

Ferrajoli sui conflitti tra diritti*

José Juan Moreso

«The rights we have called fundamental can be no more than *prima facie* rights: the rights that in the end people have, their final rights, must result from compromises between their initially conflicting rights».

J.L. Mackie**

1. Introduzione

Le concezioni normative in filosofia politica che assegnano un ruolo centrale ai diritti tendono, spesso, a ritenere che i principi che stabiliscono diritti fondamentali delle persone¹ costituiscano una struttura ordinata e stabile che non dà luogo a conflitti o, in ogni caso, in cui la presenza di conflitti può essere minimizzata.

Questo è ciò che succede con la teoria della giustizia più influente dell'ultima *fin de siècle*, la teoria della giustizia di John Rawls². Come è noto, nella teoria rawlsiana l'adeguamento alla giustizia di un determinato ordine sociale dipende dal grado di realizzazione dei principi che sarebbero scelti da esseri umani razionali in alcune circostanze speciali e ipotetiche, circostanze che comportano l'assenza di informazione circa le caratteristiche specifiche della società per la quale scelgono i principi e del posto che tali esseri umani occuperanno in essa – il velo di ignoranza –, e che nella teoria rawlsiana sono definite *posizione originale*. In poche parole, mentre il primo principio riconosce uno schema di diritti fondamentali per tutti, il secondo principio stabilisce l'uguaglianza di opportunità e il principio di differenza, in base al quale le disuguaglianze sociali e economiche sono giustificate solo se vanno a beneficio dei membri più svantaggiati della società. Ora, la formulazione del primo principio³: “Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all” fu modificata da Rawls, in risposta alle sensate critiche di H.L.A. Hart⁴ in parte perché con questa formulazione non si dava sufficientemente conto della possibilità di conflitti tra queste libertà fondamentali, nel modo seguente⁵: “Each person has the

* Ferrajoli *sobre los conflictos entre derechos*. Traduzione di Giorgio Pino

** J.L. Mackie, *Can There Be a Right-Based Moral Theory*, in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, cap. VIII, p. 177.

¹ Considererò l'espressione “conflitti tra diritti” come un'abbreviazione dell'espressione “conflitti tra norme che stabiliscono diritti”. Vale a dire, i conflitti tra diritti sono un tipo di conflitto normativo.

² J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971.

³ *Ibidem*, p. 250.

⁴ H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and its Priority*, in N. Daniels (ed. by), *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1975, pp. 230-252. Vedi anche R. Martin, *Rawls and Rights*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 1985.

⁵ Si veda, per esempio, J. Rawls, E. Kelly, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001, p. 42.

same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all”.

Qualcosa di simile si trova nella teoria di Jürgen Habermas. Lo sforzo di ricostruzione coerente del sistema dei diritti fa sì che la sua concezione non presti l’attenzione necessaria all’ampia possibilità di conflitti tra le norme che stabiliscono i diritti⁶. Habermas presenta le sue idee al riguardo in opposizione ad una concezione teleologica, che concepisce il sistema dei diritti in termini di valori che devono essere massimizzati, opponendo ad essa una concezione deontologica, in termini di principi che o vincono o sono sconfitti, e tra cui non si danno transazioni⁷.

Anche Luigi Ferrajoli ha elaborato una teoria, nota come *garantismo*, che radica nei diritti fondamentali il modello di alcune istituzioni politiche giuste⁸. Nel caso di Ferrajoli tuttavia è più evidente che negli altri lo spazio assai ristretto che la teoria concede ai conflitti tra diritti. Ferrajoli scrive: «la tesi dei conflitti tra diritti non è sostenibile [...]»⁹ e, più in dettaglio, questa è la sua posizione¹⁰:

[la] «intuizione comune che i diritti confliggano» [si tratta di una critica di Anna Pintore¹¹] ed abbiano ciascuno uno «spazio morale» limitato dagli altri, confonde in un’unica problematizzazione e drammatizzazione diritti fondamentali di tipo diverso che occorre invece distinguere analiticamente: *a*) diritti-immunità illimitati dato che la loro garanzia non interferisce con altri diritti; *b*) diritti di libertà (distinti dalle mere libertà, che non sono affatto diritti), che incontrano i limiti imposti dalla loro convivenza con i diritti di libertà degli altri; *c*) diritti sociali i cui limiti non sono nei diritti fondamentali di altri tipo, ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati dal prelievo fiscale in danno dei diritti patrimoniali; *d*) diritti-potere, che sono proprio quelli che, in funzione della tutela e della soddisfazione degli altri diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni, le leggi hanno il compito di sottoporre a limiti, vincoli e controlli giurisdizionali di validità e di liceità.

In questo lavoro intendo criticare questa tesi di Ferrajoli, mostrando la presenza inevitabile di possibili conflitti tra tutti i tipi di diritti. A tal fine, accetterò la classificazione dei diritti che ci offre Ferrajoli e mi soffermerò a ricordarla al lettore. L’obiettivo consiste nel mostrare che qualunque teoria normativa sui nostri modelli istituzionali deve prendere in considerazione la molteplicità e l’eterogeneità dei conflitti tra diritti. La filosofia del diritto può essere utile a questo proposito perché nell’applicazione del diritto la presenza di questi conflitti è, al contempo, persistente e rivelatrice. Concluderò discutendo qual’è lo spazio adeguato che resta al lavoro del legislatore ordinario nella specificazione di questi diritti, tra il catalogo di diritti stabilito dalle costituzioni e la sua applicazione da parte dei giudici, siano essi ordinari o costituzionali.

⁶ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1992), Trotta, Madrid, 1998, cap. 6.

⁷ Su questi punti, si veda R. Alexy, *Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas’s Procedural Paradigm of the Law*, in «Ratio Juris», 7, 1994, pp. 227-238.

⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, parte quinta.

⁹ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 277-367 (p. 329).

¹⁰ *Ibidem*, p. 330.

¹¹ A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 179-200.

2. Una classificazione dei diritti fondamentali

La classificazione che Ferrajoli considera più importante tra i diritti fondamentali si basa sulla distinzione tra i diversi tipi di comportamento che costituiscono l'oggetto dei diritti fondamentali¹². Nella terminologia dell'autore, possiamo distinguere tra diritti *primari*, che proteggono solo aspettative, e diritti *secondari*, che proteggono aspettative e poteri. I diritti primari possono dare luogo a *diritti di libertà* e *diritti sociali*, a seconda che proteggano rispettivamente aspettative di omissione di interferenze altrui oppure aspettative di prestazioni altrui. I primi sono diritti negativi o immunità, entro i quali si possono ulteriormente distinguere tra «le semplici *libertà da*, come il diritto alla vita e la libertà personale, e [le] *libertà di* (oltre che *da*) come le libertà di stampa, di associazione e di riunione»¹³. I secondi sono diritti come il diritto alla salute, all'istruzione o alla sicurezza sociale. I diritti secondari sono i diritti di autonomia privata (i *diritti civili*) e i diritti di autonomia politica (i *diritti politici*), tra i quali il più tipico è il diritto al voto.

Ora, tenendo presente questa classificazione, cercherò di mostrare la possibilità inevitabile di conflitti.

3. Conflitti intra-diritti e conflitti inter-diritti

Utilizzerò una nozione intuitiva di conflitto tra diritti: in una situazione concreta si da conflitto tra diritti quando la soddisfazione di un diritto di un individuo *x* richiede, per ragioni concettuali o empiriche, la non soddisfazione di un altro diritto (che può essere anche un'altra istanza del medesimo diritto) di un individuo *y*. Sono consapevole che questa definizione dovrebbe essere ulteriormente sviluppata, in relazione ai diversi significati dell'espressione "x ha un diritto ad A", ai diversi tipi di norme che attribuiscono diritti, e ai diversi tipi di conflitti normativi che possono darsi tra queste norme. Ma questo sviluppo deve essere rinviato ad altra occasione.

Tuttavia ritengo opportuno introdurre una distinzione tra i diversi tipi di conflitti tra diritti. Dobbiamo distinguere tra conflitti *intra-diritti* e conflitti *inter-diritti*. Mentre i primi sono conflitti tra differenti istanze del medesimo diritto, i secondi sono conflitti tra istanze particolari di diritti diversi¹⁴. Come vedremo, questa distinzione è importante al momento di apprezzare l'estensione e la persistenza dei conflitti tra diritti fondamentali.

4. Conflitti intra-diritti

Se due individui *x* e *y* hanno il diritto di sedersi su una sedia e entrano in una stanza in cui c'è una sola sedia, allora per ragioni empiriche uno dei due non potrà soddisfare il proprio diritto, l'esercizio del diritto da parte di uno esclude che l'altro possa esercitare il medesimo diritto. Come si vede, sebbene il tema del conflitto tra diritti viene solitamente mes-

¹² L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 284.

¹³ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 285.

¹⁴ J. Waldron, *Rights in Conflict*, in Id., *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 203-224 (a p. 217). Vedi anche D. Mendonca, *Los derechos en juego*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 64-65.

so in relazione con il problema di disporre di una gerarchia tra le norme che conferiscono diritti, questo tipo di conflitti di diritti non si può risolvere in questo modo.

I diritti sociali a volte generano questo tipo di conflitti. L'assistenza medica necessaria per x può andare a detrimento dell'assistenza medica necessaria a y . Questo punto è forse riconosciuto da Ferrajoli, quando sostiene che i diritti sociali non hanno altro limite che quello delle risorse disponibili. Ma se, come accade di solito, le risorse sono scarse, allora la possibilità di conflitti di questo tipo è assai frequente. Se destinassimo alla ricerca sul cancro una somma dieci volte superiore a quella attualmente impiegata, salveremmo la vita a molte persone, però forse sacrificherebbero molte altre persone, perché dovremmo ridurre le somme destinate all'assistenza sanitaria di base, ad esempio. Sembra che non ci sia altra possibilità che lasciare queste decisioni all'azione legislativa ordinaria, soggetta al controllo democratico e assistita da opportune consulenze tecniche.

Anche i diritti di libertà danno luogo a molti esempi di conflitti di questo tipo. In casi di legittima difesa o stato di necessità, il diritto alla vita di x può trovarsi in conflitto con il diritto alla vita di y , e abbiamo bisogno di regole che risolvano il conflitto. In questo senso i diritti-immunità, contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non sono illimitati, dato che la garanzia di uno di questi diritti può interferire con un diritto di questo stesso tipo spettante ad altro soggetto.

Pertanto, anche se Ferrajoli sostiene (nel passo riportato nel § 1.) che i diritti-immunità sono illimitati, e che l'unico limite dei diritti sociali consiste nei relativi costi di soddisfazione, i conflitti intra-diritti rendono evidente che la questione non è tanto semplice. I diritti-immunità non sono illimitati e i diritti sociali, proprio in virtù dei loro costi di soddisfacimento, possono generare conflitti di non facile soluzione.

5. *Conflitti tra diritti di libertà*

Secondo Ferrajoli, i diritti di libertà trovano il loro limite nella convivenza con i diritti di libertà degli altri. A quanto pare questa formula sembra sufficiente a Ferrajoli per minimizzare la presenza dei conflitti tra diritti. O forse, Ferrajoli ritiene che una volta precisati questi limiti, non vi siano *realmente* conflitti tra diritti di libertà.

Questa tesi è, quantomeno, sorprendente. In giurisprudenza (in particolare quella costituzionale) sono estremamente frequenti casi in cui un'istanza di un diritto di libertà collide con un'istanza di un altro diritto di libertà. Pensiamo, ad esempio, ai conflitti tra la libertà di informazione e i diritti all'onore, alla riservatezza e all'immagine. E non solo: il diritto di un editore di pubblicare e diffondere giornali gli permette di distribuire giornali con antrace, mettendo in grave pericolo la salute dei suoi lettori?¹⁵ Ovviamente no, e in questo caso il diritto-immunità alla vita sconfigge il diritto alla libertà di informazione.

I diritti di libertà si trovano potenzialmente in conflitto ed è per questa ragione che i teorici del diritto sono soliti sostenere che i diritti fondamentali non sono diritti assoluti ma solo diritti *prima facie*, e che l'applicazione delle norme che stabiliscono questi diritti deve spesso incaricarsi di *ponderare* questi diritti, vale a dire stabilire criteri che permettano di determinare quale diritto si impone sull'altro in caso di conflitto¹⁶. A mio

¹⁵ Esempio che ho proposto nel mio Prologo a D. Mendonca, *Los derechos en juego*, cit., pp. 13-14.

¹⁶ Sulla ponderazione, vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81-98. Si veda anche, ad esempio, L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos*

giudizio, una teoria dei diritti che non offra alcun criterio per la soluzione dei conflitti tra diritti di libertà è una teoria incompleta.

6. *Conflitti tra diritti primari e diritti secondari*

Il punto in cui Ferrajoli sviluppa maggiormente la sua concezione riguarda il possibile conflitto tra i diritti di libertà e i diritti di autonomia, in particolare i diritti di autonomia privata come i diritti di iniziativa economica. E in questo punto la concezione di Ferrajoli è particolarmente categorica¹⁷:

proprio perché i diritti di autonomia consistono in poteri giuridici, il loro rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come ‘conflitto’, bensì come soggezione alla legge: precisamente come soggezione degli atti potestativi, siano essi leggi o negozi, che direttamente o indirettamente sono esercizio dei primi, alle norme costituzionali e legislative nelle quali sono stipulati i secondi. Ma questo è per l'appunto il ruolo del diritto entro il paradigma del costituzionalismo rigido. Essendo ‘poteri’, i diritti di autonomia sono destinati, come tutti i poteri, ad essere nello Stato costituzionale di diritto sottoposti a limiti di legge onde impedirne l'esercizio *legibus solutus*. Ed è chiaro che la mancanza di limiti a tale esercizio [...] equivarrebbe proprio a quelle forme di assolutismo dei poteri che la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali ha lo scopo di impedire.

Secondo Ferrajoli, è opportuno distinguere qui tra la *libertà naturale*, che è la mera possibilità di agire che hanno gli esseri umani e che, pertanto, è destinata ad essere limitata dalle leggi, i *diritti di autonomia*, che sono i poteri pubblici e privati che, tramite la legge o atti giuridici privati limitano sempre la libertà, e infine i *diritti di libertà*, di rango costituzionale o legislativo, che limitano i poteri contrattuali: «le libertà negative del terzo tipo, ossia i diritti di libertà, sono precisamente i limiti imposti ai diritti-poteri di autonomia»¹⁸.

Questa concezione sembra supporre che i diritti costituzionali di libertà operano come limiti direttamente nell'ambito dell'autonomia privata. Purtroppo anche questa è una questione discutibile. Mentre nessun potere pubblico può stabilire come mi devo vestire, perché ciò lederebbe il mio diritto all'immagine, nell'ambito di un rapporto di lavoro sembra ragionevole che il datore di lavoro possa decidere come devono vestirsi alcuni dipendenti. Mentre nessuno può essere espulso da un ente di natura pubblica a causa delle sue idee, sembra ragionevole che una associazione privata di cacciatori espella qualche suo membro che si sia convertito in difensore dei diritti degli animali e che dedichi ogni suo sforzo a condannare le pratiche dell'associazione e a convincere i suoi membri ad abbandonare quella che ora considera una pratica abominevole. Mentre i poteri pubblici non possono condizionare il godimento di alcun diritto al fatto che una persona contragga o meno matrimonio, sembra ragionevole che un testatore possa fare testamento in favore del proprio coniuge a condizione che non contragga matrimonio in futuro.

Ovviamente, questo non significa che i diritti fondamentali non svolgano alcun ruolo nel campo dell'autonomia privata. E nell'ambito dei rapporti di lavoro il datore non può

fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, cap. 4 e 5, e la mia posizione in J.J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion Pratica», 18, 2002, pp. 201-221.

¹⁷ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 330.

¹⁸ L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, cit., p. 295.

certamente imporre qualsiasi cosa ai lavoratori, neppure qualunque modo di vestire: converremmo che il proprietario di un supermercato lederebbe il diritto all'immagine delle dipendenti se le obbligasse a stare alle casse in topless, ad esempio. E tanto meno una associazione privata può privare della condizione di socio qualcuno dei propri membri in maniera arbitraria¹⁹. E un datore di lavoro viola diritti fondamentali se inserisce nel contratto di lavoro una clausola in forza della quale il rapporto di lavoro cesserà nel caso in cui il lavoratore contragga matrimonio. Proprio in un caso come questo ha avuto inizio la giurisprudenza tedesca sulla *Drittwirkung*, vale a dire sugli effetti orizzontali dei diritti fondamentali²⁰. Indipendentemente dalla maggiore o minore ampiezza con cui si intende questa teoria (come efficacia diretta dei diritti fondamentali, oppure indiretta attraverso le clausole generali del diritto privato come la buona fede, il buon costume, l'ordine pubblico, ecc.) si possono riconoscere due aspetti come acquisizioni di questa dottrina (e di dottrine similari in società più distanti dalla tradizione giuridica tedesca): a) i diritti fondamentali riconosciuti a livello costituzionale producono effetto nelle relazioni private; b) tuttavia, i diritti fondamentali nelle relazioni private devono essere resi compatibili con il diritto fondamentale all'autonomia privata.

Si tratta di un'acquisizione ragionevole, posto che se per un verso è chiaro che il diritto privato non può ignorare i diritti costituzionalmente protetti, proprio per la ragione tante volte indicata da Ferrajoli – e cioè che i diritti sono limiti a ciò che i poteri, pubblici e *privati*, possono fare – per altro verso è anche vero che assoggettare le relazioni private alla stretta osservanza dei diritti fondamentali diminuirebbe in gran misura la varietà della vita sociale: non potrebbero esserci ad esempio associazioni private composte solo da donne o da cattolici, perché violerebbero il diritto all'eguaglianza. Pertanto, i diritti fondamentali hanno una efficacia *attenuata* nelle relazioni private.

Tuttavia questa non è, a quanto sembra, la posizione di Ferrajoli. Ferrajoli pensa che i diritti secondari, che sono poteri, di autonomia privata sono completamente soggetti al rispetto dei diritti fondamentali e che, pertanto, non devono essere resi compatibili né essere ponderati con i diritti di libertà. A quanto sembra, Ferrajoli stabilisce una chiara gerarchia tra i diritti di libertà e i poteri di autonomia privata: i primi prevalgono sempre sui secondi. Questa conclusione mi pare, per i motivi che ho esposto, irragionevole e non riesco a comprendere con quali argomenti potrebbe essere difesa. E se questa conclusione è irragionevole, si può comprendere che l'ambito dei conflitti è qui inestirpabile.

7. *Conflitti tra diritti e altri beni giuridici*

Anche se Ferrajoli non si occupa di questa questione, vorrei mostrare che le norme che attribuiscono diritti fondamentali possono entrare in conflitto non solo con altri diritti fondamentali, ma anche con altri beni costituzionalmente protetti, come riconoscono per giurisprudenza costante tutti i tribunali costituzionali delle democrazie costituzionali. Farò solo un esempio: il diritto di sciopero dei lavoratori non solo può essere sconfitto dall'esercizio di altri diritti fondamentali, ma anche dalla protezione di altri beni costituzionali. Di fatto, non abbiamo un diritto fondamentale a viaggiare in metropolitana,

¹⁹ Si veda per esempio STC 218/1988, 22 novembre, e J. Ferrer Riba, P. Salvador Coderch, *Asociaciones, democracia y Drittwirkung*, in P. Salvador Coderch (coor.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, pp. 55-166.

²⁰ Si veda, tra tutti, I. von Münch, *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*, in P. Salvador Coderch (coor.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, cit., pp. 25-54.

però il buon funzionamento dei servizi pubblici può limitare il diritto di sciopero dei lavoratori dell'impresa di trasporti stabilendo che vengano garantiti servizi minimi²¹.

8. *La specificazione dei diritti fondamentali*

Da quanto detto finora può concludersi che una teoria adeguata dei diritti fondamentali deve tenere presente una concezione dei conflitti *intra*-diritti, dei conflitti *inter*-diritti, e dei conflitti tra diritti e altri beni costituzionalmente protetti. Nella misura in cui la concezione di Ferrajoli non contiene una teoria di questo tipo, e cerca, in maniera a mio giudizio poco convincente, di minimizzare l'importanza di questi conflitti, distorce un aspetto centrale della nostra comprensione dei diritti fondamentali.

Ovviamente non sono in grado di elaborare qui e ora una simile teoria. Tuttavia, voglio terminare offrendo una riflessione provvisoria relativa all'ampio spazio di configurazione che le dichiarazioni costituzionali dei diritti lasciano al legislatore. Se concepiamo le dichiarazioni dei diritti come formulazioni di diritti solo *prima facie*, suscettibili di persistenti conflitti tra loro, dobbiamo accettare che tali dichiarazioni dei diritti non determinano una soluzione univoca per tutti i casi. Questo non significa, voglio chiarire, che non determinano una soluzione in nessun caso. I casi paradigmatici, reali o ipotetici, hanno la funzione di restringere l'ambito delle ricostruzioni ammissibili: sono ammissibili solo quelle ricostruzioni che ricostruiscono i casi paradigmatici adeguatamente²². I casi paradigmatici costituiscono lo sfondo spesso inarticolato, su cui ha luogo il ragionamento pratico. Inoltre, il dibattito che esiste in Spagna e in Germania circa il significato delle clausole costituzionali che autorizzano il legislatore a sviluppare i diritti fondamentali con il limite del rispetto del loro *contenuto essenziale* forse può essere inteso così: il legislatore può sviluppare legislativamente il contenuto di un diritto sempre che tale regolamentazione non escluda dall'esercizio del diritto i casi che giudichiamo paradigmatici. Un caso paradigmatico di conflitto tra diritti sarebbe ad esempio quello dell'editore che distribuisce giornali con antrace: una disciplina legislativa che non permettesse di proteggere in questo caso il diritto all'integrità fisica contro la libertà di informazione sarebbe, a mio giudizio, incostituzionale.

Ora, nello di indeterminatezza, in tutti quei casi in cui non sembrano esserci ragioni definitive a favore dell'una o dell'altra soluzione, ad esempio quale debba essere l'ambito della protezione dell'intimità contro l'intrusione dei mezzi di comunicazione, o nell'ambito della *Drittwirkung*, mi sembra ragionevole affidare la specificazione e lo sviluppo di questi diritti al potere legislativo. Si tratta di quello che potremmo chiamare *l'argomento del valore espressivo della democrazia*.

Presenterò questo argomento con una analogia riferita alle decisioni che prendiamo nella nostra individuale²³. Possiamo concepire l'insieme delle decisioni che prendiamo nella nostra vita come limitate da principi e norme morali: non dobbiamo realizzare comportamenti moralmente proibiti e dobbiamo realizzare comportamenti moralmente

²¹ Il Tribunal constitucional spagnolo lo afferma ripetutamente: STC 11/1981, STC 26/1981, STC 33/1981, STC 51/1986, STC 53/1986, STC 27/1989, STC 43/1990.

²² Su questa funzione dei casi paradigmatici nel ragionamento giuridico, si vedano, R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 255-257; S. Hurley, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 212; T. Endicott, *Herbert Hart and the Semantic Sting*, in «Legal Theory», 4, 1998, pp. 283-301.

²³ L'analogia si trova in J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994, cap. 13, pp. 319-324.

obbligatorie. Però queste restrizioni lasciano molte decisioni come facoltative, opzionali. La morale non ci impone che tipo di studi fare, che professione scegliere, con che persona dividere la nostra vita, quanti figli avere. Tuttavia queste decisioni, moralmente facoltative, sono quelle che danno senso alla nostra vita, sono le più importanti per noi e generano, una volta prese, una gran quantità di doveri morali: il dovere di accudire i nostri figli ad esempio. Il valore di queste decisioni non consiste nella loro conformità alla morale: la mia decisione di fare il professore universitario non ha più valore della decisione di intraprendere la carriera in magistratura, ad esempio. Tuttavia, una volta presa la mia decisione di fare il professore universitario, questa decisione ha un valore *espressivo*, colora la mia vita in un modo molto diverso dalla decisione di intraprendere la carriera in magistratura. Lo stesso succede, a maggior ragione, con la decisione di mettere al mondo mia figlia. Al meno a mio giudizio, non avevo il dovere morale di farlo, ma una volta che lei è tra noi, la mia decisione ha nella mia vita un valore *espressivo* immenso. Lo spazio di ciò che è moralmente facoltativo è il più importante della nostra vita.

L'argomento del valore espressivo della democrazia, dunque, è il seguente: i diritti fondamentali funzionano con la democrazia in un modo analogo a come i doveri morali funzionano con la nostra vita individuale: generano uno spazio nel quale il valore espressivo delle nostre decisioni è centrale. Le decisioni democratiche sono limitate dai diritti fondamentali, il legislatore democratico non può prendere decisioni che violano i diritti fondamentali. Ebbene, restano molte decisioni che sono quelle che colorano la vita di tale società e plasmano la vita collettiva. È ovvio che l'analogia non può essere portata alle estreme conseguenze²⁴, ma credo che comunemente l'analogia si possa mantenere.

Joseph Raz lo dice nel modo seguente²⁵:

al momento di decidere se investire le risorse pubbliche in musei o impianti sportivi, se concentrarli in pochi centri regionali o disperderli in molte città, se favorire la conservazione della campagna e delle comunità agricole o incentivare l'urbanizzazione basata sull'industrializzazione, o anche se generare più risorse pubbliche tramite l'imposizione fiscale o lasciare di più agli individui affinché facciano ciò che desiderano, in questa e molte altre questioni può non esserci alcuna soluzione che sia migliore, può restare unicamente una gamma di soluzioni incompatibili tra cui scegliere, ma tutte egualmente buone.

Questa concezione si riferisce ad un aspetto della morale e della razionalità. È in relazione a quegli aspetti della morale e della razionalità che contribuiscono alla moralità di una azione per il fatto di essere guidati da ragioni, ragioni morali quando sono rilevanti. Una azione può essere morale non in virtù delle ragioni per le quali è compiuta, ma in virtù di ciò che esprime. Una decisione politica può essere razionale perché esprime la "volontà del popolo", vale a dire è stata una decisione adottata in un modo che realizza il valore della partecipazione agli affari pubblici, indipendentemente dalle sue conseguenze o dalle ragioni che l'hanno motivata.

Se si accetta questo argomento, allora possiamo comprendere che il potere legislativo può plasmare alcune delle questioni che riguardano i conflitti tra diritti. Il legislatore democratico decide quanto spendere in istruzione e quanto in sanità, e in questo modo determina il grado di soddisfazione che potrà darsi ai diritti delle persone all'istruzione e alla sanità. Il legislatore democratico traccia il perimetro di protezione della nostra intimità e in questo modo *esprime* un modo, tra quelli possibili, in cui in una società

²⁴ Si vedano le riflessioni di Raz a questo proposito in *ibidem*, pp. 320-321.

²⁵ *Ibidem*, p. 322.

viene reso compatibile il flusso delle informazioni, delle idee e delle opinioni con la riservatezza di ciascuno. Molte accese discussioni in diverse società possono essere viste in questo modo. Nelle società bilingui, si rispetta il diritto di tutti all'istruzione in almeno due modi: o permettendo ai genitori la scelta della lingua della scuola pubblica in cui i figli riceveranno l'istruzione, o creando una scuola pubblica integrata in cui l'istruzione garantisca la competenza dei bambini in entrambe le lingue. Scegliere l'un modo o l'altro ha, comunque, un grande valore espressivo, mostra che tipo di società, dal punto di vista linguistico, si vuole avere.

Ovviamente questa specificazione dei diritti da parte del potere legislativo non impedirà l'insorgere di conflitti che dovranno essere risolti in sede giurisdizionale, ma lo attenuerà. Nella questione dei diritti fondamentali è molto importante integrare adeguatamente il ruolo che devono svolgere le dichiarazioni costituzionali dei diritti, la democrazia tramite la legislazione, e gli organi di applicazione del diritto, inclusa la Corte costituzionale.

Affinché questo argomento abbia la forza sufficiente è necessario, ne sono consapevole, sviluppare più adeguatamente il ruolo della specificazione nel ragionamento pratico²⁶, questione che deve essere rimandata ad altra occasione.

Per concludere, voglio sottolineare che considero la mancata attenzione di Ferrajoli al problema del conflitto tra diritti come una lacuna nella sua opera di fondamentazione dei diritti, che per nulla sminuisce il valore della sua costruzione e che ci obbliga a pensare più adeguatamente alle questioni che tutti ci riguardano. In più, se Ferrajoli si convincesse dell'importanza dei conflitti tra diritti e decidesse di colmare questa lacuna, tutti noi beneficeremmo senza dubbio delle idee originali e illuminanti che con il suo lavoro ci offre.

²⁶ V. per esempio R. Shafer-Landau, *Moral Rules*, in «Ethics», vol. 107, 1997, pp. 584-611 (spec. pp. 593-597).