

# IL PUZZLE DEI DIRITTI INDISPONIBILI

GIORGIO PINO



Il puzzle dei diritti indisponibili

The Puzzle of Inalienable Rights

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Università Roma Tre.

E-mail: [giorgio.pino@uniroma3.it](mailto:giorgio.pino@uniroma3.it)

ABSTRACT

Che cosa è un diritto indisponibile? E può un diritto essere indisponibile? A queste domande il saggio cerca di rispondere impiegando un apparato concettuale di tipo hohfeldiano, in primo luogo; e in secondo luogo, utilizzando la presunta categoria dei diritti indisponibili come banco di prova per la teoria della volontà e la teoria dell'interesse.

What is an inalienable right? Can a right be inalienable? This article seeks the answers to these questions, in the first place, by employing a hohfeldian-type conceptual apparatus. Secondly, it uses the supposed category of inalienable rights as a test-case for the will theory and the interest theory of rights.

KEYWORDS

diritti soggettivi, diritti indisponibili, W.N. Hohfeld, teoria della volontà, teoria dell'interesse

fundamental rights, inalienable rights, W.N. Hohfeld, will theory, interest theory

# Il puzzle dei diritti indisponibili

GIORGIO PINO

1. *Il problema* – 2. *Chiarimenti preliminari* – 3. *L'apparato hohfeldiano* – in breve – 3.1. *I diritti indisponibili alla luce di un apparato concettuale di tipo hohfeldiano* – 4. *I diritti indisponibili* – 5. *I diritti indisponibili e le teorie dei diritti*.

## 1. *Il problema*

Che cosa è un diritto indisponibile, o inalienabile? Ed è possibile che un diritto sia tale?

Queste domande possono sembrare ingenuie, o inutilmente provocatorie: in fondo, in moltissimi sistemi giuridici contemporanei la categoria dei diritti inalienabili o indisponibili è ampiamente conosciuta. L'indisponibilità è considerata come un aspetto, un profilo specifico dell'inviolabilità, la quale è a sua volta la forma più alta di protezione dei diritti (ad essere inviolabili sono i diritti *fondamentali*, i diritti più importanti). In generale, l'*inviolabilità* di un diritto consiste nella capacità di resistenza di quel diritto anche di fronte allo Stato: un diritto inviolabile è un diritto che non può essere azzerato neanche con un provvedimento di rango legislativo (e, secondo un certo modo di vedere, neanche in via di revisione costituzionale)<sup>1</sup>. L'*indisponibilità*, per parte sua, protegge i diritti in un certo senso *verso il titolare stesso* del diritto in questione: un diritto indisponibile è un diritto di cui il titolare non si può privare, nemmeno volontariamente.

Tuttavia, anche se la categoria di diritti indisponibili si presenta come un dato ampiamente acquisito in molti ordinamenti giuridici, e come una ovvietà per il giurista positivo<sup>2</sup>, è noto che non tutte le teorie dei diritti dispongono delle risorse necessarie per offrire una concettualizzazione soddisfacente della categoria dei diritti indisponibili: in particolare, per almeno un filone di pensiero nella teoria dei diritti – la cd. *will theory* (o teoria della volontà, o teoria della scelta) – la categoria dei diritti inalienabili è problematica, o addirittura non è concettualmente configurabile: infatti se – come vuole la *will theory* – un diritto serve a proteggere un ambito di libera scelta del suo titolare, allora non è pensabile un diritto di cui il titolare non possa liberarsi, di cui non possa liberamente disporre. E proprio questa incapacità di rendere conto della categoria dei diritti indisponibili è spesso indicata come una prova, o quantomeno un sintomo, della superiorità della teoria rivale, e cioè la *interest theory* (o teoria dell'interesse, o teoria del beneficio): poiché la *interest theory* è in grado – si dice – di concettualizzare i diritti indisponibili propriamente come diritti, al contrario della *will theory* che non ne è capace, ciò dimostra, o quantomeno suggerisce, la superiorità della prima sulla seconda<sup>3</sup>.

Il mio sospetto, però, (un sospetto che giustifica in particolare la seconda domanda con cui si è aperto questo saggio) è che la categoria dei diritti inalienabili sia in realtà problematica anche per un sostenitore della *interest theory*: forse, nel concetto di diritto (diritto soggettivo) c'è qualcosa che rende incongrua, problematica, la nozione di diritto inalienabile o indisponibile, anche se si assume – come peraltro fa l'autore di questo saggio – una generale preferibilità della teoria dell'interes-

\* Ringrazio Fabrizio Mastromartino per i suoi commenti ad una versione precedente di questo saggio.

<sup>1</sup> Per la precisione, quella riferita nel testo è la dimensione “difensiva” dell'inviolabilità; a questa va aggiunta anche una dimensione “espansiva”, che impegna i poteri pubblici a proteggere e realizzare quanto più possibile il diritto in questione. Su questi sensi di “inviolabilità”, v. PINO 2017, 157 ss.

<sup>2</sup> Ad esempio, per i giuristi italiani è del tutto scontato qualificare i diritti della personalità come diritti “inalienabili”, “indisponibili”, “intrasmissibili” (si tratta di una qualificazione puramente dogmatica, che non proviene da puntuali formulazioni legislative). E il diritto positivo italiano conosce molti casi di diritti indisponibili, ad esempio in materia di rapporti di lavoro o di rapporti di famiglia.

<sup>3</sup> Questa linea di argomentazione è seguita anche in PINO 2010, 89-90.

se rispetto alla teoria della scelta. Questo saggio intende esplorare esattamente questo punto.

Procederò in questo modo. Dopo aver introdotto alcuni chiarimenti preliminari sul senso della domanda a cui cerco di rispondere (§ 2), proverò ad analizzare la categoria dei diritti indisponibili impiegando un apparato concettuale di tipo hohfeldiano (§ 3). Proporrò poi (se non una soluzione, quantomeno) un possibile inquadramento teorico per il puzzle dei diritti indisponibili (§ 4). Concluderò infine con alcune riflessioni provvisorie sull'alternativa tra teoria della volontà e teoria dell'interesse, e sul modo in cui la questione dei diritti indisponibili suggerisce di ripensarla (§ 5).

## 2. Chiarimenti preliminari

Tre chiarimenti preliminari sono opportuni.

Il primo chiarimento è che la questione che qui intendo discutere è una questione concettuale, non una questione normativa, sostanziale. Mi voglio chiedere che cosa significa (e se sia possibile) che un diritto sia indisponibile, non se sia (moralmente, o politicamente) giusto o sbagliato che esistano diritti indisponibili. È oggetto di discussione se sia possibile praticare un approccio puramente concettuale ai diritti – se possa esistere una teoria diritti del tutto scevra da valutazioni sostanziali, etico-politiche<sup>4</sup>; ed è possibile che la distinzione tra le valutazioni “epistemiche” richieste da una teoria dei diritti (come da una qualunque impresa intellettuale di tipo conoscitivo), da una parte, e le valutazioni sostanziali proprie di una ideologia etico-politica o comunque di una teoria etica sostanziale, dall'altra, finisca per essere inevitabilmente precaria, non sempre chiarissima. Tuttavia, in linea di massima una cosa è chiedersi cosa è un diritto, altra cosa è chiedersi quali diritti dovremmo avere: valutazioni possono ben essere richieste per rispondere ad entrambe queste domande, ma non è detto che si tratti di valutazioni *dello stesso tipo*. Inoltre, una cosa è, in ipotesi, negare che diritti indisponibili siano concettualmente possibili; altra cosa è ammettere che diritti indisponibili siano concettualmente possibili, ma che tuttavia non dovrebbero essere ospitati in un sistema giuridico (o in una teoria morale) che voglia ispirarsi a valori etico-politici di tipo liberale.

Ebbene, è questo il tipo di domanda che mi sto ponendo: mi sto chiedendo se nell'idea di diritto indisponibile vi sia qualcosa di concettualmente incongruo, qualcosa che non quadra rispetto al nostro modo (o comunque ad un modo ampiamente plausibile) di concettualizzare la nozione di diritto soggettivo. Quello che qui mi interessa non è difendere la superiorità di una certa posizione etico-politica rispetto a un'altra (ad esempio, la superiorità di un'etica liberale rispetto a qualche forma di paternalismo); piuttosto, intendo esplorare in che senso, e se, si possa affermare che un diritto sia indisponibile – ovvero, in che senso, e se, si possa affermare che un soggetto, che si trovi in una situazione di “indisponibilità” con riferimento ad alcune sue posizioni normative, sia comunque titolare di un “diritto” su quelle posizioni.

Il secondo chiarimento è che finora ho parlato (e nel seguito del saggio continuerò a parlare), indifferentemente, di diritti “inalienabili” e di diritti “indisponibili”. A rigor di termini, però, queste due espressioni non sono esattamente sinonime. Un diritto indisponibile è un diritto di cui il suo titolare non può “spogliarsi”, un diritto a cui il suo titolare non può “rinunciare” (metto questi verbi tra virgolette perché li sto qui usando in un senso atecnico, intuitivo: più avanti vedremo quale possa essere una loro più precisa concettualizzazione). Di contro, un diritto inalienabile è (etimologicamente) un diritto la cui titolarità non può essere trasferita con un atto di autonomia privata da un soggetto ad un altro soggetto (cosa che, in effetti, può anche essere considerata come una modalità specifica di “spogliarsi” di un diritto, ma non esattamente di “rinun-

<sup>4</sup> Lo negano ad esempio ad es. (con diversi gradi di intensità) KRAMER 1998, 79 ss.; BACCELLI 2008; ELEFThERIA-DIS 2008, 10-15.

ciare” ad un diritto): se Tizio è titolare di un diritto inalienabile D, egli non può validamente trasferire (vendere, regalare, lasciare in eredità...) la titolarità di D a Caio<sup>5</sup>. L’inalienabilità, dunque, è un caso particolare di indisponibilità.

Nonostante queste differenze, userò qui “inalienabilità” e “indisponibilità” in maniera sostanzialmente intercambiabile: sia perché nella letteratura teorico-giuridica questo uso pur lievemente impreciso è assai frequente<sup>6</sup>, sia perché lo specifico problema di cui intendo discutere in questo saggio si presenta in maniera identica tanto per l’inalienabilità quanto per l’indisponibilità.

Il terzo chiarimento preliminare è che in questo saggio farò riferimento solo ai diritti giuridici, ai diritti riconosciuti da norme di diritto positivo. Nelle teorizzazioni sui diritti soggettivi, molte questioni sono riferibili indistintamente ai diritti giuridici e ai diritti morali (o anche a diritti di altro tipo). Molte, ma non necessariamente tutte. Ebbene, in questo saggio mi occuperò dichiaratamente ed esclusivamente di diritti giuridici, lasciando del tutto inesplorata la questione se l’analisi qui condotta sia riferibile, senza residui, anche ai diritti morali.

### 3. L’apparato hohfeldiano – in breve

Come anticipato, per esaminare il concetto di diritto indisponibile seguirò innanzitutto una linea di analisi dei diritti soggettivi basata sulla griglia concettuale elaborata, nelle prime decadi del XX secolo, dal giurista americano Wesley Newcomb Hohfeld<sup>7</sup>. (In quel che segue, non si troverà una esposizione strettamente esegetica del pensiero di Hohfeld; piuttosto, mi ripropongo di usare le categorie originariamente individuate da Hohfeld, sviluppandole in direzioni ulteriori e talvolta già esplorate nella teoria contemporanea dei diritti).

Come noto, Hohfeld scompone il concetto di diritto soggettivo in alcune, distinte posizioni giuridiche elementari, esattamente definite: pretesa (*claim*), libertà (*liberty, privilege*), potere (*power*), immunità (*immunity*). Quando si parla di un diritto soggettivo, dunque, ci possiamo trovare in presenza di una di queste posizioni elementari, o di una loro combinazione più o meno complessa. Per la precisione, Hohfeld sostiene che solo i diritti-pretese possano essere legittimamente chiamati “diritti”, mentre le altre posizioni soggettive si potrebbero chiamare diritti solo in un senso ampio e generico<sup>8</sup>. Per parte mia, qui riferirò “diritto” ad una qualunque delle posizioni hohfeldiane sopra menzionate (o loro combinazioni), e dunque parlerò di diritti (che sono) pretese, di diritti (che sono) libertà, ecc. Inoltre, anche se Hohfeld non è molto chiaro al riguardo, assumerò che mentre ogni discorso in termini di diritti soggettivi coinvolge almeno una posizione hohfeldiana (una pretesa, una libertà, un potere, una immunità), non è vero anche l’inverso: non sempre una di queste posizioni hohfeldiane costituisce di per sé un diritto soggettivo (questo punto diverrà più chiaro *infra*, § 3).

<sup>5</sup> Si noti che alcuni diritti inalienabili *inter vivos* sono però resi dalla legge trasmissibili *mortis causa*: per il diritto italiano, ad esempio, alcuni diritti della personalità, come il diritto alla reputazione e il diritto alla protezione dei dati personali, pur essendo inalienabili *inter vivos*, per legge si trasmettono agli eredi del titolare del diritto (come dimostra la possibilità di questi ultimi di agire per il risarcimento del danno).

<sup>6</sup> Peraltro, nella lingua inglese (in cui si svolge gran parte del dibattito contemporaneo sulla teoria dei diritti) l’espressione *inalienable right* copre indifferentemente entrambe le nozioni indicate nel testo, e può inoltre riferirsi anche a ciò che può essere chiamato genericamente “diritto inviolabile”. Una certa insoddisfazione verso questo uso linguistico è avvertita ad es. da FEINBERG 1978, III s.

<sup>7</sup> HOHFELD 1913; HOHFELD 1917. I due articoli di Hohfeld sono poi stati raccolti, con alcune modifiche, in un volume che ha lo stesso titolo del secondo (HOHFELD 1923). Sull’analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi si possono utilmente consultare ROSS 1965, 151-159; FINNIS 1972 (ma solo relativamente a pretesa e libertà, e concetti correlativi); FINNIS 1980, 199-202; FEINBERG 1973, 55-59; WALDRON 1984, 5-8; ALEXY 2012, 230-239; KRAMER 1998, spec. 7-60, 101-111; CELANO 2013, 25-38; EDMUNDSON 2004, cap. 5; PINO 2010, cap. 4; PINO 2013; GUASTINI 2011, 92-98.

<sup>8</sup> Cfr. HOHFELD 1913, 30, 36.

Dopo aver individuato le singole posizioni soggettive elementari (pretesa, libertà, potere, immunità), Hohfeld individua per ciascuna di esse sia la posizione che ne rappresenta la *negazione*, sia la posizione *correlativa*.

La negazione di una posizione hohfeldiana è un'altra posizione hohfeldiana, il cui contenuto è il contraddittorio, in senso logico, della prima: è cioè la situazione normativa rappresentata dall'assenza della posizione hohfeldiana rilevante. La negazione di una pretesa è dunque una non-pretesa; la negazione di una libertà è un dovere (o obbligo: userò questi due termini, e loro derivati, come sinonimi); la negazione di un potere è l'incompetenza (assenza di potere); la negazione dell'immunità è la soggezione.

La posizione correlativa è invece un'altra posizione hohfeldiana, che è logicamente implicata da ciascuna posizione hohfeldiana di partenza: la "controparte", per così dire, che si accompagna *per definizione* a quella posizione, e la segue come un'ombra: se c'è una certa posizione hohfeldiana, allora ci sarà necessariamente (*di solito* in capo ad un altro soggetto) la posizione correlativa. Così, il correlativo della pretesa è il dovere; il correlativo della libertà è il non-diritto (cioè una non-pretesa); il correlativo del potere è la soggezione; il correlativo dell'immunità è l'incompetenza (o non-potere). Il rapporto tra ciascuna posizione hohfeldiana e la sua posizione correlativa è puramente definitorio: se c'è una pretesa allora c'è necessariamente anche un dovere; se c'è un potere allora c'è necessariamente anche una soggezione; e così via. Si noti bene: se si accettano le definizioni hohfeldiane, non è possibile *logicamente* che vi sia una certa posizione hohfeldiana e non anche il suo correlativo.

Per comodità, si può tenere sott'occhio questo schema riepilogativo.

Diritto	Correlativo	Negazione
pretesa	dovere	non-pretesa
libertà	non-pretesa (che non)	dovere (di non)
potere	soggezione	non-potere
immunità	non-potere	soggezione

Così, la *pretesa* consiste nel fatto che qualcuno è tenuto ad un comportamento (attivo, oppure omissivo), nei confronti del titolare della pretesa stessa. Ciò che definisce una pretesa è dunque la presenza di un dovere, a carico di un altro soggetto, di compiere (oppure, a seconda dei casi, di non compiere) l'azione che costituisce il contenuto della pretesa. Se Tizio ha una pretesa a che Caio faccia qualcosa, allora Caio ha il dovere (verso Tizio) di fare quella cosa. Se Tizio ha una pretesa a che Caio non faccia qualcosa, allora Caio ha un dovere (verso Tizio) di non fare quella cosa. Come si sarà notato, il titolare di una pretesa (nel nostro esempio, Tizio) non fa niente per godere del suo diritto: egli semplicemente si limita a ricevere (o meglio: ad avere il diritto di ricevere) una prestazione da Caio; questa prestazione può consistere nel fatto che Caio faccia qualcosa (ad esempio, che gli consegni una somma di denaro, o che svolga una attività lavorativa, ecc.), oppure che non faccia qualcosa (ad esempio, che non interferisca con qualche attività di Tizio). A rigori di termini, dunque, una pretesa *non si esercita*: semmai, può solo venire *soddisfatta* – una pretesa ha come oggetto non qualcosa che si fa, ma che si riceve.

La *libertà* è la possibilità da parte del suo titolare di fare qualcosa, oppure (disgiuntamente) la possibilità di non fare qualcosa. La libertà ha come correlativo un non-diritto, e come negazione un dovere. Più precisamente, la libertà di fare qualcosa ha come correlativo un non-diritto a che *non venga fatta* l'azione che è oggetto della libertà, e come negazione il dovere *di non fare* quell'azione. Se Tizio ha la libertà di fare X, allora (correlativo) Caio non ha la pretesa che Tizio non faccia X, né (contraddittorio) Tizio ha il dovere di non fare X. Di contro, la libertà di

non fare qualcosa ha come correlativo un non-diritto a che *venga fatta* l'azione che è oggetto della libertà, e come negazione il dovere *di fare* quell'azione. Se Tizio ha la libertà di non fare X, allora (correlativo) Caio non ha la pretesa che Tizio faccia X, né (contraddittorio) Tizio ha il dovere di fare X. Diversamente dalla pretesa, dunque, nel caso della libertà l'oggetto del diritto è una condotta del titolare del diritto: una libertà si esercita.

Il *potere* è la possibilità, da parte del suo titolare, di modificare una posizione giuridica altrui, o anche la propria – è dunque una posizione giuridica “di secondo grado” o un meta-diritto, perché ha ad oggetto l'istituzione, il cambiamento o l'estinzione di altre posizioni giuridiche. Tizio ha un potere nei confronti di Caio se può alterare la situazione giuridica di Caio (estinguere un suo dovere, ad esempio, oppure crearne uno), e in tal caso Caio si trova in una situazione di soggezione nei confronti di Tizio. Un potere può incidere su qualunque tipo di posizione soggettiva: dunque un potere può creare, modificare o estinguere pretese, o libertà; ma può anche incidere (creandoli, modificandoli o estinguendoli) su altri poteri, o su immunità. Inoltre, le posizioni giuridiche create, modificate o estinte per mezzo dell'esercizio di un potere possono ovviamente ricadere sul titolare stesso del potere: un potere può essere esercitato su sé stessi (si può avere il potere di cambiare la propria situazione giuridica).

L'*immunità* consiste nella impossibilità di incidere su (istituire, modificare, estinguere) una posizione soggettiva del titolare dell'immunità stessa. Se Tizio ha una immunità verso Caio rispetto alla posizione giuridica X, Caio non può modificare X. L'immunità può anche essere diretta verso il titolare del diritto: in questo caso, lo stesso titolare di una posizione giuridica X non può modificare X. Come il potere, anche l'immunità è una posizione giuridica di secondo grado, perché ha ad oggetto non comportamenti materiali, ma posizioni giuridiche. Come la pretesa, inoltre, l'immunità è un diritto di cui semplicemente si gode, non un diritto che viene esercitato. Il titolare di una immunità non fa niente, semplicemente viene protetto nella sua sfera giuridica.

Questa ricostruzione della nozione di diritto soggettivo è, entro certi limiti, una stipulazione. L'aspetto stipulativo dell'apparato hohfeldiano risiede nella circostanza che i rapporti tra le posizioni soggettive che si trovano nelle varie righe della tabella sono istituiti da una definizione – è vero *per definizione*, e non empiricamente, che ad una pretesa corrisponda un obbligo ecc. Al tempo stesso, però, non si può dire che la terminologia impiegata da Hohfeld sia *interamente* stipulativa: in effetti, non sembra molto lontano dagli usi comuni ricondurre il concetto di diritto ad una delle posizioni individuate da Hohfeld nella colonna di sinistra della tabella (o ad una loro combinazione, come vedremo tra poco).

Prima di passare ad esaminare il concetto di diritto indisponibile alla luce di questo quadro concettuale, è opportuno richiamare l'attenzione su alcuni punti importanti dell'analisi hohfeldiana (o comunque, di una analisi dei diritti soggettivi basata sull'apparato hohfeldiano).

In primo luogo, da un punto di vista logico, le singole posizioni hohfeldiane sono legate *solo* dagli specifici rapporti di correlatività di volta in volta visti sopra. Al di fuori di questi rapporti di correlatività, le posizioni hohfeldiane sono separabili, quantomeno da un punto di vista logico.

Così, è abbastanza ovvio pensare che una pretesa si accompagni a qualche forma di controllo sull'oggetto della pretesa: se ho il diritto(-pretesa) di ricevere X, normalmente ho anche la libertà di decidere se ricevere X o no, e il potere di rinunciare a ricevere X. Tuttavia, *da un punto di vista logico*, una pretesa è legata solo ad un dovere, ma non anche ad una libertà o ad un potere: ciò vuol dire che Tizio può avere una pretesa verso Caio (il quale dunque ha, logicamente, un dovere verso Tizio), ma al contempo è possibile che Tizio non abbia anche la libertà di rinunciare all'adempimento del dovere da parte di Caio<sup>9</sup>, né la libertà di impedire che Caio non ottempe-

<sup>9</sup> Nei Ad esempio, il creditore – che ha un diritto-pretesa all'adempimento della prestazione – non può (= non ha la libertà di) rifiutare l'esatto adempimento della prestazione da parte del creditore (c.d. mora del creditore, art. 1206 c.c.). In alcuni casi, il creditore non ha nemmeno la libertà di rifiutare un adempimento solo parziale della prestazione a lui dovuta (art. 1181 c.c.).

ri al suo dovere<sup>10</sup>, o la libertà di sollecitare Caio ad adempiere il proprio dovere<sup>11</sup>, né il potere di cancellare il dovere di Caio<sup>12</sup>.

Parimenti, è abbastanza ovvio pensare che una libertà di fare X si accompagni a una libertà di non fare X, e altresì alla pretesa che terzi non interferiscano con il fare/non fare X. Tuttavia, *da un punto di vista logico*, una libertà hohfeldiana è solo una libertà “unilaterale”: è *solo* una libertà di fare X, oppure *solo* una libertà di non fare X; una libertà “bilaterale”, che abbia come contenuto la possibilità di fare X e al contempo anche la possibilità di non fare X, è invece la congiunzione di due distinte posizioni hohfeldiane (la congiunzione di due libertà). Inoltre, Tizio può avere la libertà di fare X (e dunque Caio non ha la pretesa che Tizio non faccia X), ma al contempo è logicamente possibile che Tizio non abbia la pretesa che Caio non interferisca con la sua libertà di fare X<sup>13</sup>.

Infine, è possibile avere un potere, e non avere la libertà di esercitarlo: si tratterebbe, dunque, di un potere che è vietato esercitare<sup>14</sup>.

Tutto ciò vuol dire che le singole posizioni hohfeldiane sono da intendersi non tanto come diritti “completi”, ma piuttosto come gli elementi *minimi* di un diritto: è certamente possibile (concepibile) che un diritto si presenti allo stadio minimale di singola posizione hohfeldiana (un micro-diritto), ma di fatto è ben più frequente che un diritto si presenti come un aggregato più o meno complesso di diverse posizioni hohfeldiane (un macro-diritto).

In secondo luogo, le singole posizioni hohfeldiane possono trovarsi non solo le une *accanto* alle altre, o sommate alle altre (in un macro-diritto), ma anche le une *dentro* le altre. Questo è evidente già per le posizioni hohfeldiane di secondo grado (potere, immunità), che hanno ad oggetto la creazione, la modifica o l'estinzione di altre posizioni hohfeldiane. Ma può accadere anche con le posizioni di primo grado. Così, una pretesa può avere ad oggetto non solo condotte materiali, ma anche il compimento (o la omissione) di atti giuridici; in altre parole, una pretesa può avere ad oggetto l'esercizio di un potere (Tizio può avere la pretesa che Caio compia, o ometta di compiere, un atto giuridico, ad esempio la stipula di un contratto, o l'adozione di un provvedimento giudiziario o amministrativo). Analogamente, una libertà può avere ad oggetto non solo condotte materiali, ma anche il compimento (o la omissione) di atti giuridici; in altre parole, una libertà può avere ad oggetto l'esercizio di un potere (Tizio può avere la libertà di stipulare un contratto, o di citare Caio in giudizio)<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Ad esempio, Tizio, proprietario del proprio giardino, ha la pretesa che Caio non usi quel giardino per parcheggiare la propria auto; ma al contempo Tizio non ha la libertà di dare fuoco all'auto di Caio se la trova parcheggiata nel suo giardino.

<sup>11</sup> Ad esempio, Tizio ha la pretesa di ricevere una somma da Caio, ma non ha la libertà di fare varie cose per indurre Caio ad adempiere al proprio dovere (telefonargli ripetutamente di notte per sollecitare l'adempimento, sequestrargli i figli...).

<sup>12</sup> Ad esempio, i figli minorenni hanno il diritto-pretesa al mantenimento verso i genitori, e non hanno il potere di cancellare il dovere correlativo che ricade su questi ultimi.

<sup>13</sup> Ad esempio, Tizio può avere la libertà di sedersi su una panchina nel parco, ma non ha la pretesa che Caio non interferisca con questa libertà occupando la panchina prima di lui.

<sup>14</sup> Si pensi al caso di un licenziamento illegittimo, che sia sanzionato solo con la corresponsione di una somma di denaro al dipendente ingiustamente licenziato (anziché con la riassunzione): questo atto di licenziamento è un potere, che effettivamente cambia la situazione giuridica del dipendente, ma è un potere che è vietato esercitare (e infatti è “punito” con l'obbligo di versare una somma a titolo risarcitorio). Parimenti, il compimento di un reato normalmente fa sorgere in capo alla vittima il diritto al risarcimento del danno (o alla restituzione della cosa sottratta ecc.): in tal modo, il fatto di reato cambia la situazione giuridica della vittima, ed è dunque un potere il cui esercizio è punito dall'ordinamento.

<sup>15</sup> Così, il diritto di sposarsi può essere ragionevolmente ricostruito come l'insieme di *a*) una libertà bilaterale di decidere se sposarsi o no; *b*) una libertà bilaterale di scegliere il partner; *c*) una libertà bilaterale di esercitare un potere (il potere di richiedere all'ufficiale di stato civile la celebrazione del matrimonio); questo potere, una volta esercitato, fa nascere in capo all'ufficiale dello stato civile il dovere di celebrare il matrimonio, e dunque *d*) la correlativa pretesa in capo ai nubendi che il matrimonio sia celebrato. Il dovere in capo all'ufficiale dello stato civile, a sua volta, ha come contenuto un potere (il potere di celebrare il matrimonio, per effetto del quale cambia la condizione giuridica dei nubendi).



In terzo luogo, per aversi un diritto è *necessario*, ma non *sufficiente*, che vi sia almeno una posizione hohfeldiana, o una combinazione di esse<sup>16</sup>. Questo è vero sia che si adotti la prospettiva della *will theory*, sia che si adotti la prospettiva della *interest theory*<sup>17</sup>. Per la *will theory*, in realtà, un diritto è sempre composto da una pretesa e da una combinazione di ulteriori posizioni (libertà, poteri) che assicurano al titolare del diritto una forma di controllo sulla soddisfazione della pretesa<sup>18</sup>: dunque, una pretesa conta come diritto soggettivo solo se è accompagnata da queste ulteriori posizioni hohfeldiane. Per la *interest theory*, una posizione hohfeldiana (o un insieme di posizioni hohfeldiane) conta come diritto soggettivo solo se è attribuita ad un soggetto per proteggere un interesse di quest'ultimo: e non sempre questo è il caso. Ad esempio, un soggetto può avere una immunità, senza che questo sia nel suo interesse (si pensi al caso in cui a certe categorie di persone non sia riconosciuta la possibilità di sposarsi). Uno schiavo potrebbe avere numerose immunità (nessuno può fare un contratto con lui, nessuno può lasciargli beni in eredità, probabilmente non può sposarsi...), ma queste immunità non sono istituite nel suo interesse, e dunque non sono suoi diritti. Parimenti, ad un soggetto può essere attribuito un potere, senza che ciò integri un suo diritto: questo accade specialmente quando l'esercizio del potere non è oggetto di una libertà bilaterale, ma piuttosto di un obbligo o di un divieto<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Ovviamente, mi sto riferendo alle posizioni hohfeldiane che occupano la colonna di sinistra della tabella riprodotta più sopra nel testo. (Come vedremo tra poco, questa precisazione non è del tutto ridondante: *infra*, nt. 19).

<sup>17</sup> Si noti che sia la *will theory* sia la *interest theory* sono in realtà famiglie di teorie, che presentano molte variazioni interne. Le tesi che indico nel testo possono essere ricondotte alle versioni standard di entrambe le teorie, ma non sono necessariamente sottoscritte da tutti i teorici dell'uno o dell'altro orientamento. Per un sintetico orientamento al dibattito, FRYDRYCH 2018.

<sup>18</sup> HART 1982.

<sup>19</sup> Parimenti, alcuni teorici dei diritti hanno sostenuto che possa contare come diritto anche una *soggezione* (la possibilità che la propria condizione giuridica venga alterata da altri: la soggezione è il correlativo di un potere, e l'assenza di una immunità). Si vedano CRUFT 2004, 358-359; RAINBOLT 2006, 34-39 (dal punto di vista della *interest theory*); WELLMAN 1985, 93-94, 206-207 (dal punto di vista della *will theory*). Per una critica, v. FRYDRYCH 2017, 143-146. L'idea è che, se un diritto è in generale una posizione di vantaggio che spetta al titolare del diritto stesso, allora quantomeno in alcuni casi una soggezione realizza un vantaggio per la persona che ha la soggezione. L'esempio che si fa al riguardo è la possibilità di contrarre matrimonio: quando due persone si sposano, la loro situazione giuridica cambia (cambia il quadro delle loro pretese, libertà, poteri, ecc.), e questo è l'effetto di un potere, esercitato dall'ufficiale di stato civile, rispetto al quale i nubendi hanno una soggezione; quindi, l'aver una soggezione di questo tipo fa parte del diritto delle persone di sposarsi – se qualcuno non ha questo tipo di soggezione, non ha il diritto di sposarsi. Ma questo sembra un errore. Per un verso, includere la soggezione nel concetto di diritto (soggettivo) sembra confondere il diritto con la capacità di essere titolare di un diritto: il fatto che al compimento del diciottesimo anno di età si acquisisca lo status di maggiorenne (e dunque, il fatto che rispetto al conseguimento di questo status le persone abbiano una soggezione) è certamente il presupposto per l'esercizio di una serie di diritti, ma sembra inappropriato parlare di un diritto di acquisire lo status di maggiorenne. Per altro verso, è vero che a talune condizioni una soggezione si risolve in una posizione di vantaggio (un cambiamento della propria posizione giuridica può essere vantaggioso); ma, nuovamente, sembra una sgrammaticatura considerare automaticamente simili cambiamenti come diritti, *anche quando sono vantaggiosi*. A ben vedere, infatti, nell'ipotesi in cui alcune categorie di persone non abbiano il diritto di sposarsi è in ballo qualcosa in più dell'assenza di una soggezione: è in ballo l'assenza di una pretesa che un ufficiale di stato civile celebri il matrimonio (esercitando il potere rilevante) (v. anche *supra*, nt. 15). In questi casi, dunque, la soggezione del titolare del diritto è il riflesso di un potere che spetta ad un altro soggetto, il quale ultimo deve esercitarlo nell'interesse del titolare del diritto: dunque, il diritto in questione è in realtà una pretesa (che ha ad oggetto l'effettuazione di un potere). Si può pensare anche al caso del datore di lavoro, che può decidere discrezionalmente di promuovere un dipendente, in tal modo cambiando la condizione giuridica di quest'ultimo: così facendo il datore di lavoro ha esercitato un potere, rispetto al quale il dipendente si trova in una soggezione, e questa soggezione si può presumere essere per lui benefica (si può presumere – è ovviamente una presunzione defettibile – che un dipendente abbia interesse ad una promozione). Ma in che modo nel quadro così descritto si può dire che il dipendente abbia *un diritto* ad una promozione? Nuovamente, sarebbe più appropriato dire che il dipendente ha diritto alla promozione se, ad esempio, il datore di lavoro è obbligato a promuovere i dipendenti che sono in possesso di certi requisiti: in questo caso, il dipendente in possesso dei requisiti ha una pretesa di ricevere la promozione (la quale ultima si consegue se il datore di lavoro esercita il relativo potere).

### 3.1. I diritti indisponibili alla luce di un apparato concettuale di tipo hohfeldiano

Ebbene, che aspetto ha un diritto indisponibile alla luce di un apparato di tipo hohfeldiano? Ovviamente, tutto sta nel capire cosa significhi “disporre” di un diritto. Ebbene, mi pare che di un diritto si possa disporre essenzialmente in due modi<sup>20</sup>.

Per un verso, “disporre” può significare rinunciare alla *titolarità* del diritto. Un diritto di cui si può disporre, in questo senso, è un diritto che, ad un certo punto, non spetta più al suo titolare in seguito ad una decisione del titolare stesso. Ciò può accadere, evidentemente, in seguito all’esercizio di un apposito potere da parte del titolare del diritto: un diritto disponibile è un diritto che include al proprio interno un potere del titolare di estinguere il diritto stesso, e una libertà bilaterale relativa all’esercizio di quel potere. Ad esempio, il titolare di un diritto di credito può decidere di liberare formalmente il suo debitore dell’obbligo di eseguire la prestazione. E il titolare di un diritto di proprietà può decidere di trasferire ad altri il proprio diritto, con una compravendita o una donazione<sup>21</sup>. In questi casi, l’atto di disposizione del diritto non è altro che una particolare modalità di esercizio del diritto, che si risolve in una estinzione del diritto stesso.

Per altro verso, “disporre” può significare rinunciare (non alla titolarità, ma) all’*oggetto* del diritto. Un diritto di cui si può disporre, in questo senso, è un diritto che almeno formalmente rimane in capo al suo titolare, ma che il titolare rinuncia ad esigere, o a far valere<sup>22</sup>. Questo può accadere in vari modi. Ad esempio, il titolare di un diritto-pretesa (cui corrisponde un obbligo altrui) potrebbe, *di fatto*<sup>23</sup>, non sollecitare l’adempimento dell’obbligo, o non reagire all’inadempimento da parte del soggetto obbligato; in questo caso, il titolare del diritto-pretesa ha anche una libertà, o una serie di libertà, che fanno da contorno all’adempimento (o meglio al mancato adempimento) dell’obbligo rilevante, e che sono precisamente delle libertà di non ricevere ciò che è oggetto della pretesa (e dunque dell’obbligo altrui). Oppure, il titolare del diritto potrebbe, di fatto, rinunciare ad esercitare il potere di citare in giudizio il soggetto obbligato che non adempie al suo obbligo; in questo caso, il titolare del diritto-pretesa ha anche una libertà, o una serie di libertà, circa l’esercizio di poteri che fanno parte del macro-diritto in questione. Oppure ancora, il titolare del diritto potrebbe obbligarsi a non reagire in certi modi nel caso in cui il suo diritto venga violato: potrebbe dunque privarsi (non della titolarità del diritto, ma, ad esempio) del potere di citare in giudizio qualcuno che ha leso o potrebbe ledere il suo diritto.

Gli esempi fatti nel capoverso precedente riguardano solo diritti-pretese. Per i diritti che sono libertà bilaterali, il discorso sembrerebbe diverso. Infatti, se un diritto consiste nella libertà di fare X e di non fare X, il semplice non fare X (la rinuncia a fare X) non equivale di per sé a disporre del diritto: è, piuttosto, una specifica modalità di esercizio del diritto. Se ho il diritto di professare una fede religiosa e al contempo il diritto di non professare alcuna fede religiosa, e decido di non

<sup>20</sup> Come ho già chiarito, sto utilizzando la locuzione “disporre di un diritto” e derivati (“diritto disponibile”, “disposizione di un diritto”, ecc.) nel senso di “spogliarsi di”, o “rinunciare a”, un diritto. Nel linguaggio giuridico, questa locuzione è talvolta impiegata anche nel senso di “esercitare”, o “godere di”, o “percepire le utilità di”, un diritto.

<sup>21</sup> Diverso è il caso della trasmissione ereditaria, in cui il titolare del diritto “dispone” della proprietà sui suoi beni, ma rimane titolare del diritto di proprietà fino al momento della morte. Per una analisi del concetto di “trasferibilità” o “alienabilità” di un diritto a partire da un approccio hohfeldiano, v. PENNER 2013.

<sup>22</sup> Può capitare che un “non esercizio” del diritto si risolva anche nella perdita della titolarità del diritto stesso. Questo è certamente un effetto che un ordinamento giuridico può decidere di ricollegare, a certe condizioni, al non esercizio di un diritto. Parimenti, può accadere che l’estinzione della *titolarità* del diritto passi attraverso l’estinzione dell’*oggetto* del diritto: se do fuoco a questo libro di cui sono proprietario, con il venir meno dell’oggetto del mio diritto di proprietà viene meno anche il diritto stesso. In questi casi, si verte ovviamente nella prima forma di disponibilità vista nel testo, quantomeno se il non esercizio o la distruzione dell’oggetto del diritto sono scelte volontarie del titolare del diritto.

<sup>23</sup> Questa precisazione intende segnalare che, in questo esempio, il titolare del diritto non si impegna a (non assume il dovere di) rinunciare a sollecitare l’adempimento ecc., ad esempio con una transazione o un altro atto di rinuncia (questo, infatti, sarebbe l’esercizio di un potere). Piuttosto, qui il titolare del diritto si limita, *di fatto*, a non dare corso ad una azione giudiziaria.

professare alcuna fede religiosa, sto semplicemente esercitando il mio diritto alla libertà religiosa. Di conseguenza, l'unico modo di disporre di un diritto che è una libertà bilaterale sembra consistere, in ipotesi, solo nel privarsi della sua titolarità. Tuttavia, anche i diritti-libertà si presentano spesso accompagnati a pretese, le quali di solito fungono da perimetro protettivo al godimento del diritto: di solito si tratta di pretese "negative" di non interferenza all'esercizio della libertà (ma possono anche essere pretese "positive", di collaborazione all'esercizio del diritto)<sup>24</sup>. Ebbene, un modo di disporre di una libertà bilaterale potrebbe consistere nel non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) alla mancata soddisfazione di queste pretese negative o positive da parte di un soggetto su cui ricade qualcuno degli obblighi corrispondenti. In effetti, il non reagire in alcun modo a possibili interferenze sull'esercizio della propria libertà religiosa potrebbe certamente essere descritto come un modo di rinunciare ad esercitare la propria libertà religiosa, anziché semplicemente come un modo di esercitare "in negativo" la propria libertà religiosa.

Specularmente, dunque, un diritto è *indisponibile* se:

a) il titolare del diritto non può privarsi della titolarità del diritto stesso. Qui il "non può" designa una assenza di potere: il titolare non ha un potere di privarsi della titolarità del diritto. Questo è, tra le altre cose, un non-potere verso sé stessi: ciò vuol dire che il titolare del diritto ha simultaneamente anche una immunità (verso sé stesso). Oppure

b) il titolare del diritto non può rinunciare a ricevere la prestazione che gli è dovuta (l'oggetto del diritto) nel nucleo del diritto o nel suo perimetro protettivo. Qui il "non può" designa una assenza di libertà: o come libertà di compiere atti materiali, o come libertà di esercitare un potere. Dunque, il titolare di un diritto indisponibile non ha la libertà di non reagire all'inadempimento dell'obbligo (nei vari modi esemplificati sopra); verosimilmente, non può neanche rifiutarsi di ricevere la prestazione da parte del soggetto obbligato, quantomeno nel senso che non ha la libertà di impedire che il soggetto obbligato effettui la prestazione dovuta.

Ad esempio, il diritto alle ferie<sup>25</sup>: se il diritto alle ferie è inteso come indisponibile nel primo senso (indisponibilità della titolarità del diritto), allora il lavoratore non può (non-potere, immunità) privarsi del diritto di andare in ferie, e dunque non può sollevare il datore di lavoro dall'obbligo di concedergli le ferie ad esempio sottoscrivendo una clausola contrattuale in tal senso; se è inteso nel secondo senso (indisponibilità dell'oggetto del diritto), allora il lavoratore non ha la libertà di non andare in ferie, e non ha la libertà di non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) all'eventualità che il datore di lavoro non gli conceda le ferie. Oppure, il diritto all'astensione dal lavoro per maternità: se è inteso nel primo senso (indisponibilità della titolarità del diritto), allora la lavoratrice non può (non-potere, immunità) privarsi del diritto in questione; se è inteso nel secondo senso (indisponibilità dell'oggetto del diritto), allora la lavoratrice non ha la libertà di non andare in astensione per maternità, e non ha la libertà di non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) all'eventualità che il datore di lavoro non le conceda l'astensione per maternità.

#### 4. I diritti indisponibili

Facciamo il punto. Nel discorso dei giuristi, è normalmente accettata la possibilità di diritti indisponibili (diritti di cui il titolare non può spogliarsi, nemmeno volontariamente). Alla base della qualificazione di un diritto come indisponibile possono esserci diverse ragioni: di solito sono ragioni che hanno a che fare con la capacità di giudizio del titolare del diritto (minori, infermi di mente), o con la possibilità che il titolare del diritto, pur pienamente capace di agire, si possa

<sup>24</sup> Sulla distinzione tra "nucleo" e "perimetro protettivo" di un diritto, v. PINO 2013, 237-238; PINO 2017, 91-93.

<sup>25</sup> Questo esempio mi è stato suggerito dalla lettura di MANIACI 2014.

trovare in una situazione di inferiorità economica o sociale tale da far presumere che una sua rinuncia ad un certo diritto non sia perfettamente libera (diritti del lavoratore). A volte, il diritto in questione è semplicemente molto importante, e non sembra una buona idea permettere alle persone di privarsene (non ci piace un mondo in cui le persone possano vendersi in schiavitù, o possano vendere i propri organi). Altre volte ancora, l'indisponibilità deriva da una convergenza dell'interesse del titolare del diritto e di un interesse generale (il diritto di voto è indisponibile non solo perché votare liberamente è nell'interesse del titolare del diritto, ma anche perché un regime di disponibilità del voto sarebbe esiziale per la democrazia).

Applicando uno schema di analisi di tipo hohfeldiano, è emerso che un diritto indisponibile è un diritto in cui è presente o una immunità (un non-potere), che il titolare del diritto ha verso sé stesso riguardo alla titolarità del diritto, o una non-libertà che il titolare del diritto ha riguardo all'oggetto del diritto. E qui, però, le cose iniziano a diventare un po' strane. Non tanto per quanto riguarda l'immunità, che è certamente un diritto (anche se in questo caso è una immunità verso sé stessi, e dunque è anche un non-potere: e cioè, sotto quest'ultimo aspetto, è anche *la negazione* di un diritto). Ma soprattutto per quanto riguarda la non-libertà (l'assenza di libertà di rinunciare all'oggetto del diritto): infatti, basta riguardare velocemente la tabella delle posizioni hohfeldiane (*supra*, § 3) per accorgersi che una non-libertà, cioè la negazione di una libertà, è nient'altro che un dovere. Il titolare di un diritto-pretesa indisponibile *deve* accettare la prestazione che gli è dovuta, perché non ha né il potere di cancellare l'obbligo corrispondente, né la libertà di rifiutare l'adempimento (e, *a fortiori*, la libertà di non reagire all'inadempimento). Seguendo l'idea di diritto indisponibile, e scomponendola nei suoi elementi costitutivi, siamo arrivati a fare una rotazione a 180 gradi: quello che ricade sul titolare di un diritto indisponibile è, almeno in parte, un dovere (oltre che un non-potere).

Ora, come abbiamo visto, seguendo lo schema hohfeldiano è logicamente possibile che una pretesa *non* sia accompagnata da una libertà di non esigere la pretesa stessa, o dalla libertà di rifiutare l'adempimento, o dalla libertà di sollevare il debitore dalla sua prestazione. Una situazione di questo tipo non è logicamente autocontraddittoria. Ma certamente ne viene fuori una situazione abbastanza incongrua, una situazione che non è affatto scontato possa essere ancora descritta come un diritto soggettivo. Come si può concettualizzare tutto questo? In che modo si può rendere conto di questo nodo concettuale? Ed è possibile riscattare i diritti indisponibili da questa situazione paradossale, da questo sospetto di aporia? Mi pare che siano possibili, qui, almeno tre ipotesi.

1) Una prima ipotesi è che, quando si parla di diritti indisponibili, ciò che è in ballo è, in realtà, un dovere, puramente e semplicemente. La categoria dei diritti indisponibili è, se presa puramente alla lettera, una categoria vuota, perché in realtà è occupata non da diritti ma da doveri. E in questi casi parliamo di diritti solo per sfruttare la carica retorico-persuasiva della nozione di "diritto": i diritti ci piacciono, i diritti sono cose importanti e benefiche, e dunque – poiché i doveri in questione proteggono cose importanti, talvolta molto importanti – applichiamo l'etichetta di "diritti" a cose che in realtà sono doveri. L'attrattiva della parola "diritto", così, è sfruttata per far premio sulla sottrazione di una sfera di autonomia dalla persona su cui ricade il presunto diritto, per indorare la pillola di quello che in realtà è un dovere.

2) Una seconda ipotesi è che i diritti indisponibili sono veri e propri diritti, anche se includono doveri a carico del titolare del diritto. Semplicemente, una adeguata ricostruzione dei diritti indisponibili richiede di dotarsi di una teoria dei diritti più ampia e comprensiva rispetto a quelle in circolazione (e di sicuro rispetto a quella hohfeldiana)<sup>26</sup>: una teoria, in particolare, che consenta di includere nel concetto di diritto (soggettivo) anche i doveri, e che consenta di distinguer-

<sup>26</sup> Le teorie che includono anche la "soggezione" nel concetto di diritto soggettivo (*supra*, nt. 19) sono un esempio di un approccio di questo tipo.

re i diritti-doveri dai doveri “puri”. E d'altronde, si è rivelato piuttosto arduo identificare quali caratteristiche esattamente permettano di distinguere un “diritto” da un “dovere” (e dunque quali caratteristiche consentano di stabilire esattamente perché un dovere debba essere considerato come qualcosa di nettamente eterogeneo rispetto ad un diritto)<sup>27</sup>. Dunque, non si può escludere categoricamente la possibilità di una ricostruzione concettuale che riesca ad unificare sotto qualche aspetto diritti e doveri, o meglio a ricondurre anche i doveri, o alcuni tipi di doveri, alla categoria del diritto soggettivo. Tuttavia, una simile teoria “ampliata” dei diritti non mi pare che sia stata finora elaborata e, ove venisse elaborata, dovrebbe superare il notevole ostacolo di sovvertire quello che è un vero e proprio punto fermo, sia in filosofia sia nel senso comune: che un diritto non è un dovere, e viceversa (anzi, l'uno è qualcosa di speculare all'altro).

3) Una terza ipotesi è che un diritto indisponibile, per poter essere ancora qualificabile come diritto (e non come dovere), deve essere indisponibile solo rispetto alla *titolarità*, e non anche rispetto all'*oggetto* (supra, § 3.1). Il titolare di un diritto indisponibile, in questo senso, non ha il potere di rinunciare alla titolarità del diritto; e un non-potere verso sé stessi, come sappiamo, è allo stesso tempo una immunità, che è un tipo di diritto. Allo stesso tempo, il titolare del diritto indisponibile, in questo senso, non ha anche l'obbligo di godere del diritto stesso: conserva una libertà bilaterale di percepire o no la prestazione che è oggetto del diritto, di reagire o no all'inadempimento del soggetto obbligato, ecc. Un diritto indisponibile *in questo senso*, dunque, non ha niente di paradossale perché è un diritto che non pone doveri al titolare del diritto.

A mio modo di vedere, questa terza ipotesi è la sola ricostruzione teorica che riesca a configurare in maniera non paradossale la categoria dei diritti indisponibili. Questo inoltre può rendere conto del fatto che la natura indisponibile dei diritti fondamentali, perentoriamente ribadita dai giuristi, non venga scalfita dalla circostanza che molte forme di “disposizione” dei diritti fondamentali sono in realtà ampiamente praticate e solitamente considerate lecite<sup>28</sup>.

## 5. I diritti indisponibili e le teorie dei diritti

I diritti indisponibili sono stati spesso usati come banco di prova per le teorie dei diritti.

Così, alcuni teorici della *will theory* (secondo cui un diritto protegge un ambito di scelta riservato al titolare del diritto) hanno dovuto ammettere che la loro teoria non è concettualmente attrezzata per rendere conto dei diritti indisponibili, e che pertanto soffre di una grave limitazione come teoria *generale* dei diritti<sup>29</sup>; oppure, hanno cercato di dimostrare che, nonostante le apparenze, anche dal punto di vista della *will theory* è possibile rendere conto dei diritti indisponibili<sup>30</sup>; oppure, hanno espressamente affermato che non possono esistere (concettualmente) diritti indisponibili<sup>31</sup>.

Di contro, i teorici della *interest theory* (secondo cui un diritto serve a proteggere un certo interesse, cioè un aspetto del benessere, del titolare del diritto) hanno solitamente dato per scontato che possano concettualmente esistere diritti indisponibili: un diritto è indisponibile quando protegge un interesse talmente importante da richiedere una protezione anche nei confronti dello stesso titolare del diritto<sup>32</sup>. Questa maggiore capacità esplicativa è stata spesso rivendicata dai

<sup>27</sup> Si veda in proposito l'analisi, dichiaratamente priva di conclusioni, svolta in CRUFT 2006.

<sup>28</sup> Ad esempio, rispetto al diritto alla privacy: la libertà di rilasciare interviste, di scrivere libri autobiografici, o di pubblicare immagini private sui social media. Per altri esempi, ZENO-ZENCOVICH 1993; ZENO-ZENCOVICH 1995; MORRIS 2001; RESTA 2002.

<sup>29</sup> HART 1982.

<sup>30</sup> SIMMONDS 1998, 228-229 (che peraltro sviluppa un'argomentazione non troppo dissimile da quella del testo).

<sup>31</sup> STEINER 2013.

<sup>32</sup> Per un difensore della *interest theory*, un diritto può essere indisponibile anche perché protegge interessi *ulteriori*, che si aggiungono a quelli del titolare del diritto.

sostenitori della *interest theory* come un elemento di superiorità rispetto alla *will theory*. Allo stesso tempo, però, l'accettazione (quantomeno sul piano concettuale) della categoria dei diritti indisponibili da parte della *interest theory* ha aperto la strada all'accusa, o quantomeno al sospetto, di legittimare soluzioni moralmente discutibili: i diritti indisponibili sarebbero infatti dei formidabili cavalli di Troia per far penetrare il paternalismo nella cittadella del diritto o della morale. Davanti a questa prospettiva, alcuni difensori della *interest theory* hanno sostenuto che la possibilità concettuale dei diritti indisponibili, aperta proprio dalla *interest theory*, debba essere però bloccata sul piano etico-politico: è concettualmente possibile, ma moralmente sbagliato o quantomeno rischioso, rendere un diritto indisponibile<sup>33</sup>.

Non è mia intenzione difendere, qui, una teoria rispetto all'altra, o una particolare versione di una di queste teorie rispetto ad altre possibili versioni. Ho già dichiarato in apertura di questo saggio la mia tendenziale preferenza per la *interest theory*. È solo il caso di aggiungere, a questo punto, che ogni versione credibile della *interest theory* deve incorporare il requisito concettuale qui individuato (la disponibilità dell'oggetto del diritto), a pena di restituire una immagine incongrua, distorta, di cosa è un diritto, e in particolare un diritto indisponibile. Se si vuole, ciò che ne risulta è una versione della *interest theory* che cerca di preservare al proprio interno anche il nocciolo di verità della *will theory*. Ma, nella misura in cui se ne voglia fare una mera questione di etichette, questo è un punto del tutto trascurabile<sup>34</sup>.

L'argomento che ho cercato di sviluppare in questo saggio è di tipo concettuale, non etico-politico. Ho cercato di mostrare che è concettualmente incongruo parlare di diritti indisponibili, se l'indisponibilità è riferita all'oggetto (anziché alla titolarità) del diritto. Un soggetto che non abbia alcuna possibilità di sottrarsi all'esecuzione della prestazione a lui dovuta è in realtà titolare di un dovere, non di un diritto. Tutto ciò può ben accadere nell'interesse di quel soggetto (o anche nell'interesse di quel soggetto), ma non è affatto detto che da ciò che è nell'interesse di un soggetto derivino solo diritti per quel soggetto. Non c'è nulla di (concettualmente) strano in un obbligo imposto nell'interesse della persona su cui ricade. E non si vede cosa si guadagni a chiamare un simile obbligo "diritto". Resistere alla tentazione di chiamare "diritto" tutto ciò che è nell'interesse di un soggetto, o perfino tutto ciò che può essere oggetto di una valutazione positiva, di un apprezzamento, può rivelarsi un esercizio molto salutare.

Se il diritto alle ferie, o alla maternità, è indisponibile da parte del lavoratore/lavoratrice non solo nella titolarità, ma anche nell'oggetto (se il lavoratore *deve* andare in ferie; se la lavoratrice *deve* andare in maternità), non vedo nessun problema nell'affermazione che allora il lavoratore e la lavoratrice non hanno (o non hanno solo) un diritto, ma piuttosto un dovere (o quantomeno anche un dovere): sono tenuti ad andare in ferie o in maternità, eventualmente al punto di compiere un illecito se non lo fanno.

Ovviamente, imporre a qualcuno un dovere nel suo interesse è sospetto di paternalismo, una posizione etico-politica assai poco appetibile quando non ripugnante. Ma non è detto che in questi casi venga *sempre* in gioco il paternalismo, o che non sia possibile individuare qualche forma di giustificazione per almeno alcune forme di interventi in odore di paternalismo: la trasformazione del diritto in dovere può nascere dalla constatazione di un importante squilibrio di forze tra i soggetti di un rapporto, anziché dalla sfiducia verso la capacità di giudizio del titolare. Oppure, può derivare dalla convergenza di un interesse individuale del titolare e di un interesse generale (gli automobilisti possono essere obbligati ad indossare le cinture di sicurezza "per il loro

<sup>33</sup> Questa è ad es. la posizione di MACCORMICK 1976; MACCORMICK 1977.

<sup>34</sup> Recentemente vi è stata una proliferazione di teorie "ibride" dei diritti, che cercano di mettere d'accordo alcune intuizioni della *will theory* e della *interest theory*. È discusso se queste teorie ibride siano davvero tali, oppure se siano, a seconda dei casi, delle varianti della *will theory* o della *interest theory*. Come dico nel testo, si tratta di una questione assai poco interessante – ben più cruciale è stabilire se le teorie in questione siano credibili *come teorie* (coerenti, dotate di capacità esplicativa, ecc.).

bene”, oppure per abbattere il costo degli incidenti stradali sulla sanità pubblica, o per entrambe le ragioni insieme). Come che sia, resta il fatto che un interesse può essere tutelato in molti modi, e attribuire un diritto (una posizione hohfeldiana, o un insieme di posizioni hohfeldiane) è solo uno di questi modi; paternalisticamente, un interesse può essere tutelato imponendo un obbligo, o un divieto. In casi simili deve attivarsi la nostra vigilanza morale, la critica del diritto – e sgomberare il campo da confusioni concettuali può essere un buon viatico in questa direzione.

*Riferimenti bibliografici*

- ALEXY R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino (1994).
- BACCELLI L. 2008. "Ex parte populi". *Per una teoria impura dei diritti*, in «Ragion Pratica», 31, 337 ss.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- CRUFT R. 2004. *Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?*, in «Law and Philosophy», 23, 347 ss.
- CRUFT R. 2006. *Why Aren't Duties Rights?*, in «The Philosophical Quarterly», 56, 175 ss.
- EDMUNDSON W. 2004. *An Introduction to Rights*, Cambridge University Press.
- ELEFThERiADiS P. 2008. *Legal Rights*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1973. *Social Philosophy*, Prentice-Hall.
- FEINBERG J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in «Philosophy & Public Affairs», 7, 1978, 93 ss.
- FINNIS J. 1972. *Some Professorial Fallacies about Rights*, in «Adelaide Law Review», 4, 377 ss.
- FINNIS J. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press.
- FRYDRYCH D. 2017. *Rights Modelling*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 30, 2017, 125 ss.
- FRYDRYCH D. 2018. *The Theories of Rights Debate*, in «Jurisprudence», 9, 566 ss.
- GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Giappichelli.
- HART H.L.A. 1982. *Legal Rights (1973)*, in ID., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 162 ss.
- HOHFELD W. 1913. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 23, 16 ss.
- HOHFELD W. 1917. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 26, 710 ss.
- HOHFELD W. 1923. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Yale University Press.
- KRAMER M. 1998. *Rights without Trimmings*, in KRAMER M., SIMMONDS N., STEINER H., *A Debate over Rights*, Oxford University Press, 7 ss.
- MACCORMICK N. 1976. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in «ARSP», 62, 305 ss.
- MACCORMICK N. 1977. *Rights in Legislation*, in HACKER P.M.S., RAZ J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, 198 ss.
- MANIACI G. 2014. *La dittatura dei diritti indisponibili*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 669 ss.
- MORRIS G.S. 2001. *Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?*, in «Industrial Law Journal», 30, 49 ss.
- PENNER J. 2013. *On the Very Idea of Transmissible Rights*, in PENNER J., SMITH H.E. (eds.), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford University Press, 244 ss.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- PINO G. 2013. *Diritti soggettivi*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 220 ss.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- RAINBOLT G. 2006. *The Concept of Rights*, Springer.



- RESTA G. 2002. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in «Rivista di diritto civile», 801 ss.
- ROSS A. 1965. *Diritto e giustizia*, Einaudi (1958).
- SIMMONDS N.E. 1998. *Rights at the Cutting Edge*, in KRAMER M., SIMMONDS N., STEINER H., *A Debate over Rights*, Oxford University Press, 113 ss.
- STEINER H. 2013. *Directed Duties and Inalienable Rights*, in «Ethics», 123, 230 ss.
- WALDRON J. 1984. *Introduction*, in ID. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press.
- WELLMAN C. 1985. *A Theory of Rights. Persons Under Laws, Institutions, and Morals*, Rowman & Allanheld.
- ZENO-ZENCOVICH V. 1993. *Profili negoziali degli attributi delle personalità*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 545 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V. 1995. *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 991 ss.