obbligatorio non uccidere; P \sim p, permesso non uccidere equivale a \sim Op non obbligatorio uccidere; O \sim p, obbligatorio non uccidere equivale al divieto di uccidere; divieto di non uccidere equivale a non permesso non uccidere (\sim P \sim p), cioè è obbligatorio uccidere, il cui contraddittorio è P \sim p, non obbligatorio uccidere.

non collaborare (non aprire la porta, ecc.) con i funzionari che immediatamente, una volta accertata l'interruzione della linea, bussano alla tua porta per riparare il telefono. Il fatto che non sia permesso non essere svegliati dallo Stato la mattina presto non è equivalente, lo abbiamo visto, al divieto di svegliarsi la mattina presto. E, tuttavia, ha senso affermare che la mia libertà (il permesso) di svegliarmi la mattina presto sia molto limitata, sebbene non venga sanzionato se mi sveglio tardi la mattina, perché non ho alcuna libertà di paralizzare l'interferenza di un soggetto quasi "onnipotente", rispetto ad un comune cittadino, come lo Stato, alcuna libertà di paralizzare l'interferenza non di un privato qualsiasi, ma della macchina dello Stato. Dunque ha senso affermare che almeno nella maggior parte dei casi non ho il permesso di svegliarmi tardi la mattina. "La maggior parte dei casi" perché l'essere svegliato dipende non tanto (o non solo) da un mio comportamento, ma da un comportamento altrui, cui sono soggetto, il comportamento del centralinista statale che mi chiama, il cui obbligo di chiamare potrebbe essere derogato, sospeso in presenza di circostanze eccezionali, cioè il cui inadempimento potrebbe essere giustificato dallo Stato in caso, ad esempio, di forza maggiore o caso fortuito.

Dunque lo Stato ha stabilito che tutti i cittadini hanno un diritto fondamentale ad essere svegliati la mattina presto, un diritto così importante da essere indisponibile. Certo si potrebbe affermare che politicamente, moralmente, è totalmente assurdo, salvo nello Stato del *Grande Fratello*, attribuire un diritto ad essere svegliati la mattina presto, oppure renderlo indisponibile. Giusto. Ma il problema è concettuale, logico. Se il diritto ad essere svegliati la mattina presto è interpretato come indisponibile e irrinunciabile, è ancora sensato parlare (soltanto) di un *diritto* a essere svegliati la mattina presto? Non credo proprio.

Logicamente si può dire che, se attribuiamo ai cittadini un diritto, indisponibile, ad essere svegliati la mattina

presto, ciò significa che è vietato non (dunque è obbligatorio) essere svegliati dallo Stato, ogni giorno, la mattina presto. O che i cittadini sono “soggetti” al potere dello Stato di svegliarli la mattina presto. Insomma significa che non è permesso, cioè che è vietato – se non sempre, almeno nella maggior parte dei casi – non svegliarsi la mattina presto.

2. *Retorica dei diritti*

La retorica attuale dei diritti sembra sufficientemente elastica da consentire inganni colossali. Si può, infatti, restringere la libertà di un individuo senza bisogno di affermare “Non devi fare X” o “È vietato fare X”, ma attribuendogli invece un diritto. Basta rendere questo diritto indisponibile. Se ho il diritto alla salute, e se tale diritto è qualificato come indisponibile, ciò significa che lo Stato ha l’obbligo di curarmi. Se ho un tumore al cervello, non posso pretendere legittimamente di non volermi curare, perché lo Stato ha l’obbligo di prendersi cura di me. Se lo Stato ha l’obbligo di prendersi cura di me, ha l’obbligo di tutelare la mia salute in caso di malattia. Chiaramente tale obbligo dello Stato, e dunque il correlativo divieto di non essere curati dallo Stato implicato da esso, può essere più o meno invasivo, più o meno restrittivo della mia libertà.

È possibile che l’obbligo dello Stato di curarmi in caso di malattia venga interpretato nel senso che non posso essere dimesso dall’ospedale fino a quando un medico non abbia accertato la mia guarigione. Ovvero che, una volta scoperto o accertato da un medico o da un ospedale pubblico che sono affetto da una certa malattia, non posso esimermi dal continuare le cure. Senza che, tuttavia, sia costretto a curarmi, se la malattia non venisse scoperta. E, tuttavia, tale obbligo potrebbe essere ancor più dispotico di così. Si potrebbe prevedere, infatti, l’obbligo del medico di base di visitare

periodicamente i cittadini più cagionevoli (bambini, anziani, malati cronici) e di sottoporli coattivamente alle cure una volta riscontrata una certa malattia. Ovvero l'esistenza di delatori pubblici pagati per "denunciare" malati riottosi. Il punto è il medesimo. Se lo Stato ha l'obbligo di curarmi ciò implica ragionevolmente che "È vietato – se non sempre, nella maggior parte dei casi di malattia – non curarsi"⁴.

Quanto detto vale non solo per i diritti sociali, in cui l'individuo avanza una pretesa nei confronti dello Stato, ma a maggior ragione per i diritti di libertà. Se interpretiamo il diritto alla salute come il diritto di curarsi, ad esempio il diritto di prendere le medicine che il medico privato mi ha prescritto per il mal di testa, cui corrisponde l'obbligo dello Stato di astenersi dall'impedirmi di curarmi, l'inganno o la contraddizione sembra ancora più evidente, qualora considerassimo tale diritto come irrinunciabile, un diritto all'esercizio del quale non posso rinunciare. In questo caso, infatti, la libertà di curarsi, anzi logicamente la libertà di non curarsi, sembrerebbe trasformarsi in un dovere di curarsi *tout-court* (che è il contraddittorio della libertà/permesso di non curarsi). Questo è ciò che accade interpretando come indisponibile il diritto alla vita o all'integrità personale. La dittatura dei diritti indisponibili, oltre ad essere verosimilmente fortemente paternalista, è profondamente ingannevole. Non si vuole soltanto che un soggetto faccia qualcosa, ciò che "noi comunità" vogliamo che faccia, che sia soggetto al nostro potere, ma è necessario altresì che egli sia ingannato, o meglio che

⁴ Va da sé che, fortunatamente, la giurisprudenza italiana non considera il diritto alla salute indisponibile in nessuno di questi sensi, anzi il diritto di rifiutare cure salva-vita da parte di adulti e competenti è saldamente tutelato, soprattutto in virtù del comma 4 dell'art. 32 cost. it. Si veda *supra*, n. 1 e la famosa sentenza Englaro del 2007 e la giurisprudenza ivi citata.

“consenta” all’uso di tale potere, che egli pensi o si convinca che ciò sia nel suo interesse, per il suo bene. Non “ti” stiamo imponendo, sembra dire lo Stato, un obbligo assistito dalla minaccia di sanzioni liberticide, ma ti stiamo attribuendo un diritto fondamentale, un diritto così importante, così fondamentale da essere indisponibile, irrinunciabile. Neanche i nazisti giunsero a tanto. Probabilmente perché non avevano senso dell’ironia. Immaginate l’ironia crudele di una norma legislativa che stabilisca che tutti gli ebrei, che hanno le caratteristiche XYZ, hanno il diritto di essere uccisi nei forni crematori. Diritto che unanimemente giudici, giuristi e funzionari interpretano come indisponibile. Gli ebrei, infatti, che hanno le caratteristiche XYZ non possono paralizzare (o rinunciare al) l’adempimento dell’obbligo dello Stato di ucciderli.

Altrettanto divertente potrebbe essere, se pensiamo ai fondamentalisti religiosi di tutto il mondo che interpretano il diritto alla vita come indisponibile, ma tengono alla loro castità, se una Corte Costituzionale si svegliasse un giorno e affermasse che il diritto di persone adulte ad avere relazioni sessuali, chiaramente riconosciuto implicitamente dalla costituzione, è in larga misura irrinunciabile e indisponibile, cioè non può non essere esercitato (ad esempio, è vietato non avere relazioni sessuali eterosessuali od omosessuali, ove se ne presenti la minima occasione, in luoghi privati, salvo la concorrenza di altri bisogni fondamentali, come urinare, lavorare, mangiare, ecc.). Possiamo anche immaginare Groucho Marx, in una versione inedita della *Guerra Lampo dei fratelli Marx*, sostenere che gli abitanti della ribelle regione di Sylvania hanno un diritto naturale, fondamentale, inalienabile, irrinunciabile, imprescrittibile ad essere massacrati. Dunque, la norma che stabilisce il diritto di essere uccisi e massacrati (oppure quello alla salute) è così fondamentale da implicare, per soggetti agenti adulti e competenti, almeno nella maggior parte dei casi, ciò che appare come una norma in palese conflitto con la precedente,

cioè quella che prevede il divieto di non essere uccisi o massacrati o l'obbligatorietà di essere uccisi o massacrati. Ma è così?

Una possibile spiegazione del fatto che alcuni autori abbiano interpretato l'espressione "I cittadini dello Stato X hanno diritto alla salute" nel senso che "Lo Stato ha il dovere di tutelare la salute dei suoi cittadini, dovere dal cui adempimento i cittadini non possono in alcun modo esentarlo" è far riferimento ad un'applicazione fuorviante che a volte si fa dello schema hohfeldiano. Una possibile interpretazione dello schema hohfeldiano è che logicamente un diritto soggettivo (il diritto di fare X) può essere interpretato anche come ciò che Hohfeld denomina "una pretesa" (*a claim*) e che una pretesa, in base ad una definizione diffusa, è logicamente compatibile con l'assenza della libertà di fare X o non X, in capo al titolare del diritto, l'assenza del potere di esentare il titolare dell'obbligo dal fare X, nonché l'assenza del potere giuridico di compiere una qualche azione per far sì che il titolare dell'obbligo compia X. E, tuttavia, sebbene una pretesa hohfeldiana sia logicamente compatibile con l'assenza di una libertà di fare o non fare X in capo al titolare della pretesa, "normalmente", "nell'uso ordinario", "negli usi tipici" si considera, di fatto, inscindibile la pretesa che altri facciano X dalla libertà di fare o non fare X in capo al titolare della pretesa medesima⁵.

Questa interpretazione e applicazione dello schema hohfeldiano è parzialmente fuorviante o ambigua e può dar luogo alla temibile dittatura dei diritti indisponibili. Tale

⁵ Sullo schema di Hohfeld cfr. PINO 2010, KRAMER 1998, BARBERIS 2006. L'interpretazione che considero poco accettabile dello schema hohfeldiano sembra accolta da PINO 2010, 86. Per una definizione differente di "pretesa", incentrata sul permesso/potere di esigere l'adempimento dell'obbligo cfr. GUASTINI 2014, 79.

schema hohfeldiano può essere inteso, infatti, nel senso che *astrattamente*, logicamente, è possibile interpretare l'uso dell'espressione "Ho diritto alla salute" nel senso di una *soltanto* delle posizioni atomiche hohfeldiane, pretesa (*claim*) compresa, perché questo è uno dei sensi possibili, sebbene non è frequente che un diritto venga interpretato solo come una pretesa, ma che in determinate circostanze è moralmente giusto o opportuno qualificare il diritto soggettivo come un fascio di posizioni hohfeldiane, logicamente separabili, ma moralmente inscindibili. Ciò implica che considerare il diritto alla salute soltanto come una *pretesa*, piuttosto che l'insieme di una pretesa e di una libertà (*privilege*) di fare e non fare, sarebbe semplicemente una scelta etica, morale, politica. Se questa interpretazione dello schema hohfeldiano è parzialmente errata, cercherò di proporre un'altra maggiormente accettabile. Con ciò non voglio sostenere che l'interpretazione che proporrò sia l'interpretazione più aderente al pensiero di Hohfeld. Questo non lo so né è parte di questo lavoro investigarlo. Voglio affermare che considerare il diritto alla salute soltanto come una pretesa non corrisponde al modo in cui usiamo attualmente l'espressione "avere un diritto" e al modo in cui si dovrebbe interpretarla in base a una teoria del significato accettabile.

Il nocciolo della mia tesi si può ridurre a questo. Come sostengono tanti autori, l'attribuzione di significato ad un'espressione non è mai a-contestuale, cioè non avviene in modo del tutto indipendente da un contesto, contesto di assunzioni concettuali, implicature conversazionali, assunti di senso comune, che fanno da sfondo all'uso di una espressione. A volte può mancare un co-testo, ma non manca mai un contesto di assunzioni di sfondo, credenze, schemi concettuali, categorie interpretative di vario genere all'interno delle quali un'espressione viene correttamente interpretata. Gli esempi in letteratura non mancano. Il contesto spiega perché ad una persona che ordina un panino al formaggio in

un bar non venga normalmente portato un panino chiuso ermeticamente in un barattolo; perché se sul cartello dinanzi il giardino pubblico si afferma che non si deve calpestare l'erba, questa norma non si applica ai ciuffi di erba che fuoriescono dai mattoni del selciato; perché se chiedo al giardiniere di tagliare il prato questi non userà le forbicine per le unghie; spiega perché è inadeguato che lo zio, cui sia stato detto di insegnare un gioco al nipote di cinque anni, gli insegni lo strip-poker (Wittgenstein); perché è infelice o bizzarro dire di un bambino di cinque anni che è scapolo, sebbene sia vero (Austin)⁶.

Le assunzioni relative al contesto possono avere un contenuto sostanziale, morale, possono essere massime generiche applicabili per la buona riuscita di una conversazione ordinaria (massima della sincerità, brevità, collaborazione). Una delle implicature tipiche è che l'uso di un'espressione, salvo casi d'irrazionalità o di insensatezza, ha normalmente uno scopo comunicativo, descrittivo o di altro genere. E nell'ambito del diritto e della morale normalmente c'è uno scopo pratico, prescrittivo di qualche genere, collegato all'emanazione di una direttiva, di una norma. Per quale scopo in un ordinamento giuridico S si dovrebbe emanare una norma che attribuisce esclusivamente una pretesa nel senso di Hohfeld? In altri

⁶ Per questi esempi cfr. DICIOTTI 1999, POGGI 2006, VILLA 2012. In generale, alcuni autori, come Villa, distinguono opportunamente differenti tipi di contesto, un contesto distale che riguarda le assunzioni più generiche, di carattere generale (sul mondo, sulla natura umana) condivise da diversi popoli, da un contesto prossimale che concerne assunzioni più vicine alla cultura dell'emittente e del ricevente, maggiormente legate alla situazione concreta. Su questo punto e sulle teorie contestualiste cfr. SEARLE 1978, VILLA 2012, la letteratura ivi citata, e la parte monografica del numero 13/2013 della rivista *Diritto & Questioni pubbliche*.

termini, quale sarebbe lo scopo, il *point*, soggiacente all'attribuzione di una pretesa in capo al cittadino X, pretesa che lo Stato, titolare dell'obbligo, tuteli la salute di X, se il cittadino X non ha la libertà di non curarsi, se il cittadino X non può compiere alcuna azione diretta a far sì che lo Stato tuteli la sua salute, se il cittadino X non può esentare lo Stato dall'adempiere il suo obbligo? In altri termini, perché mai un legislatore o un emittente-tipo dovrebbe razionalmente emanare una norma che attribuisca un diritto alla salute in capo ad un individuo/cittadino X, se lo scopo è quello di attribuire essenzialmente un obbligo in capo allo Stato o all'emittente-tipo di tutelare la salute dell'individuo/cittadino, anche contro la sua volontà, e stabilire pertanto un divieto, in presenza di certe condizioni, di non essere curati in capo al medesimo⁷? È la stessa ragione per cui normalmente non si interpreta e non si deve interpretare un permesso come un permesso unilaterale e un permesso unilaterale come connesso ad un obbligo. Se in un locale pubblico c'è scritto "È permesso fumare", chi lo interpreterebbe nel senso che non è permesso non fumare? Sarebbe strano. Normalmente, dato che il fumo fa male alla salute, si trovano nei locali pubblici cartelli che stabiliscono il divieto di fumare. Ma se non fosse esplicitamente detto o chiaramente implicito nel contesto di sfondo (un contesto di sfondo bizzarro e diverso dal nostro), perché interpretare il cartello è permesso fumare nel senso che è obbligatorio fumare (non è permesso non fumare)⁸?

⁷ L'unico scopo, ovviamente, come vedremo dopo, potrebbe essere ingannare intenzionalmente i cittadini. Sarebbe un paternalismo ancora più feroce. Non soltanto lo Stato userebbe la coazione per limitare la libertà degli individui per tutelare ciò che ritiene sia il loro bene (stare sempre in salute), ma li tratterebbe, non come adulti razionali, ma come bambini cui è possibile o opportuno in certi casi mentire per il loro bene.

⁸ Normalmente un permesso unilaterale viene interpretato nel senso

L'aspetto interessante, infatti, dello schema hohfeldiano è che non si comprende lo scopo pratico dell'emanazione di una norma che attribuisca un diritto, qualora questo venga interpretato solo ed esclusivamente come una pretesa, che non implichi alcuna libertà di compiere l'azione rilevante, alcun potere di paralizzare l'adempimento dell'obbligo o di compiere una qualche azione diretta a far adempiere il titolare dell'obbligo. La stessa definizione di "pretesa", "claim", è una spia di ciò. La pretesa è definita da alcuni autori nei termini di un comportamento deonticamente qualificato in capo al titolare dell'obbligo, non del titolare della pretesa. Perché, in effetti, logicamente è possibile che il titolare di una *pretesa* non possa compiere alcuna azione rilevante. È possibile, infatti, che Tizio sia titolare della pretesa che Caio non entri in casa sua, ma che Tizio non abbia la libertà di entrare in casa sua, non abbia il potere di compiere azioni dirette a pretendere l'adempimento dell'obbligo da parte di Caio e non possa esentare Caio dall'adempimento dell'obbligo (o paralizzare tale adempimento). Intesa in tal senso, sembra infatti che la pretesa sia semplicemente il correlativo *parassitario*, inutile, ridondante, di un dovere attribuito a qualcuno⁹.

che la lacuna parziale viene intesa come un permesso debole, cioè che non è espressamente fatto divieto di non fumare (nel caso della norma che dica che è permesso fumare).

⁹ Per questa ragione, Kramer afferma che una pretesa, una *claim* nel senso hohfeldiano sia sempre *enforceable*, cioè implichi il potere di compiere azioni dirette ad ottenere l'adempimento dell'obbligo o una sanzione in caso di inadempimento. E, tuttavia, afferma che tale potere non deve spettare necessariamente al titolare della pretesa, purché qualcuno, anche lo Stato, ne sia titolare. Nello stesso senso Guastini interpreta la pretesa come un permesso/potere di esigere l'adempimento dell'obbligo. Cfr. GUASTINI 2014, 79.

In tal senso, l'interpretazione che sostengo dello schema hohfeldiano è che *se* è ragionevole, sensato, dal punto di vista concettuale, interpretare in un certo contesto l'espressione "Ho diritto di fare X" come una pretesa che altri facciano X o non facciano X, allora è sensato, ragionevole, sia dal punto di vista del significato convenzionale ("gli usi tipici"), sia *dal punto di vista semantico/pragmatico*, che tale pretesa implichi anche una libertà di esentare dall'obbligo di fare X, nonché normalmente la libertà per il titolare della pretesa di fare (o non fare) X. Salvo che il co-testo o il contesto di riferimento vada espressamente nella direzione di un'interpretazione contraria. Dunque, se l'interpretazione normale, ordinaria, ragionevole dell'espressione "Ho diritto di fare X" è quella di una *pretesa*, allora l'interpretazione normale, ragionevole del "diritto di fare X" è anche quella di un potere di paralizzare l'adempimento dell'obbligo corrispondente, nonché la libertà di fare o non fare X (e il potere di compiere azioni dirette al soddisfacimento dell'obbligo). Perché diversamente perdiamo totalmente di vista la differenza tra attribuire un diritto (ad essere curati) e attribuire un obbligo, in presenza di certe condizioni, (di essere curati) ad un soggetto¹⁰. Una conferma che questo sia il

¹⁰ Se si interpretasse l'espressione "Ho diritto di fare X" semplicemente nel senso che il titolare non ha la libertà di fare X, non ha il potere di paralizzare l'obbligo del titolare di fare X, ma ha soltanto il potere di compiere azioni dirette a ottenere l'adempimento dell'obbligo, tale interpretazione sarebbe oltremodo riduttiva, sotto-inclusiva, rispetto al significato semantico-pragmatico e soprattutto parzialmente ingannevole. Se lo Stato vuole emanare una norma che impone a tutti i cittadini, anche che non lo vogliano, di curarsi, e ai cittadini che vogliono curarsi il potere di compiere alcune azioni dirette all'adempimento dell'obbligo sarebbe più corretto esprimersi esattamente nei termini appena indicati, cioè esplicitare che si ha il dovere di curarsi. Ma su questo punto tornerò alla fine dell'articolo.

significato semantico/pragmatico corretto è che, come sottolinea Kramer, quelle di Hohfeld sono soltanto definizioni stipulative, operazioni di chiarificazione concettuale che distinguono, scompongono dove il linguaggio ordinario non lo fa.

Un corollario di quanto detto, dunque, è che se una costituzione liberale, come quella italiana e in genere come quelle occidentali, attribuisce un diritto alla salute, e se non prevede espressamente un obbligo di essere curati o di curarsi o il divieto di non essere curati o di non curarsi (o l'ideale di eccellenza morale che consiste nel prendersi cura della propria salute), ci sono concettualmente dei limiti alla possibilità di rendere *indisponibile* tale diritto alla salute. Limiti concettuali, non (solo) ideologici. Nella misura in cui non si può forzare il linguaggio dei diritti al punto di affermare che “Tutti hanno diritto alla salute” significa (anche) che “È vietato – se non sempre nella maggior parte dei casi – non curarsi”. Salvo vi sia un contesto di sfondo di un certo tipo (ad esempio quello di uno Stato dittatoriale¹¹) ovvero, salvo che vi siano, come spiegherò nel prossimo paragrafo, buone ragioni per pensare che, contingentemente, contestualmente, alcuni soggetti agenti non possano esprimere un consenso “qualificato”, un consenso razionale, sufficientemente libero da pressioni coercitive, stabile nel tempo, alla rinuncia del diritto in questione. Come accade nel caso del diritto dei lavoratori di andare in ferie. Mentre non credo che tale consenso qualificato non possa essere espresso in relazione al (la rinuncia al) diritto alla salute. E che quella italiana sia una costituzione liberale e non ispirata da principi perfezionisti illiberali è facile da dimostrare. Non v'è alcuna disposizione che imponga il dovere di realizzare o perseguire un ideale di eccellenza morale, una virtù, un

¹¹ Ammesso, e non concesso, che in uno Stato dittatoriale siano attribuiti *diritti*.

ideale qualsivoglia di fioritura della natura umana. L'art. 4 impone, ad esempio, agli individui di contribuire al progresso materiale o morale della nazione. Obbligo disgiuntivo. Materiale o morale. Né l'art. 3, comma 2, impone doveri particolari in relazione allo sviluppo della personalità dell'individuo, stabilendo che, invece, bisogna rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico al libero sviluppo della personalità. È una norma che tende ad ampliare l'autonomia dell'individuo, non a imporre ad essa vincoli perfezionisti. L'art. 2 parla di doveri di solidarietà economica e sociale, che è molto difficile interpretare come doveri nei confronti di se stessi.

Si potrebbe dire che quelli che sono limiti semantico/pragmatici nel linguaggio ordinario, che dipendono da comuni assunzioni di sfondo, implicature conversazionali, massime di esperienza, diventano nel diritto requisiti giuridici e ideologici, in particolare requisiti dello Stato di diritto (in un senso prevalentemente formale del termine). È vero. In uno Stato dittatoriale ingannare i cittadini, manipolare e corrompere il linguaggio, effettuare una propaganda permanente, manipolare l'opinione pubblica, fare uso del *bispensiero*, come nella neolingua di 1984, sono scopi normalmente perseguiti. Dunque, l'equivalente di massime conversazionali (collaborazione, sincerità, brevità) del linguaggio ordinario diventano requisiti giuridici e ideologici. È corretto. Però attenzione. Per determinare il significato corretto dell'espressione "Ho diritto a X" non c'è alcun bisogno di essere liberali, cioè credere che non sia giusto od opportuno che lo Stato imponga il dovere, ad esempio, di curarsi o di vivere. Non c'è bisogno di credere, in questo senso, in un'etica pienamente liberale, nel Principio del danno di Mill e Feinberg. Il limite, cioè, non riguarda le controversie etico-politiche relative all'opportunità di stabilire un dovere dei cittadini di curarsi o dello Stato di curarli contro la loro volontà. I limiti di interpretazione di

cui sopra riguardano un determinato senso di “Stato di diritto” (l’impossibilità di intendere “Ho il diritto a fare X” come un diritto tendenzialmente indisponibile, salvo alcune eccezioni, per adulti razionali e competenti), non le controversie liberalismo/comunitarismo.

Non posso approfondire qui le varie interpretazioni del concetto di Stato di diritto o di *Rule of Law*. La contrapposizione più evidente è tra concezioni formali (Raz) e concezioni sostanziali del *Rule of Law* (Dworkin)¹². Si tratta di concetti moralmente controversi, secondo alcuni essenzialmente contestabili nel senso di Gallie. Ma non si capisce l’utilità analitica di utilizzare una concezione prevalentemente sostanziale del *Rule of Law*, che confonda questo ideale con altri ideali (uguaglianza liberale, democrazia, uguaglianza di risorse, ecc.). Il nocciolo del concetto, sottolinea Celano, fa riferimento nella letteratura contemporanea all’uso non arbitrario del potere, ad un potere limitato dalle leggi o da norme¹³ in particolare ad un insieme di caratteristiche che un governo o uno Stato devono possedere (irretroattività, relativa generalità, certezza, pubblicità, coerenza, intelligibilità delle sue leggi, nonché la possibilità empirica che esse siano adempiute) più alcuni accorgimenti istituzionali o procedurali, come l’indipendenza del potere giudiziario, la soggezione dei giudici e della P.A. alla legge, il principio *audi alteram partem*, l’imparzialità dell’organo giudicante, ecc.¹⁴. Qui, in particolare, accoglierò una concezione illuministica del *Rule of Law* (ERoL), la stessa di Celano, che implica, con le parole di Celano:

¹² Cfr. CRAIG 1997.

¹³ Cfr. RAZ 1979, 215-218.

¹⁴ Cfr. CELANO 2011, 563 s.; CELANO 2013, 130. Per liste simili del *Rule of Law* cfr. FULLER 1969, cap. II; FINNIS 1980, 270 s.; MARMOR 2004, 5 ss.

«Power exercised by *telling* people to behave in the desired ways – thus, power exercised by issuing laws meeting ERoL requirements – has to be distinguished from power exercised through different means, or through linguistic means used differently. Thus, it has to be distinguished from symbolic, charismatic, and pastoral power; from power exercised through manipulation, indoctrination, propaganda, or various forms of deceit (such as, e.g., power exercised through lying, or by modifying, unknown to the agent, the options that are available to him)»¹⁵.

Il che implica trattare i destinatari delle norme come adulti, capaci di prendere le proprie decisioni in base alle loro preferenze. In questo senso, come dicevo, interpretare, oltre certi limiti, i diritti come indisponibili per adulti razionali e competenti è una forma di inganno e manipolazione, dunque sarebbe contrario ad una concezione illuministica dello Stato di diritto. Che resta, tuttavia, una concezione prevalentemente formale, nel senso di compatibile con un gran numero di ingiustizie economiche e sociali, compatibile con uno Stato minimo o *libertarian*, compatibile con forme di discriminazione razziale o di genere, oppure con un Welfare State, in cui sono tutelati i diritti sociali, in cui vi sono limitazioni alle forme di disuguaglianza economica tra gli individui.

3. *Ci sono alternative alla Interest Theory e alla Choice Theory?*

Possiamo analizzare la questione dei diritti indisponibili anche dal punto di vista delle tradizionali teorie che giustificano l'attribuzione di un diritto soggettivo, cioè la "Interest

¹⁵ CELANO 2011, 573.

Theory” e la “Choice Theory”¹⁶. Ciascuna delle due teorie tradizionali ha, infatti, un nucleo di verità presupposto nell’uso che nel linguaggio ordinario facciamo dell’espressione “Z ha diritto a fare X”. Il nucleo di verità della *Interest Theory* è che attribuire diritti a soggetti agenti insufficientemente razionali o basicamente incompetenti come bambini piccoli o persone affette da gravi disturbi della personalità ha un senso completamente diverso dal tutelare la volontà, la sfera decisionale, di un individuo adulto e razionale. I diritti, nel primo caso, tutelano effettivamente interessi, bisogni, che sono totalmente o parzialmente sottratti alla sfera decisionale di qualcuno¹⁷. Nella misura in cui anche il tutore di un minore non può disporre di certi diritti: agisce in nome e per conto del minore in alcune situazioni, ma in altre non può rinunciare a certi diritti del minore come potrebbe fare un adulto. Il tutore non può normalmente rinunciare all’esercizio del diritto alla salute di un minore, perché il benessere psicofisico del minore viene prima di qualunque altro interesse. Non c’è precisamente una “volontà”, una sfera decisionale da proteggere nel caso di bambini piccoli o persone affette da gravi disturbi di personalità¹⁸.

¹⁶ Cfr. KRAMER 1998; SIMMONDS 1998; STEINER 1998; CELANO 2001, 21 ss.

¹⁷ Cfr. MACCORMICK 1977.

¹⁸ È inutile replicare, per tentare di salvare la *Will Theory*, che la sfera decisionale del titolare del diritto è fatta di vari cerchi concentrici, il diritto di rinunciare o esercitare il diritto, il diritto di chiedere una compensazione o agire perché sia irrogata una sanzione in caso di violazione, e il diritto di pretendere o rinunciare all’adempimento dell’obbligo di pagare la compensazione, e che nel caso dei bambini piccoli soltanto la prima sfera di sovranità del titolare viene meno, come fa Simmonds (SIMMONDS 1998, 229 s.), perché è tutta la sfera decisionale che è sottratta al titolare, al bambino piccolo. Non so se l’*Interest Theory* potrebbe funzionare altrettanto bene con alcune

Per contro, mi sembra che il nucleo di verità della *Choice Theory* sia che quando attribuiamo diritti a soggetti adulti ritenuti razionali e competenti i diritti tutelano posizioni di vantaggio che dipendono necessariamente dalle

norme del diritto penale. Potremmo parlare di norme che esprimono (indirettamente, come norme secondarie kelseniane) divieti (“divieto di uccidere”) e che attribuiscono (implicitamente, non esplicitamente) diritti (diritto a non essere assaliti o uccisi), diritti che (in assenza ovviamente di norme contrarie che permettono l'eutanasia, ad esempio, o che considerano il consenso come una esimente o una causa di giustificazione che non fa sorgere il fatto di reato) sono sottratti alla sfera decisionale del titolare, e di cui quindi i titolari in genere non possono disporre (non possono rinunciare, non hanno il potere, se non limitatissimo, di agire in caso di inadempimento) per varie ragioni, soprattutto la tutela di interessi pubblici (allo scopo di evitare danni a terzi), oppure per ragioni paternaliste (come nel caso della norma che vieta l'omicidio del consenziente). I tentativi di ricondurre tali diritti impliciti (sanzionati dal diritto penale) all'interno della *Choice Theory* mi sembrano, comunque, produrre risultati anche peggiori, decisamente fallimentari. Per un tentativo del genere cfr. SIMMONDS 1998, 230 ss. Anche se il caso resta piuttosto problematico, perché gli eventuali diritti attribuiti (implicitamente) da tali norme penali sarebbero quasi non *enforceable* (almeno da parte dei titolari, mentre lo sarebbero da parte degli ufficiali di polizia) e quindi sarebbe dubbio se si possa parlare di diritti attribuiti ad adulti razionali e competenti. A differenza dei bambini piccoli, infatti, in caso di inadempimento, nel caso in cui una persona venga brutalmente aggredita, cioè il suo presunto diritto a non essere aggredita venga lesa, non può normalmente ottenere alcuna compensazione o sanzione a causa dell'inadempimento delle forze dell'ordine, salvo casi gravi di negligenza o dolo degli ufficiali di polizia. Mentre se il tutore viola o non esercita i diritti del minore vi sono tutele molto più forti. In ogni caso, questo problema non sembra avere, in effetti, nessuna rilevanza pratica. Sulla possibile coesistenza di diritti/doveri cfr. le riflessioni alla fine dell'articolo.

scelte, dalle decisioni, dalle preferenze, dal piano di vita che quelle persone vogliono per sé. Attribuendo diritti tuteliamo, proteggiamo la sfera di volontà di un agente, lo trasformiamo in un “sovrano su scala ridotta”.

«La teoria – come dice Simmonds – riflette la nostra idea che i diritti del titolare presuppongono e dipendono da scelte: i diritti sono cose che possono essere esercitate, e i titolari di tali diritti hanno la scelta relativa a come devono essere esercitati. In secondo luogo, riflette la nostra idea che i diritti fondano richieste perentorie che noi possiamo fare agli altri»¹⁹.

I diritti hanno una forza perentoria, in questo senso. Dunque, i diritti si *possono*, non si *debbono*, esercitare. Diversamente cadremmo nel paradosso di un diritto indisponibile ad essere curati che implica il divieto – se non sempre nella maggior parte dei casi – di non curarsi, il che implica a sua volta – se non sempre nella maggior parte dei casi – l’obbligatorietà di curarsi. Il linguaggio ordinario, il modo in cui normalmente utilizziamo espressioni come “X ha diritto a Y” sembra dirci che nel caso di adulti razionali e competenti i diritti non possono tutelare “interessi” *tout-court*: il riconoscimento da parte della comunità o di un terzo che Tizio ha un interesse a X, che X è un bene, che X promuove il benessere di Tizio non è condizione necessaria né sufficiente per l’attribuzione di un diritto. Perché tale riconoscimento potrebbe dipendere dalle preferenze, dalle decisioni e scelte dello Stato, della comunità, indipendentemente dalle preferenze e dalle decisioni del titolare del diritto, cioè contro le sue decisioni e preferenze. E se lo Stato decide contro le preferenze di un cittadino adulto e

¹⁹ SIMMONDS 1998, 216.

competente, contro le sue preferenze razionali, informate, stabili nel tempo, sufficientemente libere da pressioni coercitive, vuol dire che decide paternalisticamente per i suoi concittadini. Il che mi sembra contrario all'uso che facciamo normalmente dell'espressione "avere un diritto" nel caso di adulti razionali e competenti.

Ci sono alternative accettabili alla *Interest Theory* e alla *Choice Theory*? L'aspetto fondamentale, secondo me, è che, come in parte Hart aveva intuito, non sembra possibile od opportuno elaborare una teoria unitaria dei diritti, tale cioè che renda conto di tutti gli usi del termine "diritto soggettivo"²⁰. Si potrebbe affermare che una concezione denominata *Autonomy Theory* funzionerebbe bene, molto meglio della *Interest Theory*, ma anche della *Choice Theory*, nel caso di diritti attribuiti ad adulti razionali e competenti. Ma non funziona per tutti i casi. Per il caso di diritti attribuiti a individui non adulti o non sufficientemente razionali o non competenti potrebbe essere sufficiente una nuova versione della *Interest Theory*. Secondo l'*Autonomy Theory*, l'autonomia è condizione sufficiente per attribuire un diritto ad individui adulti, e le condizioni per raggiungere un grado sufficiente di autonomia sono quattro, sufficiente razionalità, stabilità nel tempo dei desideri dell'agente, sufficiente libertà da pressioni coercitive, conoscenza dei fatti rilevanti²¹. Dove il caso paradigmatico di pressione coercitiva è

²⁰ Steiner parteggia per una versione sofisticata della *Will Theory*, però ammette che aderire ad una delle due teorie ha un costo, un prezzo da pagare, degli svantaggi, e che non esiste una teoria che abbia un livello di generalità sufficientemente elevato da rendere conto, senza alcuno svantaggio, di tutti gli usi del termine "diritto soggettivo" o di tutti i casi difficili. STEINER 1998, 298.

²¹ Sul significato di tali condizioni dell'autonomia, sulle quali qui non posso soffermarmi, cfr. MANIACI 2012b, 76 ss.

la minaccia di un male da parte di qualcuno o una limitazione ingiusta dello spettro di opzioni di un individuo operata dal sistema socio-economico in cui vive. Perché l'*Autonomy Theory* è migliore della *Interest Theory* nel caso dei diritti attribuiti ad adulti razionali e competenti? Essenzialmente per quattro ragioni.

Innanzitutto, come già detto, il riconoscimento da parte della comunità che Tizio ha un interesse a X, che X è un bene, o che X promuove il benessere di Tizio, non è condizione necessaria né sufficiente per l'attribuzione di un diritto. Perché tale riconoscimento potrebbe dipendere dalle preferenze, dalle decisioni e scelte dello Stato, contro i desideri razionali dell'individuo²². Un diritto tutela normalmente una posizione di vantaggio, di potere, protegge una sfera di libertà o di autonomia di un soggetto, è cioè inscindibile dalle sue scelte, dalla signoria della sua volontà. L'*Autonomy Theory* spiega in modo migliore perché ci sono dei limiti concettuali (o comunque indipendenti dalla giustificazione etico-politica di quel dato diritto o del dovere correlativo) alla possibilità di rendere indisponibili i diritti attribuiti a soggetti agenti adulti razionali e competenti.

In secondo luogo, l'*Autonomy Theory* spiega perfettamente (non solo i limiti ma anche) il senso e le ragioni dell'indisponibilità dei diritti attribuiti normalmente ad adulti razionali e competenti. Un diritto soggettivo non tutela necessariamente la volontà attuale dell'agente, la volontà che egli manifesta ora, *hic et nunc*, bensì la volontà che manifesterebbe se fosse razionale, informato dei fatti rilevanti e sufficientemente libero da pressioni coercitive. In

²² «Another problem with the Interest Theory is its sponsorship of paternalism [...]. So Interest Theory rights afford stronger protection to person's interests only in the sense that they protect those persons against themselves». STEINER 1998, 286 s.

molti ordinamenti, ad esempio, esiste una norma che attribuisce ai lavoratori il diritto di andare in ferie, e tale diritto è reso indisponibile, cioè i lavoratori sono “tenuti” ad andare in ferie perché in un mercato capitalistico questa è la volontà che si presume, ragionevolmente, che avrebbero se non fossero schiacciati dal dominio e dallo sfruttamento di soggetti (imprese, multinazionali, associazioni degli imprenditori) economicamente molto più forti. Anche quando, singolarmente, i lavoratori chiedono il contrario (cioè di non andare in ferie). Ha senso dire che i lavoratori hanno diritto alle ferie, un diritto fondamentale, indisponibile alle ferie, perché questo li protegge da soggetti privati più forti, tutela la loro autonomia, il loro consenso qualificato. Ma l’attribuzione di un diritto non protegge qualunque interesse *oggettivo*, cioè indipendente dalle loro preferenze o decisioni, che si ritiene paternalisticamente i soggetti abbiano.

In terzo luogo, l’attribuzione di un diritto tutela la sfera di volontà dell’individuo, la sua volontà “qualificata”. È strano affermare che l’attribuzione di un diritto ad un individuo tuteli *un interesse*, come l’interesse ad essere autonomo. Come se l’interesse ad essere autonomo fosse qualcosa di differente e più importante dell’autonomia stessa. Interpretata in modo corretto, l’*Autonomy Theory* tutela l’autonomia dell’individuo, cioè (in sintesi) le preferenze sufficientemente libere da pressioni coercitive e razionali dell’individuo medesimo. Sarebbe strano affermare che il *point* dell’attribuzione di un diritto stia nel tutelare l’*interesse* (ad esempio il desiderio) dell’individuo di realizzare le sue stesse preferenze. Come se l’interesse ad essere autonomo fosse un interesse, un desiderio, di secondo grado, un desiderio che concerne altri desideri e che questo fosse l’interesse fondamentale tutelato dall’attribuzione di un diritto. Come minimo, è una duplicazione inutile. Se tutelare l’autonomia significa tutelare (in sintesi) le preferenze razionali e sufficientemente libere da pressioni coercitive, tutelare l’interesse ad essere

autonomo, o a tutelare l'autonomia, significherebbe tutelare l'interesse a tutelare le preferenze razionali e sufficientemente libere da pressioni coercitive.

In quarto luogo, l'*Autonomy theory*, come la *Will Theory* rende del tutto evidente, esplicito, che c'è una differenza enorme tra attribuire un diritto ad una persona *empowerable*, una persona adulta che può effettivamente fare valere un diritto con la forza, agire in caso di inadempimento per ottenere sanzioni, ingiunzioni, compensazioni, e attribuire un diritto ad una persona (come uno schizofrenico catatonico) che non può farlo. I diritti attribuiti a persone *unempowerable*, come sottolinea Steiner²³, hanno, necessariamente, una forza perentoria inferiore, un livello di *enforcement* inferiore, per loro natura. Se il tutore è inadempiente, se l'assistente sociale, ecc., è inadempiente, c'è un limite oltre il quale il sistema non può più proteggere i soggetti deboli. In altri termini, ed è bizzarro come Kramer non se ne renda conto, l'*Autonomy Theory* rende evidente, come la *Will Theory*, che c'è una grande differenza tra l'ipotesi in cui il titolare del diritto sia anche il titolare dei poteri di *enforcement* e l'ipotesi nella quale non sia così.

Contro questi argomenti, si potrebbero addurre due obiezioni. Anche la *Interest Theory* – si potrebbe affermare – potrebbe funzionare altrettanto bene dell'*Autonomy Theory*. È sufficiente specificare in che cosa consista il tipo di interesse tutelato. Si potrebbe dire che l'*Interest Theory* tutela l'insieme degli interessi dell'individuo, intesi correttamente come l'insieme degli interessi che l'individuo, in presenza di razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, considera tali. Ma questi interessi coincidono esattamente con la sfera di autonomia dell'individuo. In secondo luogo, si potrebbe affermare, anche nel caso dell'*Autonomy*

²³ Cfr. STEINER 1998, 259 ss.

Theory è possibile immaginare differenti concezioni dell'autonomia, alcune non liberali, alcune kantiane, teologiche, concezioni in base alle quali, ad esempio, essere moralmente autonomi significa conformarsi alla "Verità" (morale o trascendente). Perché soltanto la "Verità" (morale o trascendente), o adeguarci a principi morali oggettivamente dati, può renderci veramente liberi o autonomi. Dunque anche nel caso dell'*Autonomy Theory* dovremmo, dunque, specificare che tipo di autonomia e/o quale concezione dell'autonomia sta alla base dell'attribuzione di un diritto. È vero.

E, tuttavia, credo che vi siano molti più rischi nel qualificare come corretta la *Interest Theory* piuttosto che la *Autonomy Theory*. "Interesse" è, infatti, un termine molto più indeterminato e abbiamo bisogno di molti più passaggi argomentativi per giungere ad una teoria dell'interesse che renda conto in modo corretto del senso e dei limiti dell'indisponibilità dei diritti soggettivi. Quali passaggi argomentativi? Dapprima è necessario rifiutare, perché semplicemente falsa o erronea, una teoria ideale o oggettiva degli interessi, in base alla quale sarebbe possibile affermare che Tizio ha un interesse a X (o che X realizza il suo bene o il suo benessere), anche se Tizio non ha alcun desiderio, o non avrebbe, in presenza di razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, alcun desiderio di fare X. In secondo luogo, l'interesse protetto dal diritto soggettivo è un interesse che il titolare *ha* (o potrebbe avere se fosse razionale), mai un interesse che lo Stato o la comunità pensa che il titolare dovrebbe avere. In terzo luogo, dobbiamo precisare che gli "interessi" di un individuo adulto razionale e competente sono ciò che l'individuo considera tali in presenza di certe condizioni, ad esempio sufficiente razionalità, sufficiente conoscenza dei fatti rilevanti, cioè le varie condizioni che realizzano un grado sufficiente di autonomia. Mentre, nel caso dei non adulti o non razionali non c'è una vera e propria volontà razionale, ma soltanto un generico benessere psico-

fisico da proteggere, di cui i desideri dell'individuo sono parte integrante, ma che non lo esauriscono.

Anche dopo aver specificato quale teoria degli interessi è soggiacente alla *Interest Theory* resterebbero sempre degli inconvenienti. L'aspetto forse determinante è che la *Interest Theory*, pur di realizzare una unità ingannevole, ci fa perdere di vista il fatto che sussumiamo all'interno della stessa categoria ("interessi") cose molto diverse. La ragione per cui viene attribuito un diritto ad un adulto razionale e competente è normalmente molto differente dalla ragione per cui viene attribuito un diritto ad un individuo non adulto o non sufficientemente razionale o non competente. Il che spiega il diverso modo di intendere l'indisponibilità dei diritti, l'esercizio dei diritti (da parte di tutori), il diverso modo di interpretarli e implementarli. Difatti, all'interno dell'*Interest Theory* dovremmo replicare la *duplicazione* di cui sopra, distinguendo gli interessi soggiacenti all'attribuzione di un diritto ad un adulto razionale e competente, e gli interessi soggiacenti all'attribuzione di un diritto ad un individuo non sufficientemente razionale o non competente.

Infine, è vero che il concetto di autonomia può essere inteso in modi differenti, ma è anche vero che una concezione teologica o metafisico-trascendente dell'autonomia è, oggi, particolarmente in disgrazia, e che nei paesi occidentali il concetto di autonomia richiama immediatamente una concezione liberale o un valore tipicamente liberale. Prova ne sia che molti di coloro che difendono posizioni etiche differenti da quelle liberali (come i comunitaristi) lo fanno in base ad altri valori (perfezionisti o utilitaristi), non in base ad una differente interpretazione dell'autonomia. Valori perfezionisti (non liberali) che costoro vorrebbero bilanciare con il valore dell'autonomia²⁴.

²⁴ Basta precisare, infatti, come fa Raz, che quando parliamo del

Al di là della protezione della sfera di autonomia del soggetto, al di là di soggetti temporaneamente o permanentemente incompetenti, come bambini piccoli, persone affette da gravi disturbi di personalità o da gravi handicap mentali, che non possono esercitare la loro autonomia, non essendo appunto pienamente autonomi, se i diritti vengono resi indisponibili, in particolare se il loro esercizio viene reso indisponibile, irrinunciabile, è opportuno esplicitare che si tratta di divieti, di obblighi, non (solo) di diritti. È ingannevole parlare (*solo*) di un diritto alla salute i cui titolari siano adulti razionali e competenti, quando esso è tendenzialmente indisponibile e irrinunciabile, quando non posso paralizzare, temporaneamente o permanentemente, mediante una procedura appropriata che tutela la mia autonomia, l'obbligo dello Stato di curarmi. Se lo Stato ha l'obbligo di curarmi, perché il relativo diritto alla salute è indisponibile, è più opportuno parlare di un divieto di non essere curati dallo Stato (o diritto alla salute/divieto, nella maggior parte dei casi, di non curarsi). E non è un caso che questo sia il linguaggio normalmente utilizzato nel caso di molte norme del diritto penale. Tali norme si esprimono in

valore dell'autonomia parliamo della *personal autonomy*, non della *moral autonomy*, ad esempio d'impostazione kantiana. Cfr. RAZ 1986, 370. In ogni caso se la controversia tra *Autonomy Theory* e *Interest Theory* fosse meramente verbale o notazionale non sarebbe particolarmente interessante stabilire quale sia la teoria migliore. L'aspetto più importante è, invece, comprendere il senso e i limiti dell'indisponibilità dei diritti anche ove si accolga la *Interest Theory*. Ad esempio, D'AGOSTINO 1998 sembra rinunciare a utilizzare una versione morale o teologica del valore dell'autonomia, ma lo stesso non fa VIOLA che insiste nel parlare del valore dell'*autonomia morale*, cioè l'idea di assoggettarsi a principi morali oggettivamente dati, esterni alla volontà e alle scelte razionali dell'individuo e stabiliti non si capisce da chi (Dio, tradizione, maggioranza della comunità?). Cfr. VIOLA 1996.

genere in termini di giudizi ipotetici (“Se uccidi un uomo, subirai la sanzione *Z*”), da cui kelsenianamente possiamo ricavare un divieto di uccidere, non si esprimono in termini di un diritto a non essere uccisi o a non subire aggressioni, proprio perché, anche ove volessimo parlare di diritti a non essere uccisi attribuiti da tali norme penali, il nocciolo rilevante sarebbe comunque che tale bene o interesse è sottratto alla sfera decisionale dell’eventuale titolare (in assenza ovviamente di norme contrarie che permettono l’eutanasia, ad esempio, o che considerano il consenso come una esimente o una causa di giustificazione che non fa sorgere il fatto di reato), per cui la norma “È vietato uccidere” vale anche per una persona che voleva suicidarsi, uccisa da qualcuno che ne conosceva i propositi suicidi.

L’*Autonomy Theory* è senza dubbio alternativa alla *Interest Theory*, per quanto riguarda i diritti attribuiti a soggetti adulti e competenti, e rappresenta un perfezionamento della *Choice Theory*. Ma l’*Autonomy Theory* non può spiegare il caso dei soggetti agenti gravemente incompetenti, come bambini piccoli, soggetti affetti da gravi disturbi di personalità o da gravi handicap mentali. Nel caso di questi soggetti incompetenti, non tuteliamo la loro autonomia, perché non c’è (in tutto o in parte) alcuna autonomia da tutelare. Ci limitiamo a tutelare il loro benessere psicofisico. Salvo tutelare la loro autonomia futura (garantiamo la possibilità che un bambino si sviluppi in modo da avere certe facoltà, opportunità, da adulto) o la loro autonomia passata (tuteliamo le dichiarazioni anticipate di trattamento). Sarebbe, forse, preferibile, sostituire le tradizionali e confliggenti teorie della *Choice Theory* e della *Interest Theory* con la *Autonomy Theory* e una “nuova versione” della *Interest Theory*. Soltanto che, in questo caso, le due concezioni non sarebbero in contrasto tra loro, ma sarebbero perfettamente complementari, perché si occuperebbero di situazioni differenti. Fermo restando che i diritti attribuiti a

bambini piccoli o soggetti affetti da gravi disturbi di personalità (come uno schizofrenico catatonico) hanno, come già detto, una forza perentoria inferiore, un livello di *enforcement* inferiore, perché si tratta di soggetti, per loro natura, *unempowerable*. Se il tutore è inadempiente, possiamo immaginare un sistema di norme che proteggano gli interessi del minore consentendo ad altri soggetti, funzionari, assistenti sociali, giudici, di attivarsi in caso di gravi violazioni di diritti, di non esercizio di certi diritti. Ma la cruda realtà resta la medesima, i titolari degli interessi medesimi, i titolari dei diritti non possono da soli attivarsi in caso di inadempimento, per far valere, *con la forza*, i loro diritti, per invocare sanzioni, compensazioni, ingiunzioni, ma devono essere sempre soggetti terzi a farlo.

4. *Conclusion*

Riassumendo quanto detto, abbiamo visto che c'è una tensione paradossale tra l'attribuzione di un diritto e il renderlo indisponibile, cioè rendere il suo esercizio irrinunciabile. Il problema è stabilire quando tale tensione si trasforma in un parziale o totale conflitto tra norme.

Analizziamo tre casi già visti in precedenza.

a) Innanzitutto, nel caso dell'attribuzione di un diritto ad un bambino piccolo o ad una persona affetta da gravi disturbi di personalità non c'è normalmente alcuna contraddizione tra attribuire un diritto e renderlo indisponibile. La *Benefit or Interest Theory* spiega perché, in quanto non c'è (in tutto o in parte) alcuna "volontà", alcuna volontà razionale, informata dei fatti rilevanti, stabile nel tempo, sufficientemente libera da pressioni coercitive, da tutelare. Almeno non una volontà attuale. C'è soltanto il benessere psicofisico della persona incapace o incompetente da tutelare, di cui i suoi desideri sono, tuttavia, parte essenziale, e di cui l'eventuale tutore

dovrebbe necessariamente tenere conto, salvo siano del tutto irrazionali. Nel caso dell'attribuzione di un diritto ad un soggetto adulto razionale e competente le cose cambiano. In base all'*Autonomy Theory* l'attribuzione di un diritto è compatibile con la sua indisponibilità o irrinunciabilità soltanto in presenza di certe condizioni.

b) Nell'ipotesi del diritto dei lavoratori ad andare in ferie lo Stato può legittimamente, sulla base di indagini fattuali, condotte in modo scientifico, empiricamente fondate, stabilire che se i lavoratori fossero "lasciati liberi" in un mercato capitalistico di decidere se andare o meno in ferie, le imprese potrebbero facilmente coalizzarsi per "imporre" ai lavoratori di rinunciare alle ferie, per stabilire, cioè, che nessun contratto ad esempio per operai non specializzati nel settore privato possa prevedere ferie pagate o un orario di lavoro inferiore a 10-12 ore. In questo secondo caso, ci sarebbe una piena compatibilità tra attribuire un diritto ai lavoratori di andare in ferie e rendere questo diritto totalmente indisponibile, purché la giurisprudenza che interpreta tale diritto spiegasse chiaramente perché lo interpreta in questo modo. Com'è possibile? Rendere un diritto a fare X indisponibile non significa imporre – se non sempre nella maggior parte dei casi – un divieto di non fare X, cioè l'obbligatorietà – se non sempre nella maggior parte dei casi – di fare X?

Nel caso del diritto dei lavoratori di andare in ferie, viene tutelata non la volontà attuale dei singoli lavoratori, bensì la loro autonomia, cioè la volontà che essi avrebbero se fossero razionali, informati dei fatti rilevanti e soprattutto sufficientemente liberi da *pressioni coercitive*. Dunque, il modo corretto di descrivere la situazione potrebbe essere il seguente. Le norme attribuiscono ai lavoratori il diritto ad andare in ferie e rendono tale diritto indisponibile: ciò implica che essi non possano non andare in ferie, cioè che è vietato per i lavoratori rinunciare a tale diritto in base ad un

consenso che non sia razionale, informato dei fatti rilevanti, stabile nel tempo e soprattutto libero da pressioni coercitive. Consenso “qualificato” che si presume che tali lavoratori non possano in un certo momento storico esprimere, nel senso che si presume che in un regime di libero mercato tale consenso “sufficientemente libero da pressioni coercitive” non potrebbe essere espresso. Dunque non c’è contraddizione tra attribuire un diritto alle ferie pagate e il divieto di non andare in ferie, perché il divieto non è assoluto, ma storicamente contingente, perché nel contesto storicamente contingente di un mercato capitalistico, tale consenso “qualificato” si presume non possa essere espresso. Il divieto rilevante è, ripeto, non il divieto assoluto di non andare in ferie, ma il divieto per i lavoratori di rinunciare a tale diritto in base ad un consenso che non sia razionale, informato dei fatti rilevanti, stabile nel tempo e soprattutto sufficientemente libero da pressioni coercitive. Consenso che contingentemente, storicamente, non può essere espresso dai lavoratori.

c) Nel caso, infine, del diritto alla salute c’è una tensione paradossale fra attribuire un diritto ad essere curati e renderlo indisponibile. Rendere il diritto alla salute indisponibile *sine condicione* è inaccettabile. C’è, infatti, una differenza con il diritto dei lavoratori di andare in ferie. Come nel caso del diritto ad andare in ferie, se attribuiamo il diritto ad essere curati, ciò implica, ragionevolmente, che tutti hanno diritto di rinunciarvi esprimendo un consenso razionale, informato dei fatti rilevanti, stabile nel tempo e sufficientemente libero da pressioni coercitive. A differenza del diritto ad andare in ferie non c’è ragione empirica, fattuale per pensare che una volta “liberi di decidere” cittadini e non cittadini non siano, in generale (salvo casi specifici), sufficientemente liberi da pressioni coercitive per decidere se vogliono o meno essere curati. È facile immaginare che le imprese potrebbero “coalizzarsi” per imporre contratti che non prevedono ferie pagate per i

lavoratori dipendenti. E se nessuna impresa propone contratti che prevedono ferie pagate, non è possibile stipulare contratti del genere, l'opzione non è disponibile. La forza contrattuale dei lavoratori è molto ridotta. Mentre è difficile immaginare l'intera comunità organizzata, o eserciti compatti di parenti, che impongono con la forza a qualcuno di rinunciare al diritto a curarsi. L'opzione di curarsi, se la prestazione è offerta più o meno gratuitamente dallo Stato, è sempre disponibile.

Dunque nel caso del diritto alla salute, come nella maggior parte dei diritti sociali, considerare tale diritto indisponibile – se non sempre, nella maggior parte dei casi – ha delle conseguenze inaccettabili. Se in un ordinamento giuridico tendenzialmente liberale (o non perfezionista anti-liberale), con una costituzione tendenzialmente liberale, se in uno *Stato di diritto*, non ingannevole o dittatoriale, lo Stato vuole impedire alle persone di non curarsi, vuole vietare loro di non curarsi, è indispensabile, concettualmente, che venga emanata esplicitamente una norma secondo la quale “È vietato non curarsi” o che “È obbligatorio curarsi”.

Le teorie dei diritti, qui denominate *Autonomy Theory* e *Interest Theory*, non sembrano concezioni etiche, morali, politiche, nel senso che non stabiliscono quali diritti, e in base a quali concezioni, spettano alle persone. Non sono in questo senso teorie etico-politiche²⁵. Lo Stato potrebbe, astrattamente, adottare anche forme invasive di perfezionismo morale, interferire nella libertà dei singoli per tutelare una determinata concezione del bene, anche contro la loro volontà, la loro volontà razionale, informata dei fatti

²⁵ Cfr. KRAMER 1998, 79. *Contra* SIMMONDS 1998, 134 ss., che pensa siano concezioni che offrono un'interpretazione morale dei sistemi dei diritti, forme di legittimazione dei sistemi giuridici e dei diritti da loro stabiliti.

rilevanti, stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive. L'*Autonomy Theory* esprime, nei limiti in cui ciò è possibile, una tesi concettuale, sul senso e i limiti dell'espressione "Ho diritto a X" nel linguaggio ordinario. Lo Stato, se lo ritiene moralmente o ideologicamente opportuno, può interferire nella libertà dei singoli imponendo loro di curarsi, di non assumere sostanze stupefacenti o vietando l'eutanasia. Ciò che secondo me non può fare, salvo "violentare", forzare oltre ciò che è sensatamente, ragionevolmente possibile, il linguaggio dei diritti, è interferire nella libertà degli adulti razionali e competenti attribuendo loro "diritti indisponibili". Si tratterebbe di inventare (mediante definizioni stipulative occulte), in modo dissimulato, un linguaggio totalmente differente da quello ordinario, un linguaggio non solo troppo distante dalle nostre pratiche argomentative, ma che sembra stravolgere i concetti stessi di "obbligo", "permesso", "divieto", un linguaggio "nuovo" che non mi sembra porti con sé rigore, chiarezza, ma solo inganno e manipolazione. Con l'intenzione di manipolare più facilmente le coscienze, la scienza giuridica, l'agenda politica, il dibattito pubblico, l'interpretazione della costituzione.

E, tuttavia, è difficile immaginare che, in qualche senso, l'*Autonomy Theory*, come anche la *Interest Theory* non esprima giudizi di valore o non sia veicolata da giudizi di valore²⁶. Soprattutto quando passiamo dal linguaggio ordinario al linguaggio giuridico, quando entra in gioco la condivisione di un senso prevalentemente formale di Stato di diritto. Si potrebbe obiettare che l'*Autonomy Theory* non esprime affatto una tesi concettuale, sul senso e i limiti dell'espressione "Ho diritto a X", neppure a livello del linguaggio ordinario. Per quale ragione? Perché, in questo

²⁶ Cfr. KRAMER 1998, 98 ss.

modo, renderemmo evidente che il linguaggio dei diritti incorpora, esprime, riflette, presuppone, in un senso minimale, alcune idee liberali? E allora? Non è cosa frequente nel linguaggio ordinario, nei modi ordinari di produzione del significato? Il linguaggio incorpora, da secoli, differenti concezioni metafisiche, ideologiche, ontologiche. Il linguaggio della morale avanza, in molti casi, una pretesa di oggettività, ciò significa che incorpora una concezione metaetica denominata realismo morale, mentre alcune espressioni incorporano o riflettono concezioni maschiliste o patriarcali. I termini come “playboy”, “dongiovanni”, “gigolò” sono emotivamente positivi e non esiste nel linguaggio ordinario (italiano) un equivalente positivo per indicare una donna che ha molto successo sessuale con gli uomini. Ne esiste uno negativo, che tutti conosciamo bene. È un caso? Affatto. Ma io posso descrivere, concettualmente, il significato del termine, senza distogliere lo sguardo dalla concezione ideologica che storicamente sta alla base del suo uso.

Un corollario importante di quanto detto è il seguente.

Ha perfettamente senso che in un ordinamento giuridico S il legislatore emani due disposizioni secondo le quali “I cittadini hanno diritto alla salute” e “È vietato per i cittadini – nelle circostanze XY – non curarsi”. Ovvero che stabilisca che i cittadini hanno il diritto/dovere di curarsi. Le due norme sono *solo parzialmente* incompatibili. In particolare una interpretazione restrittiva di una delle due (“I cittadini hanno diritto alla salute”) potrebbe renderle compatibili. Più precisamente le due norme “I cittadini hanno diritto alla salute” e “È vietato per i cittadini – nelle circostanze XY – non curarsi” sono compatibili tra loro *soltanto in un caso*, se vengono interpretate nel senso che: “I cittadini che ritengono la propria salute un bene di qualche genere, che vogliono curarsi o che manifestano la volontà di farlo, hanno il potere-pretesa di ottenere una determinata prestazione sanitaria dallo Stato”. Mentre “I cittadini che non vogliono,

temporaneamente o permanentemente, curarsi, che non ritengano importante farlo, sono, nelle circostanze XY, tenuti a farlo, obbligati a curarsi". Appunto anche contro la loro volontà. La prima norma non sembra (del tutto) ridondante, se e nella misura in cui ponga l'accento sul titolare dell'interesse tutelato, il titolare del diritto e sul suo potere, eventualmente sanzionato, di rivendicazione di tale diritto nei confronti dello Stato. Il potere, cioè, di porre in essere alcune azioni contro lo Stato inadempiente. Per coloro che tengono alla propria salute fa una certa differenza, credo, vedersi attribuito un diritto sociale, anziché essere i beneficiari di un obbligo dello Stato. Anche se, dato il noto problema della sanzionabilità o giustiziabilità dei diritti sociali, tali poteri sarebbero molto limitati²⁷. Le due norme sono solo parzialmente in contrasto. Si tratta di un'antinomia parziale-parziale. In base ad un'interpretazione caritatevole, non potendo applicare, se le due disposizioni fanno parte dello stesso documento giuridico, i criteri di risoluzione delle antinomie cronologico e gerarchico, applichiamo il criterio di specialità.

Se quanto detto è vero, tuttavia, resterebbe un'ultima considerazione. Se in un ordinamento giuridico S, con una costituzione liberale, non perfezionista, come quella italiana, il significato semantico/pragmatico dell'espressione "I cittadini hanno diritto alla salute" rimanda ad una libertà di curarsi (e di non curarsi) cui si aggiunge la pretesa che lo Stato curi i cittadini, cioè l'obbligo dello Stato di curare i

²⁷ Un giudice potrebbe forse imporre ad una Asl di inserire un malato nelle liste d'attesa per una TAC gratuita in caso di fondato sospetto di tumore linfatico, ma come potrebbe il giudice ridurre le liste d'attesa se i fondi attribuiti alla Asl fossero troppo scarsi? Come potrebbe il giudice costituzionale imporre al legislatore regionale o statale di stanziare maggiori fondi?

cittadini (più il potere di agire per l'adempimento di tale obbligo e il potere di rinunciare all'adempimento dell'obbligo medesimo), tale norma, in assenza di un co-testo perfezionista non liberale, potrebbe, mediante l'argomento dissociativo, essere interpretata nel senso che i cittadini non hanno la libertà di non curarsi, non hanno il potere di paralizzare l'adempimento dell'obbligo da parte dello Stato di curarsi, ma hanno soltanto il potere (limitato) di agire contro lo Stato inadempiente. In questo caso, l'argomento dissociativo porterebbe un grave *vulnus* alla certezza/trasparenza del (lo Stato di) diritto, e dovrebbe essere fortemente giustificato in base ad argomenti paternalisti e/o illiberali e/o perfezionisti (non liberali). Si tratterebbe di un uso particolarmente grave dell'argomento dissociativo, che non sarebbe supportato né, credo, dall'argomento dell'intenzione del legislatore storico né da quello teleologico (nel caso della costituzione italiana e di molte costituzioni europee), e che esclude dal campo di applicazione della disposizione due casi paradigmatici (libertà di non curarsi, potere di paralizzare l'obbligo di adempiere la prestazione da parte dello Stato), su quattro (o su tre, perché per attribuire l'obbligo dello Stato di curare i cittadini non abbiamo bisogno, *stricto sensu*, di attribuire un diritto). Come se dalla disposizione "È vietato vilipendere culti religiosi" escludessimo la religione ebraica e quella musulmana. Anche perché, non è sufficientemente ingannevole attribuire, nelle forme di un *diritto alla salute*, un potere di agire contro lo Stato inadempiente, per chi non ha alcun interesse a tutelarlo, perché vuole, ad esempio, lasciarsi morire o utilizzare cure non convenzionali o non riconosciute dalla medicina occidentale²⁸? Neppure avrebbe senso

²⁸ Un discorso analogo potrebbe farsi per il diritto alla vita sancito nella costituzione italiana, che se reso disponibile implicherebbe il

rilevare che la norma “Tutti hanno diritto alla salute”, intesa come “Tutti hanno il potere di agire contro lo Stato inadempiente”, ha senso perché coloro che non vogliono le terapie offerte dallo Stato sono una minoranza, salvo presupporre che il linguaggio dei diritti rifletta, incorpori una morale utilitarista, che tutela l’interesse, l’utilità, la felicità della maggioranza, cosa piuttosto bizzarra.

Come sosteneva Hart, nella sfera decisionale che spetta al titolare di un diritto adulto e competente vi sono tre poteri fondamentali: quello di estinguere o rinunciare al diritto, quello di agire in caso di violazione per ottenere una compensazione o un’ingiunzione che obblighi la controparte ad astenersi dal comportamento dannoso, e il potere di rinunciare o richiedere l’adempimento dell’obbligo di pagare la compensazione irrogata, la sanzione prevista²⁹. Lo schema era chiaramente pensato per i diritti di carattere privato, sanciti nell’ambito del diritto privato, ma è analogicamente applicabile. Ciò che qui rileva è che il primo potere è il più importante, o uno dei due più importanti, perché preclude, se il titolare rinuncia, tutti gli altri³⁰.

In realtà, sebbene la costituzione italiana non contenga espressamente alcuna disposizione perfezionista non liberale (che invochi ideali di eccellenza morale o di *human*

diritto di lasciarsi morire e di morire.

²⁹ Cfr. HART 1982, 183 s.

³⁰ Cfr. STEINER 1998, 241 ss. La differenza, probabilmente, è che se togliamo ad un diritto la sua forza perentoria, la possibilità di agire in caso di inadempimento, il potere di *enforcement* del titolare del diritto, il diritto diventa inutile, vacuo, nominale, un diritto di carta. Ma se togliamo al titolare la possibilità di rinunciarvi, di rinunciare al suo esercizio, se gli togliamo il potere di paralizzare l’adempimento dell’obbligo da parte dello Stato lo trasformiamo in qualcosa di molto più temibile e ingannevole, cioè, come abbiamo visto, un divieto.

flourishing) o paternalista, parte della giurisprudenza, come si evince dal caso Englaro (si veda *supra* n. 1), introduce nell'ordinamento principi perfezionisti non liberali o paternalisti tramite un'interpretazione paternalista del principio della dignità umana, che viene utilizzato contro l'autonomia dell'individuo, ad esempio, affermando che l'eutanasia è contraria alla dignità dell'uomo (oppure interpretando, appunto, soprattutto il diritto alla vita in modo indisponibile). Come già dimostrato altrove³¹, l'argomento della dignità umana da solo si rivela insufficientemente razionale, perché affetto da grave indeterminatezza semantica, perché parassitario, in quanto nasconde, dietro il velo della dignità, un argomento perfezionista (ad esempio bisogna perseguire l'ideale del coraggio, cioè ciascuno deve essere forte e resistere al dolore, alla sofferenza fisica in caso di malattia, e non richiedere l'eutanasia), o un argomento teologico ("Dio dà la vita e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene"), inutilizzabile in una democrazia laica, attenta al valore del pluralismo culturale e religioso. L'argomento perfezionista applicato in favore dell'indisponibilità del diritto alla vita, sebbene logicamente corretto, si rivela poco plausibile, retoricamente inefficace, poco persuasivo, in quanto palesemente in contrasto con i desideri e i valori della maggioranza delle persone nel mondo occidentale e con il fatto che l'intera pratica medica è orientata ad evitare ed alleviare la sofferenza, non ad imporla o lasciare che il paziente trovi la forza interiore per resisterele.

³¹ Cfr. MANIACI 2012a, 2012b.

Riferimenti bibliografici

- BARBERIS M. 2006. *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza.
- BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- BONACCORSI F. 2008. *Rifiuto di cure mediche e incapacità del paziente: La Cassazione e il caso Englaro*, in «Danno e responsabilità» (4), 2008, 432-443.
- CELANO B. 2001. *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 1-58.
- CELANO B. 2011. *Liberal Multiculturalism, Neutrality and the Rule of Law*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 11, 2011, 559-599.
- CELANO B. 2013. *Law as Power. Two Rule of Law Requirements*, in WALUCHOW W., SCIARAFFA S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 129-151.
- CRAIG P. 1997. *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical framework*, in «Public Law», 3, 1997, 467-487.
- D'AGOSTINO F. 1998. *Bioetica*, Torino, Giappichelli.
- DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- FINNIS J.M. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- FULLER L.L. 1969. *The Morality of Law. Revised edition*, New Haven, Yale University Press.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- GUERRA G. 2008. *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, in «Danno e responsabilità» (4), 2008, 438-443.

- HART H.L.A. 1982. *Bentham on Legal Rights*, in ID., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press.
- KRAMER M. 1998. *Rights without Trimmings*, in KRAMER M., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK N. 1977. *Rights in Legislation*, in HACKER P.M.S., RAZ J. (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press.
- MANIACI G. 2012a. *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in «Ragion Pratica», 38 (1), 2012, 205-224.
- MANIACI G. 2012b. *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- MARMOR A. 2004. *The Rule of Law and its Limits*, in «Law and Philosophy», 23, 2004, 1-43.
- PINO G. 2010. *Diritti e Interpretazione*, Bologna, il Mulino.
- POGGI F. 2006. *Contesto e significato letterale*, in COMANDUCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2006*, Torino, Giappichelli, 169-213.
- RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- SEARLE J. 1978. *Literal Meaning*, in «Erkenntnis», 13, 1978, 207-224.
- SIMMONDS N.E. 1998. *Rights at the Cutting Edge*, in KRAMER M., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 113-232.
- STEINER H. 1998. *Working Rights*, in KRAMER M., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 233-301.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- VIOLA F. 1996. *Bioetica e ragione pubblica*, in «Notizie di Politeia», 41-42, 1996, 50-55.