

# STUDI IN ONORE DI LUIGI COSTATO

VOLUME TERZO

I MULTIFORMI PROFILI  
DEL PENSIERO GIURIDICO

ESTRATTO



Jovene editore  
2014

COMITATO PROMOTORE

Pasquale Nappi - Giulio Sgarbanti - Paolo Borghi  
Luigi Russo - Cristiana Fioravanti - Chiara Agostini  
Silvia Manservisi - Marco Borraccetti - Sebastiano Rizzoli

COORDINAMENTO DI

Silvia Manservisi

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2014

ISBN 978-88-243-2321-5

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

ROBERTO BIN

## NUOVI DIRITTI E VECCHIE QUESTIONI\*

SOMMARIO: 1. Classificazioni e ideologie. – 2. «Nuovi diritti», ma con poco diritto? – 3. Il calcolo dei diritti. – 4. Nuovi diritti o vecchie libertà? – 5. Chi garantisce i diritti? Il giudice... – 6. ...o la legge?

### 1. *Classificazioni e ideologie*

I «nuovi diritti» sono ormai un tema annoso, frutto di una tendenza tassonomica che risale molto nel tempo. Essa ha prodotto innumerevoli classificazioni dei «diritti», da quella che distingue le libertà «negative» dai diritti «positivi», alla contrapposizione tra diritti liberali e diritti sociali o tra diritti che costano e quelli che non costano, oppure ancora alle periodizzazioni delle diverse «generazioni» di diritti – i «nuovi diritti» appartenendo ovviamente all'ultima di esse.

Classificazioni e distinzioni dovrebbero servire a capire meglio le particolarità degli oggetti a cui si applicano. Le classificazioni dei diritti mi sembrano invece operare in senso opposto: non chiariscono, ma mistificano la realtà dei diritti, incastonandoli in cornici prodotte da sclerosi ideologica. Si prenda la più antica delle classificazioni, quella che contrappone le libertà negative – che richiederebbero unicamente un'astensione del potere pubblico, e quindi non «costerebbero» – ai diritti sociali, rivendicazioni di prestazioni pubbliche irrimediabilmente costose. È una contrapposizione che falsifica i dati storici e maschera quelli finanziari.

Come ha notato Forsthoﬀ<sup>1</sup>, lo Stato di diritto non nasce dalla richiesta liberale di proteggere i diritti dell'individuo dall'aggressione da parte dei poteri pubblici, ma dalla necessità per gli individui di trovare nel potere pubblico protezione dal predominio dei privati che detengono il potere economico e sociale. *Homo homini lupus* è la condizione hobbesiana da cui il diritto dello Stato deve trarci in salvo: in fondo è vero che Hobbes è «*il pioniere dello Stato "di leggi" liberale*»<sup>2</sup>. Non a caso le codificazioni civile e penale anticipano la costituzionalizzazione delle istituzioni pubbliche: è la regolazione del rapporto tra i privati la prima esigenza posta al sovrano illuminato dal gregge di consociati che temono il dominio dei più forti tra essi, vogliono affrancarsi dall'«ordine sociale» feudale di cui essi sono vittime. Solo in seguito l'ideologia liberale ha imposto allo Stato di non occuparsi più di modificare l'«ordine sociale», ma solo di difenderlo: con il suffragio censitario e, quando necessario, con la sospensione delle garanzie costituzionali e lo «stato di eccezione», l'«ordine sociale» andava preservato da qualsiasi rischio di essere sovvertito dall'azione politica<sup>3</sup>.

\* Questo contributo riproduce il testo di una relazione tenuta al Seminario italo-spagnolo *Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, promosso dal Reale Collegio di Spagna e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna il 3 e 4 maggio 2012.

<sup>1</sup> *Lo Stato della società industriale*, tr. it. di A. Mangia, Milano, 2011, ??

<sup>2</sup> C. SCHMITT, *Sul Leviatano*, tr. it. di C. Galli, Bologna, 2011, 147.

<sup>3</sup> «*Quando la legalità basta per salvare la società, sia la legalità, quando non basta, sia la dittatura*» è la famosa tesi di J. DONOSO CORTÉS, *Discorso sopra la dittatura* (1949).

Se poi guardiamo alle nostre faccende odierne, la distinzione tra diritti «che costano» e diritti che «non costano» è stata brillantemente demistificata da Holmes e Sunstein<sup>4</sup>, che ne hanno messo in luce la natura intimamente ideologica. Non c'è legge o «manovra» finanziaria che non debba affrontare il problema di quali «servizi» finanziare, e tra questi non v'è solo la assistenza sanitaria o l'istruzione pubblica, ma anche la difesa, l'ordine pubblico e la repressione penale dei reati – cioè le obbligazioni primordiali dello Stato liberale, quelle che solo apparentemente «non costano».

## 2. «Nuovi diritti», ma con poco diritto?

Di «nuovi diritti» si parla ai nostri giorni a proposito di una selva intricata di «pretese» che vengono avanzate nelle aree più diverse. Si pensi ai diritti connessi alla sfera del *biodiritto*, cioè delle «dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano»<sup>5</sup>. Così si parla di diritto alla procreazione o di diritto di morire con dignità, di diritto di rifiutare i trattamenti sanitari o di diritto all'eugenetica, di diritti dell'embrione e di diritto all'aborto, di diritto alla vita e di diritti sul corpo del defunto (diritti per altro antichissimi). Attorno al concetto indefinito di dignità umana, o sussumibile sotto l'astratta categoria degli *human rights*, può prendere forma ogni tipo di «diritto» genericamente coniugabile con il fenomeno della globalizzazione e del multiculturalismo, così come ampio è il catalogo dei «diritti» rivendicabili in rapporto alle bio-tecnologie<sup>6</sup> o alle tecnologie digitali della comunicazione<sup>7</sup>.

Difficile dire quanto i fenomeni nuovi che intervengono nelle relazioni sociali o nel mondo delle tecnologie possano davvero modificare la struttura dei vecchi diritti o non siano semplicemente una nuova prospettiva in cui guardare ad essi. Segnalo però una tendenza che mi sembra di percepire nella letteratura scientifica che guarda ai «nuovi diritti» e che mi sembra preoccupante. È la tendenza alla partenogenesi disciplinare, una moltiplicazione di «nuove materie» che fanno oggetto di specifico studio i «nuovi diritti» e le tecnologie ad esse riferibili. Il bio-diritto, il diritto della comunicazione, i diritti umani o il diritto dell'ambiente sono «materie» che attraggono molto l'attenzione, specie delle nuove generazioni di studiosi, e tendono a incistarsi, cioè a pretendere una propria autonomia disciplinare che ne slega gli sviluppi scientifici dalla tradizionale cultura dei diritti. Da un lato non si può negare l'esigenza di studiare questi temi con una compenetrazione tra strumenti giuridici e conoscenze scientifico-tecnologiche che probabilmente non ha precedenti negli studi costituzionalistici in tema di diritti e libertà. Ma c'è anche un altro lato, negativo: il rischio di perdere il patrimonio analitico che ha da sempre accompagnato lo studio teorico dei diritti.

Non si può certo sostenere che lo «specialismo» sia un fenomeno inedito negli studi sui diritti costituzionali. È vero piuttosto il contrario, come noi studiosi di diritto costituzionale ben sappiamo: lo studio della libertà personale o di quella domiciliare non si può svolgere senza addentrarsi nella disciplina processualpenalistica, quello del-

<sup>4</sup> *Il costo dei diritti*, tr. it. di E. Caglieri, Bologna, 2000. Come questa ideologia giunga a penetrare così a fondo l'ordinamento giuridico, sino a guidare il sistema delle detrazioni fiscali, ho cercato di dimostrarlo in *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica» 2000, 15 ss.

<sup>5</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012<sup>3</sup>, 7.

<sup>6</sup> Si vedano per es. i contributi raccolti in *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin, N. Lucchi e S. Lorenzon, Milano, 2012.

<sup>7</sup> Cfr. N. LUCCHI, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010.

la fondamentale obbligazione tributaria è irrimediabilmente intrecciato con gli specialismi del sistema fiscale, la libertà di coscienza stessa si sviluppa attraverso il diritto ecclesiastico. Il che significa che le tre colonne su cui si regge, sin dalle sue origini, il sistema dello Stato costituzionale moderno hanno nel diritto costituzionale solo l'architrave dei principi, mentre il loro basamento affonda altrove.

Ma per i «nuovi diritti» c'è anche dell'altro: la connessione con i dati scientifici, le caratteristiche tecnologiche e i protocolli medici fanno spostare l'attenzione su fattori e informazioni che non sono riferibili a specifici ambiti nazionali e quindi incentivano l'estensione dello studio ad una dimensione transnazionale, più ancora che comparativa. Le radici che legano lo sviluppo di questi temi all'ordinamento di appartenenza vanno seccandosi, mentre la loro trattazione si fa sempre più «narrazione» di soluzione legislative o giurisprudenziali che circolano attraverso le frontiere. L'elencazione monotona di carte dei diritti, di convenzioni internazionali, di precedenti giudiziari di questa o quella corte nazionale o internazionale tesse la trama su cui si annodano molti degli scritti dedicati a questi temi; la «narrazione» tende ad astrarre dall'inevitabile tecnicità del diritto e favorire piuttosto le connessioni con i temi della bioetica o le tecnicità delle scienze e delle tecnologie. Con ciò il discorso attorno ai «nuovi diritti» tende a perdere la specificità del discorso giuridico e a svalutarne la strumentazione tipica.

Naturalmente il diritto non è tutto ed è innegabile che poco si possa capire dei profili giuridici connessi alle nuove tecnologie senza impararne il lessico; se poi le soluzioni normative dei problemi sollevati dal loro impiego suscitano un acceso dibattito etico, è indiscutibilmente necessario che anche di questo si comprendano i termini e le ricadute sul piano più strettamente giuridico. Ma a poco serve il loro apporto al dibattito se i giuristi non vi contribuiscono con gli strumenti affinati nello studio dei diritti costituzionali, smarrendo della genericità della «narrazione» lo specifico della loro cultura. Nei paragrafi che seguono provo a indicare, facendo tesoro degli studi classici attorno ai diritti costituzionali, alcuni orientamenti che a mio avviso dovrebbero guidare lo studio dei «nuovi diritti».

### 3. *Il calcolo dei diritti*

I diritti sono «a somma zero»<sup>8</sup>. Ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse. Può essere che a pagarne le spese sia il diritto di un altro individuo (il diritto proprietario di recintare il mio fondo produce la limitazione del diritto di circolazione degli altri individui) o di un interesse generale (il diritto di portare armi riduce la sicurezza della collettività).

Non possono esserci limitazioni nel godimento di un diritto che non siano giustificabili in base all'esigenza di salvaguardare i diritti degli altri individui o gli interessi collettivi. Il bilanciamento è il modo d'essere tipico dei diritti, almeno in un ordinamento costituzionale pluralista in cui non trovano cittadinanza né diritti assoluti, né «valori non negoziabili». Il bilanciamento porta con sé la valutazione della ragione-

<sup>8</sup> Ho approfondito questo tema, con particolare riferimento ai diritti dei consumatori, in *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 95 ss.

volezza dei limiti e della proporzionalità tra compressione di un diritto e vantaggio assicurato al diritto o all'interesse concorrente.

Benché questo sia un punto di vista largamente accettato, è forte però la tendenza, trattando di un diritto specifico, alla sua «entificazione». Uso questa espressione per indicare la tendenza a trattare i diritti come «cose» dai margini abbastanza ben definiti, di cui si può considerare l'«esistenza» nell'ordinamento, il livello (costituzionale, convenzionale, comunitario, o semplicemente legislativo) della tutela, l'estensione o meno a determinati «oggetti», le relazioni di supremazia con altri interessi. Il diritto «entificato» è a prescindere dai suoi rapporti di bilanciamento con gli altri interessi<sup>9</sup>. Si può discutere del perimetro della garanzia accordata e se un determinato fenomeno stia dentro o fuori di esso, perché *tertium non datur*; gli si può accreditare una determinata posizione in un'ideale gerarchia, che lo porta a resistere alla compressione da parte di altri diritti che non godano di pari grado o di interessi generali che appaiono di troppo scarso «valore» per poterlo sfidare salendo sull'altro piatto della bilancia: quante volte vediamo respinta con sdegno l'ipotesi che un diritto fondamentale dell'uomo possa essere «bilanciato» con mere esigenze di carattere finanziario? Dimentichiamo persino che nella nostra cultura giuridica la compressione di ogni diritto è risarcibile, cioè monetizzabile, e che l'ampliamento della tutela di un diritto viene ogni giorno valutata in termini di costo finanziario: «tutti i diritti costano» (come si diceva prima) è un altro modo di esprimere la stessa idea, che i diritti non sono apprezzabili al di fuori del loro bilanciamento.

Di fronte alla limitazione di un diritto, indipendentemente dalla «generazione» a cui esso appartenga, la domanda è sempre la stessa: è ragionevole questa limitazione – ossia, è apprezzabile l'interesse concorrente e proporzionato il sacrificio richiesto? Gli stessi quesiti dovremmo porceli davanti alla rivendicazione di un «nuovo diritto», se è vero che accordare tutela ad esso comporta far retrocedere la tutela di qualche altro diritto o di un interesse generale. Se andassimo alla caccia degli interessi confliggenti con il «nuovo diritto», forse faremmo qualche scoperta interessante.

#### 4. *Nuovi diritti o vecchie libertà?*

Qual è il controinteressato al mio diritto ad una morte dignitosa? E al mio diritto a generare figli non destinati ad una vita di sofferenza? E al diritto di sposare un essere umano dello stesso sesso? A me sembra che nessuna di queste domande trovi una risposta convincente (o confessabile). Ciò mi fa sospettare che forse sono domande sbagliate.

Mi sembra sbagliato, per esempio, chiedersi se *esista* un «diritto a morire». Molti dei nuovi diritti fanno fatica a trovare un riconoscimento giuridico in quanto 'diritti', semplicemente perché è sbagliata la prospettiva in cui vengono reclamati. Non è affatto detto che per poter vantare una determinata pretesa sia necessario ricercare nell'ordinamento qualche riconoscimento esplicito o implicito di essa. Infatti, in un ordinamento di tradizione liberale vige il principio di libertà, la «norma generale esclusiva» di cui all'art. 5 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 1795: tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito. Non mi nascondo le difficoltà

<sup>9</sup> Rinvio ancora a *Diritti e fraintendimenti*, cit., dove sviluppo il tema dell'entificazione dei diritti.

teoriche della tesi della norma generale esclusiva<sup>10</sup>, ma dal punto di vista della teoria costituzionale dei diritti mi sembra evidente che l'interpretazione debba muovere dal presupposto della libertà e dall'affermazione della riserva di legge per ogni limitazione che ad essa si intenda opporre<sup>11</sup>. Ragione per cui non è dalla ricerca del fondamento del diritto che si deve prendere le mosse, ma dall'individuazione degli eventuali limiti che sono opponibili al completo dispiegarsi della libertà individuale. Tali limiti non solo devono essere riferibili a una previsione legislativa, ma devono corrispondere a quei requisiti di ragionevolezza, congruità e proporzionalità che ne condizionano la legittimità.

La libertà di accettare o meno trattamenti medici, la libertà di procreare e di formare una famiglia, la libertà di svolgere gli accertamenti utili a formulare previsioni sulla salute del proprio embrione, la libertà di accedere a trattamenti che favoriscano la procreazione, la libertà di autodeterminarsi: nessuna di queste libertà ha bisogno di un'affermazione esplicita in qualche legge, mentre semmai spetta alla legge tracciare gli eventuali limiti di ciascuna di esse. Questi sono opponibili, come si diceva poc'anzi, solo se l'esercizio della libertà può incidere sui diritti degli altri o su interessi pubblici rilevanti. Ma quali possono essere i diritti o gli interessi confliggenti?

È una domanda non facile, perché i diritti sono intestabili solo agli individui, mentre gli interessi pubblici opponibili devono riferirsi a beni di evidente rilevanza sociale, che non possono essere compromessi dalla scelta individuale senza che la collettività ne subisca un danno rilevante. Ma quale diritto individuale può essere violato dalla mia decisione di terminare un'esistenza che non ritengo degna o di promuovere un'indagine sullo stato di salute dell'embrione in gestazione? Quali interessi della collettività possono essere turbati da decisioni del genere?

Nella misura in cui io non stia chiedendo una prestazione agli apparati pubblici (che potrebbe oppormi vincoli di carattere finanziario, dato che dalle risorse di bilancio dipende la soddisfazione di tutti gli altri diritti), è molto probabile che i motivi che si vorrebbero opporre alla mia rivendicazione di libertà abbiano esclusivamente natura ideologica. Tali sono sia l'erezione dell'embrione (o addirittura dello zigote) a «uno di noi», cioè a «persona» *pleno jure*, sia la pretesa di fare della «famiglia» – naturalmente quella eterosessuale fondata sul matrimonio – un soggetto titolare di «diritti». La prima ipotesi è stata smentita anche di recente dalla Cassazione<sup>12</sup> che, riconoscendo la risarcibilità del danno causato dalla mancata informazione circa l'attendibilità e la sufficienza dei test diagnostici volti ad evitare la nascita di un figlio gravemente handicappato, ha fatto piazza pulita di tutta una serie di *diritti* più o meno nuovi (come il diritto «a non nascere se non sano» – *locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto*) per impernare la sua decisione sulla *libertà* di autodeterminarsi della madre (oltre che sul diritto alla salute del nato).

I diritti sono tutti e solo individuali. Benché sia diffusa una lettura capziosa dell'art. 2 Cost., in cui si vorrebbero riconosciuti i diritti delle formazioni sociali, non va dimenticato che lì sono riconosciuti soltanto i diritti inviolabili «*dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*». Le for-

<sup>10</sup> Cfr. ad es. M. TROPER, *Sur le «dogme» de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive*, in «Droits» 2008, 249 ss.

<sup>11</sup> I consociati «sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge»: Corte cost., sent. 115/2011.

<sup>12</sup> Corte di Cassazione, sez. III, sent. 16754/ 2012.

mazioni sociali sono uno strumento per la realizzazione della personalità dell'individuo, ma costituiscono anche l'ambiente in cui – e l'istituzione contro la quale – l'individuo afferma i propri diritti inviolabili. Anche l'art. 29 Cost., in cui pure è residuata una formulazione ossimorica<sup>13</sup> del riconoscimento dei «diritti della famiglia» come società naturale fondata sul matrimonio, ci si affretta subito a sancire il diritto di ciascun coniuge all'eguaglianza morale e giuridica, diritto che può essere rivendicato anche *dentro* la famiglia (non anche *contro* la famiglia, avverte però la disposizione costituzionale). Opporsi al riconoscimento del diritto degli omosessuali a formare una famiglia fondata sul matrimonio in nome della protezione dei sacri diritti della famiglia stessa appare perciò un argomento giuridicamente – e, ancor prima, logicamente – inconsistente.

Quanto agli interessi collettivi opponibili all'esercizio della libertà individuale, è davvero difficile individuarne qualcuno che non trasmodi in un'inammissibile opzione ideologica, magari maldestramente occultata in una riedizione «etica» dell'ordine pubblico «in senso ideale». In un ordinamento costituzionale improntato ad un assoluto pluralismo etico e religioso, l'ordine pubblico può essere opposto solo se *content neutral*, ossia se rispecchia esigenze oggettive e comprovate di preservare la sicurezza materiale dei consociati, di prevenzione e repressione dei reati, di proteggere «il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale»<sup>14</sup>. Non è di poco conto che la Corte costituzionale, rigettando la domanda di riconoscere in via giurisprudenziale il diritto al matrimonio omosessuale<sup>15</sup>, si sia ben guardata da spendere argomenti che uscissero dalla traccia di una lettura «positivistica» dell'art. 29 Cost.: nega che questa disposizione possa essere la fonte di diritti direttamente esigibili, ma rifiuta di allargare la motivazione a ragionamenti a sfondo etico, magari mascherati da una riedizione dell'ordine pubblico ideale.

C'è però da notare che la sentenza della Corte costituzionale cui si è appena accennato non aveva ad oggetto la richiesta di confermare una *libertà* individuale rispetto ai limiti ad essa posti dalla legge, bensì di allargare l'accesso ad uno *status* giuridico, *status* che dipende da un'attività certificatoria svolta da apparati pubblici e che è costituito da un'estesa tessitura di rapporti giuridici che si ricollegano alla celebrazione del matrimonio. Di ciò mi sembra non si possa non tener conto nel leggere la decisione della Corte e valutarne la portata, perché ciò che si può chiedere al giudice non sempre equivale a ciò che si può chiedere al legislatore. Su questa differenza merita soffermarsi.

## 5. *Chi garantisce i diritti? Il giudice...*

La «narrazione» dei diritti («nuovi», «umani», «globali» che siano) spesso è condotta *come se* la domanda di riconoscimento di un determinato diritto possa ricevere risposte equivalenti tanto da parte dei giudici, quale sia la giurisdizione di appartenenza, che attraverso gli atti legislativi (includendovi quelli internazionali). È evidente

<sup>13</sup> Rinvio a *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in «*Studium Iuris*» 2000, 10, 1066 ss. e in «*Lavoro e diritto*» 2001, 9 ss.

<sup>14</sup> Corte cost., sent. 167/2010.

<sup>15</sup> Sent. 138/2010.

che il tema può essere il medesimo «diritto», ma profonda è la differenza che intercorre tra il tipo di risposta che proviene dal legislatore e quella che proviene dai giudici – rispetto ai quali, oltretutto, non si può fare d’ogni erba un fascio.

I giudici – se come giudici si comportano – devono rispondere nei termini della domanda e questa deve essere posta nei modi fissati dalle norme processuali. Può sembrare un’osservazione banale, ma forse non lo è.

Prendiamo il sistema italiano – ma il modello è facilmente applicabile a molti altri sistemi giuridici. Ci si rivolge al giudice esclusivamente per ottenere il riconoscimento di un diritto, l’estensione o un rafforzamento della sua tutela: il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di espansione del diritto individuale, altrimenti mancherebbe l’interesse ad agire. A parte il caso in cui ricorrano vizi di inammissibilità dell’azione, il giudice è tenuto a dare una risposta alla domanda anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet*. In certi casi la domanda è contrastata da un controinteressato, che vanta un diritto o un interesse concorrente o opposto: per esempio, la domanda di riconoscere il risarcimento del danno per la nascita di un figlio handicappato si scontra con la difesa del medico e della struttura sanitaria, che non intendono corrispondere il risarcimento. In altri casi – come davanti alla richiesta di non impedire una morte dignitosa o di celebrare nozze omosessuali – non c’è un interesse individuale contrastante, ma è lo Stato a intervenire a difesa dell’interesse collettivo. Negli *hard cases* in cui non sia reperibile nella legislazione vigente la «norma del caso», spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e sfruttando ogni fonte di argomentazione possa essergli utile a sostenere la conclusione<sup>16</sup>.

Come osservava già Hegel<sup>17</sup>, nell’amministrazione della giustizia si realizza l’unità tra interno ed esterno, tra coscienza giuridica della società civile e astratta formulazione della legge. Non capirò mai se anche questo rientrava nel pensiero di Hegel, ma a me sembra che il giudice sia parte tanto della dimensione della legge che della «sua» società civile, che sia l’interprete tanto dell’una quanto dell’altra. In ciò il giudice concorre a dar voce a quella funzione *giurisgenetica* che Robert M. Cover riconosceva nella creazione di *significati* giuridici attraverso un processo essenzialmente culturale, che si contrappone come «dicotomia radicale» all’organizzazione sociale del diritto come *potere*<sup>18</sup>. Insomma, nell’interpretazione non c’è soltanto la contrapposizione di *testo* e *significato*, di *disposizione* e di *norma*, ma anche quella tra *potere* e *società civile*: la giurisdizione è il momento di sintesi tra queste due dimensioni.

Proporre al giudice la domanda di riconoscimento di un diritto «nuovo» significa imboccare una strada favorevole all’istante tutte le volte in cui la pretesa abbia con sé un sufficiente consenso sociale, poiché è dalla società civile che il giudice trae – almeno in parte – il significato delle disposizioni di legge. La strada è più facile quando ad opporsi alla domanda di riconoscimento vi siano soltanto interessi pubblici astratti,

<sup>16</sup> Sulla natura «entropica» di questo processo rinvio a *Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 363 ss, 374 s. L’argomento è stato poi approfondito in *Ordine e disordine. L’applicazione del diritto alla luce della epistemologia quantistica*, Milano, 2013 (in corso di stampa).

<sup>17</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 229.

<sup>18</sup> *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev* 4 (1983-1984), 11 ss. (il saggio è tradotto e ottimamente introdotto da M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008).

che sono sì imputabili alla stessa società civile, ma ad essa possono risalire soltanto attraverso complesse mediazioni istituzionali (si pensi all'interesse generale a contenere il debito pubblico). Si fa invece più difficile quando il diritto rivendicato si scontri con gli interessi di altri privati espressamente tutelati dalla legge – legge che fissa il punto di bilanciamento di tutti gli interessi in gioco. Se il bilanciamento gli appare iniquo, al giudice non resta che trasferire la *sua* interpretazione di quale sia l'assetto adeguato degli interessi in una questione di legittimità costituzionale, investendo la Corte costituzionale. Anch'essa è *giudice*, anch'essa partecipa alla *giurisgenetica*, alla creazione di significati: ma certo la sua maggior distanza dalla società civile erige un filtro alle continue domande dei giudici<sup>19</sup>.

## 6. ...o la legge?

I diritti possono essere rivendicati anche attivando il circuito della politica e, quindi, della legislazione. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso il sistema del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all'affermazione del diritto<sup>20</sup>), al legislatore si chiede un riconoscimento in via «generale e astratta». Ma non c'è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell'individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se in quelle determinate condizioni fattuali il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*.

Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l'istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell'esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno le condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come sempre afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al le-

<sup>19</sup> Ancora più lontane sono le corti internazionali, come quella dell'Unione europea: benché anche ad essa i giudici possano portare le istanze di riconoscimento dei diritti, la Corte di giustizia è parte del sistema normativo di cui fa parte ed il suo «parlare dei diritti» si pone a difesa di quell'ordinamento contro le norme dei singoli Stati, piuttosto che a difesa della produzione giurisgenetica della società civile. Quante volte la Corte di giustizia ha fatto valere i diritti fondamentali (vecchi o nuovi che siano) contro gli atti delle istituzioni europee, e non in riferimento alla legislazione degli Stati membri? Forse un discorso diverso può valere per la Corte EDU, anche per la possibilità che gli individui l'adiscano direttamente: ma anche in questo caso mi pare evidente che non sia il comune sentire della società civile a riempire di significati le disposizioni della Convenzione, quanto la ricerca di una linea mediana tra i livelli di riconoscimento legislativo (e giurisprudenziale) di un determinato diritto nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Talvolta questo produce un ammodernamento forzato degli ordinamenti più arretrati, tal'altra esalta una visione assolutistica di alcuni diritti, di solito di quelli più consolidati (il diritto di proprietà, per esempio).

<sup>20</sup> In entrambi i casi la giurisgenesi avrebbe compiuto la sua opera: il basso livello di prescrittività dello *stare decisis* nel nostro sistema giuridico fa sì che non tanto l'*autorità*, ma la *persuasione* riesca ad imporre l'adozione di un determinato *modello interpretativo* da parte di una pluralità di giudici. Lo stesso può valere talvolta in relazione alle «svolte» giurisprudenziali della Corte costituzionale, anch'essa tenuta a non contrastare i modelli interpretativi che s'impongono nelle giurisdizioni ordinarie (la *dottrina del diritto vivente* esprime proprio questo canone).

gislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta dal perimetro del caso, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano rappresentati nel giudizio, il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo può spiegare perché certe organizzazioni d'interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che a loro appaiono «valori non negoziabili» – e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica – preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Preferiscono *usare* il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa: «essi sembrano avere più fiducia in un apparato giudiziario non elettivo piuttosto che nel Parlamento»<sup>21</sup>. È l'affermazione incondizionata di un diritto o di un interesse quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi in un'arena politica.

Tuttavia, come si diceva in precedenza, i limiti che il legislatore pone ai diritti, e ancor più alle libertà, non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza: ma la Corte risponde ad istanze che gli individui propongono al giudice ordinario chiedendogli di promuovere il giudizio di legittimità. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato – talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c'è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l'irragionevole compressione del suo diritto nella particolare circostanza descritta dal «suo» caso.

La continuità dell'antagonismo dialettico tra la percezione sociale del significato di 'giustizia' nella situazione particolare e la regolazione stabilita in generale dal potere legislativo è così assicurata. Il giudice spinge verso l'allargamento della tutela del diritto individuale (non sempre, ma nella maggioranza dei casi), la legge ne segna invece il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. I «nuovi diritti» cercano la loro affermazione «dal basso», bussando alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dalle particolarità del caso concreto. Possono anche innescare una battaglia politica per il loro riconoscimento per legge, ma essa mobilita tutti gli interessi antagonisti, che spingono per una delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Così, talvolta, quella che nasce come uno degli infiniti aspetti della *libertà costituzionale* implicita degli individui rischia di subire, trasformandosi in un *diritto legislativo* esplicito, tutte le limitazioni derivanti dalla regolamentazione. Si modifica di conseguenza anche la battaglia legale per l'affermazione del diritto. Il suo obiettivo originale era rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati op-

<sup>21</sup> F. FUREDI, *Consuming Democracy: activism, elitism and political apathy*, [www.geser.net/furedi.html](http://www.geser.net/furedi.html) (la tr. è mia).

ponevano di fatto all'esercizio in concreto della libertà; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti legislativi all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Tribunali amministrativi e giudici ordinari non bastano più a soddisfare la domanda dell'individuo. Spesso essi possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte a loro è richiesto essenzialmente di essere il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata. Ciò rende ancora più evidente il ruolo dei giudici quale tramite tra la «giurigenesi» sociale e la produzione normativa dell'autorità legislativa.