

# Storia Metodo Cultura

nella scienza giuridica

seconda e rinnovata serie di Diritto romano attuale

4/2025

Le situazioni potestative



**Edizioni Scientifiche Italiane**

## **Direzione**

Augusto Chizzini – Tommaso dalla Massara – Mauro Grondona – Marco Miletto – Vito Velluzzi

## **Comitato di direzione**

Fabio Addis – Elena Bargelli – Alberto Maria Benedetti – Mirzia Bianca – Giovanni Bisogni – Salvatore Boccagna – Valentina Calderai – Damiano Canale – Remo Caponi – Vincenzo Cariello – Antonio Carratta – Giovanni Chiodi – Alessandra Cordiano – Iole Fagnoli – Pasquale Femia – Edoardo Ferrante – Paolo Ferretti – Thorsten Keiser – Giulia Maria Labriola – Luca Loschiavo – Francesco Macario – Marino Marinelli – Marco Martino – Valeria Marzocco – Marisaria Maugeri – Elena Merlin – Carlo Nitsch – Vincenzo Omaggio – Mauro Orlandi – Stefano Pagliantini – Iliara Pagni – Luca Passanante – Carlo Pelloso – Giovanni Perlingieri – Giorgio Pino – Fabrizio Piraino – Francesca Poggi – Federico Procchi – Antonio Saccoccio – Gianni Santucci – Aldo Schiavello – Silvia Schiavo – Claudio Scognamiglio – Pietro Sirena – Stefano Solimano – Alessandro Somma – Mario Stella Richter jr – Emanuele Stolfi – Irene Stolzi – Roberta Tiscini – Andrea Zoppini

## **Comitato scientifico**

† Guido Alpa – Mirta Beatriz Álvarez – † Franco Anelli – Ena-Marlis Bajons – Riccardo Cardilli – Paolo Comanducci – Claudio Consolo – Andrea Di Porto – Wolfgang Ernst – Juan Espinoza Espinoza – Eugênio Facchini Neto – Luigi Garofalo – Aurelio Gentili – Mario Jori – Leysser León Hilario – Vincenzo Mannino – Luca Nogler – Antonio Padoa Schioppa – Salvatore Patti – Christoph Paulus – Pietro Perlingieri – Andreas Piekenbrock – Maria das Graças Pinto de Britto – Sheraldine Pinto Oliveros – Francesco Riccobono – Lilian C. San Martín Neira – Martin Schermaier – Fábio Siebeneichler de Andrade – Raffaele Tommasini – Nicolò Trocker – Letizia Vacca – Giuseppe Zaccaria

## **Comitato editoriale e consultivo**

Gregor Albers – Francesca Bartolini – Raffaele Basile – Tommaso Beggio – Francesca Benatti – Carlos Alberto Chinchilla Imbett – Camilla Crea – Silvana Dalla Bontà – Elena de Carvalho Gomes – David Fabio Esborraz – Stefania Gialdroni – Costanza Margiotta Broglio Massucci – Francesco Mezzanotte – Pablo Andrés Moreno Cruz – Francesco Paolo Patti – Attilio Pisanò – Michele Spanò – Daniele Velo Dalbrenta – Silvia Zorzetto

## **Comitato di redazione**

Giulia Bazzoni – Marta Beghini (coord.) – Letterio Buta – David De Concilio – Carlo De Cristofaro – Martina D’Onofrio – Gabriele Filice – Emanuela Ianniciello – Riccardo Martinoli – Maria Federica Merotto – Edoardo Messineo – Luca Oliveri – Marco Rendina – Adriano Zambon – Isabella Zambotto

Periodico annuale registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 15 del 28 aprile 2022  
Direttore responsabile: Tommaso dalla Massara

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane – Napoli  
Periodico esonerato da B.A.M. art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

Volume pubblicato con il contributo della Regione Campania

## Criteri di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

La rivista *Storia Metodo Cultura* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del Comitato esterno di valutazione e/o ad altri *referee* esterni scelti tra Studiosi (italiani o stranieri) affiliati ad Università ed Enti o Istituti di ricerca ovvero tra alti esperti provenienti da Istituzioni di comprovata qualificazione e prestigio, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra Rivista o in Banche dati senza il consenso scritto della Direzione e dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.



## INDICE

### *Saggi*

F. POGGI

I poteri nella teoria generale del diritto. L'eredità di Wesley Newcomb Hohfeld 1

E. BIANCHI

Riflessioni metodologiche ed esemplificative in tema dei c.dd. diritti potestativi di profilo sostanziale e processuale in ambito romanistico 23

A. ALPINI

Ripensare il “diritto potestativo” nella complessità della situazione giuridica alla luce dell'evoluzione tecnologica e sociale 49

A. CHIZZINI

Diritti potestativi e processo: alle radici della tutela costitutiva 73

L. LOSCHIAVO

Il rapporto vassallatico e le sue origini tardoantiche. Situazioni potestative medievali 151

### *Discussione*

A. ANGELOSANTO

Diritti potestativi e processo formulare romano: prima della «frattura» tra *actio* e *ius* 175

E. CALORE

Tra appartenenza e potere. *Meum esse ex iure Quiritium e dominium*: una riflessione sulle situazioni potestative 193

V. CALDERAI	
Tra pubblico e privato. Il diritto potestativo dopo la “grande dicotomia”	219
F. MAZZARELLA	
Diritto privato e potere. Le situazioni potestative tra Otto e Novecento	235
S. MENCHINI	
Situazioni potestative e sistema delle tutele	265
G. PINO	
Indisponibilità. Una indagine teorica	295
M. BUFFA	
I confini potestativi del diritto alla protezione internazionale. Tra natura dichiarativa e diritto vivente nel processo di inclusione	317
J. ALCINI	
Alla riscoperta della condizione unilaterale: tra corollari teorici e risvolti pratici	341
<i>Letture</i>	
M. MARINELLI	
Agli albori della giurisdizione costitutiva	363
J. KOHLER	
Le c.dd. sentenze costitutive	369
<i>Inviti alla lettura</i> , a cura della direzione	377

# Indisponibilità. Una indagine teorica

GIORGIO PINO\*

SOMMARIO: 1. La domanda. – 2. La domanda messa a fuoco. – 3. L'apparato hohfeldiano, in breve. – 3.1. Quattro implicazioni. – 3.2. Disponibilità e indisponibilità dei diritti alla luce di un apparato hohfeldiano. – 3.2.1. Diritti disponibili. – 3.2.2. Diritti indisponibili. – 4. I diritti indisponibili sono “diritti”?

1. La categoria dei diritti indisponibili, o inalienabili<sup>1</sup>, è ben presente nella cultura giuridica italiana (e non solo in questa, ovviamente). Il diritto positivo italiano richiama espressamente, in molti casi, la categoria dei diritti indisponibili, ad esempio in materia di rapporti di lavoro, o di rapporti di famiglia, e i diritti “non disponibili” sono genericamente richiamati (con un rinvio “in bianco”) dall'art. 1966 del codice civile in materia di transazione. E per i giuristi italiani è del tutto scontato qualificare i diritti della personalità come diritti “inalienabili”, “indisponibili”, “intrasmisibili” (in questo caso trattandosi di qualificazioni puramente dogmatiche, non provenienti da specifiche formulazioni costituzionali o legislative).

In generale, l'indisponibilità è considerata come un aspetto, un profilo specifico dell'inviolabilità, la quale è a sua volta la forma più

\* Università degli Studi Roma Tre (giorgio.pino@uniroma3.it).

<sup>1</sup> Ai fini dell'argomento che sarà svolto in questo lavoro, tratterò le espressioni “diritto inalienabile” e “diritto indisponibile” come equivalenti. Non ignoro, ovviamente, che a queste due espressioni possono essere attribuiti significati distinti a livello tecnico-giuridico, ma ciò non fa alcuna differenza rispetto all'argomento che svilupperò in questo lavoro. Nella lingua inglese (in cui si svolge gran parte del dibattito contemporaneo sulla teoria dei diritti) l'espressione *inalienable right* copre indifferentemente le espressioni “diritto inalienabile” e “diritto indisponibile”, e può inoltre riferirsi anche a ciò che può essere chiamato genericamente “diritto inviolabile” (una certa insoddisfazione verso quest'ultimo uso linguistico è avvertita ad es. da J. FEINBERG, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1978, II, p. 93 ss., spec. p. 111 s.).

alta di protezione dei diritti: ad essere inviolabili sono soprattutto i diritti *fondamentali*, i diritti più importanti. Mentre l'*inviolabilità* di un diritto consiste in varie forme di protezione e di resistenza di quel diritto nei confronti dei terzi e soprattutto nei confronti dello 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), l'*indisponibilità* di un diritto serve a proteggere il diritto in questione *nei confronti del titolare stesso* del diritto: un diritto indisponibile è un diritto di cui il titolare non si può privare, nemmeno volontariamente.

Un diritto può essere reso inalienabile per ragioni di vario tipo: ragioni attinenti alla mancanza di capacità di agire di certi soggetti (minori, soggetti incapaci di intendere e di volere), o attinenti alla loro situazione di vulnerabilità economica e sociale. E certi diritti sono considerati così importanti, così integrati nella nostra concezione di persona umana o di società giusta (la dignità personale, il diritto di voto...), che ci sembra ovvio che nessuno possa privarsi di tali diritti, nemmeno volontariamente.

La domanda che intendo pormi in questo lavoro è, all'apparenza, semplice e forse sorprendente: che cosa è un diritto indisponibile, o inalienabile? Ed è possibile che un diritto sia tale?<sup>2</sup>

2. La domanda può apparire sorprendente proprio perché, come detto poco sopra, suona quasi come un'ovvietà che alcuni diritti siano (o quantomeno siano denominati come) indisponibili, a fronte del fatto che in moltissimi sistemi giuridici contemporanei la categoria dei diritti inalienabili o indisponibili è ampiamente conosciuta.

Tuttavia, ad una seconda occhiata l'impressione di ovvietà che circonda la categoria dei diritti indisponibili potrebbe anche iniziare a dissolversi. Davvero un diritto di cui non ci si può spogliare, e che in ipotesi *deve* essere esercitato dal suo titolare, è ancora un "diritto", e non qualcos'altro? Ad esempio, un diritto alle cure sanitarie che – in quanto diritto *indisponibile* – implicasse anche il dovere di curarsi, e dunque il divieto di rifiutare le cure, potrebbe ancora essere chiamato

<sup>2</sup> Mi sono già occupato di questo problema in G. PINO, *Il puzzle dei diritti indisponibili*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2022, I, p. 119 ss.; ID., *The Puzzle of Inalienable Rights*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2024, p. 323 ss. Qui riprendo in gran parte gli argomenti già esposti in quelle occasioni, con alcune precisazioni credo non secondarie.

un “diritto”? Non c’è qualcosa di incongruo, a livello di grammatica teorica o quantomeno di buon senso, nell’usare la parola “diritto” anche per riferirsi a situazioni di questo tipo?

Il dubbio si ripresenta anche se dal piano del senso comune proviamo a salire al discorso più sofisticato e rarefatto proprio del dibattito specificamente teorico. Come è noto, nel dibattito internazionale si fronteggiano due principali famiglie di teorie dei diritti (diritti soggettivi: *legal rights*), la c.d. *will theory* (o teoria della volontà, o teoria della scelta) e la c.d. *interest theory* (o teoria dell’interesse, o teoria del beneficio)<sup>3</sup>. Secondo la *will theory*, avere un diritto equivale ad avere una posizione di libera scelta rispetto ad un certo stato di cose: il titolare di un diritto a, o su, X, ha la possibilità di prendere una serie di scelte relative a X; il senso dell’aver un diritto è proprio quello di assicurare al titolare del diritto un ambito di libera scelta rispetto ad un certo stato di cose. Secondo la *interest theory*, avere un diritto consiste in una situazione in cui un certo interesse del titolare (un aspetto del suo benessere) gode di una certa protezione, tipicamente (ma non esclusivamente) nella forma dell’imposizione di doveri su altri soggetti. (Sia la *will theory* sia la *interest theory* conoscono poi varie differenziazioni interne, e anche tentativi di ibridazione.)

Ebbene, 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 la *will theory* la categoria dei diritti inalienabili è problematica, o addirittura sembra non concettualmente configurabile. Infatti, se un diritto deve consistere nell’*attribuzione* al titolare del diritto di un ambito di libera scelta, a prima vista non ha senso un diritto che *sottrae* al titolare un ambito di libera scelta. E proprio questa incapacità di rendere conto della categoria dei diritti indisponibili è stata spesso indicata come una prova, o quantomeno un sintomo, della superiorità della teoria rivale, la *interest theory*, che invece può facilmente rendere conto dell’esistenza di diritti indisponibili (se un interesse del titolare è estremamente importante, la protezione di quell’interesse può esigere che il titolare stesso non se ne possa spogliare). Dunque, poiché la *interest theory* è in grado – si dice – di concettualizzare i diritti indisponibili propriamente come di-

<sup>3</sup> Per una prima approssimazione a queste teorie, si possono utilmente consultare M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, in ID., N. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights*, Oxford, 1998, p. 7 ss. (spec. pp. 7-60, 101-111); B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, cap. I.

ritti, al contrario della *will theory* che non ne è capace, ciò dimostra, o quantomeno suggerisce, la superiorità della prima sulla seconda<sup>4</sup>.

Il mio sospetto, però, è che la categoria dei diritti inalienabili sia in realtà problematica anche per un sostenitore della *interest theory*: forse, nel concetto di diritto (soggettivo) c'è qualcosa che rende incongrua, problematica, la nozione di diritto inalienabile o indisponibile, anche se si assume una generale preferibilità della teoria dell'interesse rispetto alla teoria della scelta. Questo saggio intende esplorare esattamente questo punto.

Prima di iniziare, ritengo opportuno chiarire che la questione che qui intendo discutere è una questione concettuale, non una questione normativa, sostanziale. Mi chiederò 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>5</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 (e dunque che se qualcosa è indisponibile, allora non è un diritto); 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

<sup>4</sup> Questa linea di argomentazione è seguita anche in G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 89 ss.

<sup>5</sup> Lo negano ad esempio ad es. (con diversi gradi di intensità) M. KRAMER, *Rights*, cit., p. 79 ss.; P. ELEFTHERIADIS, *Legal Rights*, Oxford, 2008, pp. 10-15.

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 realmente titolare di un “diritto” su quelle posizioni.

3. Per esaminare il concetto di diritto indisponibile, e dunque per valutare la coerenza di questo concetto, seguirò 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>6</sup>.

Notoriamente, Hohfeld rileva come l'espressione “diritto soggettivo” sia ambigua (possa avere significati diversi), e come ciò sia fonte di confusione concettuale nei discorsi dei giuristi, sia in sede teorica sia in sede applicativa. Pertanto, Hohfeld propone di distinguere tra quattro tipi di diritti soggettivi, ciascuno dei quali consiste in una specifica posizione giuridica elementare, esattamente definita:

- 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 so-

<sup>6</sup> W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, I, p. 16 ss.; ID., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1917, VIII p. 710 ss. Sull'analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi si possono utilmente consultare A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pp. 151-159; J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, pp. 55-59; J. WALDRON, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, pp. 5-8; R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 230-239; M. KRAMER, *Rights*, cit., spec. pp. 7-60, 101-111; B. CELANO, *I diritti*, cit., pp. 25-38; W. EDMUNDSON, *An Introduction to Rights*, Cambridge, 2004, cap. 5; G. PINO, *Diritti*, cit., cap. 4; ID., *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO e V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 220-253; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 92-98.

stiene 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>7</sup>. Per parte mia, qui riferirò “diritto” ad una qualunque delle posizioni soggettive 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 soggettiva (una pretesa, una libertà, un potere, una immunità), non è vero anche l’inverso: non sempre una di queste posizioni costituisce di per sé un diritto soggettivo (questo punto diverrà più chiaro *infra*, § 3.1).

Nell’approccio hohfeldiano, ciascuna posizione soggettiva elementare definibile in termini di “diritto” (pretesa, libertà, potere, immunità) può essere definita esclusivamente facendo riferimento ad un’altra posizione soggettiva *correlativa*, che è *normalmente*<sup>8</sup> imputata ad un soggetto diverso rispetto al titolare del diritto: ogniqualvolta un soggetto ha una posizione soggettiva in termini di diritto, su qualcun altro incombe una specifica posizione correlativa. La posizione correlativa è, dunque, una posizione logicamente implicata da ciascuna posizione soggettiva 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 soggettiva, allora ci sarà necessariamente una certa 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 soggettiva 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 soggettiva e non anche il suo correlativo. Dunque, in ipotesi, se una norma attribuisce una pretesa a Tizio verso Caio, essa *automaticamente* (cioè: per definizione) attribuisce anche un dovere speculare a Caio verso Tizio; e così via.

Inoltre, per ciascuna posizione soggettiva in termini di diritto è possibile individuare una *negazione*. La negazione di una posizione

<sup>7</sup> Cfr. W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions*, cit., p. 30, 36.

<sup>8</sup> Come vedremo più avanti, questa qualificazione è molto importante per il discorso che sarà svolto in questo saggio. Per semplicità, non la ripeterò ulteriormente.

soggettiva è un'altra posizione soggettiva, il cui contenuto è il contraddittorio, in senso logico, della prima: è cioè la situazione normativa rappresentata dall'assenza della posizione soggettiva 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 un non-potere, o incompetenza (assenza di potere); la negazione dell'immunità è la soggezione.

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

<b>Diritto</b>	<b>Correlativo</b>	<b>Negazione</b>
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 certa 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).

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.

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.

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* 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).

3.1. 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 che sia basata sull'apparato hohfeldiano).

In primo luogo, da un punto di vista logico, le singole posizioni soggettive individuate dall'approccio hohfeldiano sono legate *solo* dagli specifici rapporti di correlatività visti sopra. Al di fuori di questi rapporti, queste posizioni soggettive 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 in capo a una controparte, ma non anche ad una libertà o ad un potere del titolare del diritto: 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 – da un punto di vista logico – 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 ottemperi 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

<sup>9</sup> Ad esempio, alcuni soggetti (minori di età, infermi di mente, ecc.) possono avere il diritto(-pretesa) di ricevere qualche prestazione (cure, istruzione, alimenti...), ma al contempo possono non avere la libertà di rinunciare a ricevere tali prestazioni.

<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, o di attaccarlo con un'arma da fuoco mentre tenta di parcheggiare l'auto nel 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.

*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, sarebbe invece la congiunzione di due distinte posizioni soggettive (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>.

Da ciò deriva che le singole posizioni soggettive individuate nell’approccio hohfeldiano 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 soggettiva 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 soggettive hohfeldiane (un macro-diritto).

In secondo luogo, le singole posizioni soggettive 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 soggettive di secondo grado (potere, immunità), che hanno ad oggetto la creazione, la modifica o l’estinzione di altre posizioni soggettive. 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

<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 (tutela “obbligatoria”, e non “reale”): 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).

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>.

In terzo luogo, per aversi un diritto è *necessario*, ma non *sufficiente*, che vi sia almeno una posizione soggettiva, o una combinazione di più posizioni<sup>16</sup>. Per chiarire questo punto, è opportuno riprendere la distinzione già introdotta qualche pagina fa tra la *will theory* e la *interest theory*. Per la *will theory*, 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>17</sup>: dunque, una pretesa conta come diritto soggettivo solo se è accompagnata da queste ulteriori posizioni soggettive. Per la *interest theory*, una posizione soggettiva (o un insieme di posizioni soggettive) 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>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 l'esercizio di un potere (il potere di celebrare il matrimonio, per effetto del quale cambia la condizione giuridica dei nubendi).

<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 più avanti, questa precisazione non è del tutto ridondante: *infra*, nt. 26.)

<sup>17</sup> Per un esempio di questa posizione si veda H.L.A. HART, *Legal Rights*, in *Id.*, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, p. 162 ss.

In quarto luogo, l'oggetto o contenuto di un diritto (per semplicità possiamo qui riferirci solo al livello dei micro-diritti) è lo stato di cose (l'azione, l'omissione, la posizione soggettiva) a cui fa riferimento in termini deontici la posizione soggettiva rilevante, e dunque anche la sua posizione correlativa. Se quello stato di cose si verifica, allora è possibile dire che il diritto in questione è stato esercitato, soddisfatto, realizzato, ecc. Così, ad esempio:

- se Tizio ha *la pretesa* di ricevere una certa somma di denaro da Caio, il diritto è soddisfatto quando Tizio riceve quella somma di denaro da Caio.

- se Tizio ha *la libertà* di passeggiare nel parco, il diritto è soddisfatto quando Tizio passeggia nel parco.

- se Tizio ha *il potere* di stipulare un contratto, il diritto si realizza quando Tizio stipula un contratto.

- se Tizio ha *l'immunità* contro il licenziamento per motivi politici, il diritto si realizza per il fatto che Caio non può licenziare Tizio per motivi politici.

Come si vede, dunque, l'analisi hohfeldiana porta alla luce una differenza interessante tra diritti (o almeno tra micro-diritti). In virtù del loro diverso contenuto, alcuni diritti vengono soddisfatti tramite una azione del titolare del diritto – il titolare del diritto li “esercita”. Mentre altri diritti vengono soddisfatti tramite una azione o astensione di altri soggetti – questi diritti non si esercitano, piuttosto vengono “goduti” dal titolare del diritto, ed eventualmente “soddisfatti” grazie a comportamenti altrui. Così, a rigor di termini, una pretesa *non si esercita*: semmai, può solo venire *soddisfatta* – una pretesa ha come oggetto non qualcosa che il titolare del diritto fa o può fare (o non fare), ma che semplicemente riceve. Lo stesso vale per l'immunità (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. Diversamente, nel caso della libertà l'oggetto del diritto è una condotta del titolare del diritto: una libertà si esercita. E lo stesso vale per il potere.

3.2. Ebbene, che aspetto ha un diritto indisponibile alla luce dell'apparato hohfeldiano? Ovviamente, tutto sta nel capire cosa significhi “disporre” di un diritto.

Cominceremo dunque dall'analizzare il concetto di un diritto indisponibile, per poi passare ai diritti indisponibili.

3.2.1. Mi pare che di un diritto si possa disporre essenzialmente in due modi<sup>18</sup>.

Per un verso, “disporre” di un diritto può significare rinunciare alla *titolarità* del diritto in questione. 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: più precisamente, un diritto disponibile, in questo senso, 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 dall’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>19</sup>. Parimenti, il titolare di un diritto di libertà bilaterale può disporre della titolarità di tale diritto e trasformarlo in una posizione di dovere oppure di divieto in relazione alla condotta che costituisce il contenuto della libertà (Tizio, titolare del diritto-libertà di attraversare il fondo di Caio, può decidere di rinunciare a tale libertà, obbligandosi a – assumendo il dovere di – non attraversare più quel fondo). Se il titolare del diritto ha questa possibilità, allora la libertà in questione è disponibile rispetto alla sua titolarità<sup>20</sup>.

<sup>18</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>19</sup> Diverso è il caso della disposizione 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. J. PENNER, *On the Very Idea of Transmissible Rights*, in J. PENNER, H.E. SMITH (edited by), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford, 2013, p. 244 ss.

<sup>20</sup> Nel testo ci si riferisce ad una libertà *bilaterale*, in quanto come già detto si tratta del modo più normale in cui una libertà può presentarsi (ovviamente anche la titolarità di una libertà *unilaterale* può essere disponibile). Ma qui bisogna evitare di cadere in una illusione ottica. Andiamo con ordine: se una libertà unilaterale è disponibile nella sua titolarità, ciò vuol dire che il titolare del diritto può trasformarla nella sua negazione – una “libertà di” può essere trasformata in un divieto, una “libertà di non” può essere trasformata in un dovere. Da ciò, però, non segue che disporre di una libertà bilaterale (una libertà che è contemporaneamente “di” e “di non”) consista nel trasformarla in una situazione simultaneamente di divieto e di dovere: non avrebbe senso. In

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: il diritto in questione è un macro-diritto che include anche il potere di estinguere il diritto stesso, e la libertà bilaterale di esercitare tale potere. Più precisamente, in virtù dell'esercizio del potere di disposizione in questione, la posizione soggettiva oggetto di disposizione viene trasformata nella posizione che ne costituisce la negazione (si veda la tabella sopra, § 3): il titolare di una pretesa disponibile può trasformarla in un non-diritto, il titolare di una libertà disponibile può trasformarla in un dovere (un dovere di non effettuare quella medesima azione che, prima dell'esercizio del potere di disposizione, era oggetto della libertà), e così via.

Per altro verso, "disporre" di un diritto può significare rinunciare (non alla titolarità, ma solo) al *contenuto* del diritto in questione. 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 – il titolare rinuncia a che si verifichi lo stato di cose in cui consiste la realizzazione/soddisfazione del diritto<sup>21</sup>.

Questo può accadere in vari modi. Ad esempio, il titolare di un diritto-pretesa (cui corrisponde un obbligo altrui) potrebbe, *di fatto*<sup>22</sup>, non sollecitare l'adempimento dell'obbligo, o non reagire all'inadempimento da parte del soggetto obbligato; in questo caso, il titolare del

realtà, si può ragionevolmente assumere che il *point* di avere una libertà bilaterale, cioè di avere una libertà di fare X e di non fare X, sia di attribuire al titolare del diritto la possibilità (la scelta) se fare X o non fare X. E per azzerare questa possibilità (questa scelta) è sufficiente che la libertà bilaterale di partenza venga sostituita da un dovere o, *alternativamente*, da un divieto. Se il titolare di una libertà bilaterale ha la possibilità di operare questa trasformazione, allora la libertà in questione è disponibile, riguardo alla sua titolarità: il titolare se ne può spogliare. In breve: disporre della titolarità di una libertà bilaterale consiste nel trasformarla in una libertà unilaterale (una libertà di fare X e di non fare X diventa solo una libertà di fare X e *non anche* di non fare X, o viceversa).

<sup>21</sup> Ovviamente può anche capitare che, a certe condizioni, un ordinamento giuridico faccia seguire al "non esercizio" del diritto la perdita della titolarità del diritto stesso. In questi casi, se il non esercizio è volontario (se è una scelta deliberata del titolare del diritto) allora ciò equivale ad un caso di disposizione della titolarità del diritto.

<sup>22</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.

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 specifici 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 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 sembrerebbe consistere, in ipotesi, solo nel privarsi della sua *titolarità* (rinunciare ad una libertà bilaterale in quanto tale, trasformandola in una posizione di dovere oppure di divieto). A ben vedere, però, ci sono altri modi in cui il titolare di una libertà bilaterale può privarsi di essa, modi diversi dalla rinuncia alla titolarità e dal semplice atto di non esercitarla.

In primo luogo, il titolare di una libertà bilaterale può disporre di essa mettendosi volontariamente nella condizione di rendere a sé stesso impossibile, o difficile, l'esercizio del diritto di libertà; ad esempio, potremmo pensare a Tizio, titolare della libertà bilaterale di iniziativa economica, che decide di privarsi di tutti i suoi beni, rendendo in tal modo improbabile o addirittura impossibile che in futuro possa esercitare la libertà di iniziativa economica in qualche forma significativa.

In secondo luogo, i diritti-libertà si presentano spesso accompagnati a pretese, che 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) che, se non soddisfatte, ren-

dono difficile o anche impossibile esercitare la libertà in questione<sup>23</sup>. Ebbene, se il titolare di una libertà bilaterale non reagisce, o si impegna a non reagire, alla mancata soddisfazione di queste pretese negative o positive funzionali a permettergli l'esercizio della libertà stessa, di fatto sta rinunciando ad esercitare il diritto di libertà. In effetti, la situazione in cui il titolare del diritto alla libertà religiosa decide di (o si impegna a) non reagire in alcun modo a possibili interferenze sull'esercizio della propria libertà religiosa potrebbe certamente essere descritta come una rinuncia ad esercitare la propria libertà religiosa, anziché semplicemente come un modo di esercitare "in negativo" la propria libertà religiosa.

3.2.2. Specularmente, un diritto può essere *indisponibile* con riferimento alla sua titolarità, o con riferimento al suo contenuto (il godimento o l'esercizio del diritto stesso). Vediamo.

Se il diritto è indisponibile con riferimento alla sua *titolarietà*, ciò significa che 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). Specificamente, il non-potere (o incompetenza) riguarda la impossibilità di trasformare il diritto nella sua negazione: il titolare di una pretesa non potrà trasformarla in una non-pretesa, il titolare di una libertà bilaterale non potrà trasformarla in un dovere o in un divieto (a carico del titolare del diritto)<sup>24</sup>. Prendiamo ad esempio il diritto alle ferie<sup>25</sup>: se il diritto alle ferie è inteso come un diritto indisponibile nella titolarità, 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 il diritto è indisponibile quanto al suo *contenuto*, possiamo nuovamente distinguere tra diritti-pretese e diritti di libertà bilaterale.

<sup>23</sup> Sulla distinzione tra "nucleo" e "perimetro protettivo" di un diritto, v. G. PINO, *Diritti*, cit., pp. 237-238; ID., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, pp. 91-93. Può essere utile a questo proposito la distinzione tra "impedimenti" e "ostacoli" all'attuazione dei diritti: cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., p. 216 s.; A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, p. 9.

<sup>24</sup> Vedi nuovamente le precisazioni fatte *supra*, nt. 20 e testo corrispondente.

<sup>25</sup> Questo esempio mi è stato suggerito dalla lettura di G. MANIACI, *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2014, p. 669 ss.

Nel caso di diritti-pretese, 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. Come abbiamo visto, infatti, in linea generale il titolare di una pretesa, a rigor di termini, non *esercita* il suo diritto: piuttosto, una pretesa viene soddisfatta semplicemente ricevendo la prestazione oggetto della pretesa stessa. Se la pretesa è disponibile, come abbiamo visto poco sopra, allora il titolare può in vari modi rifiutarsi di ricevere la prestazione. Invece, se la pretesa è indisponibile, ciò significa che il titolare semplicemente *non può sottrarsi dal ricevere* la prestazione in questione. Qui il "non può" designa una assenza di libertà: da intendersi 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 rifiutarsi di ricevere la prestazione da parte del soggetto obbligato, nel senso che non ha la libertà di impedire che il soggetto obbligato effettui la prestazione dovuta, e non ha il potere di impegnarsi a non ricevere la prestazione; forse, il titolare non ha neanche la libertà di non reagire all'inadempimento dell'obbligo (nei vari modi esemplificati sopra). Riprendendo l'esempio del diritto alle ferie, se questo diritto è inteso come un diritto indisponibile riguardo all'oggetto, 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.

Nel caso di libertà bilaterali, le libertà (a differenza delle pretese) si esercitano, ma una libertà bilaterale è ovviamente una libertà al cui titolare è rimessa la scelta se esercitarla o no: in che senso, dunque, una libertà bilaterale può essere indisponibile quanto al suo esercizio? Nuovamente, in due modi.

Per un verso, una libertà bilaterale è indisponibile quanto al suo esercizio se il titolare non può mettersi volontariamente nella condizione di non esercitare la libertà. Così, se il diritto alla libertà di coscienza e all'autodeterminazione personale sono considerati indisponibili in questo senso, allora il titolare di tali diritti non può compiere atti (quali l'assunzione di droghe pesanti, l'entrata in una setta che pratica forme di lavaggio del cervello, ecc.) che compromettano l'esercizio di quelle libertà.

Per altro verso, ricordiamo che di solito le libertà bilaterali sono circondate da un perimetro protettivo composto anche da pretese negative e positive. Se l'esercizio di tale libertà è indisponibile, ciò vuol dire che il titolare non può rinunciare alle condizioni che gli permettono di esercitare la libertà (non può volontariamente mettersi in condizione

di non esercitare la libertà). Dunque, il titolare di una simile libertà, se tale libertà è indisponibile quanto al suo esercizio, dovrà reagire (in vari modi possibili) alla mancata soddisfazione di tali pretese negative o positive da parte dei soggetti su cui ricadono gli obblighi corrispondenti.

4. Facciamo il punto. Nel discorso dei giuristi, e talvolta anche nel diritto positivo, 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 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 diritto di 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 (o meglio un insieme di 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, l'immunità è anche *la negazione* di un tipo di 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 *ha il dovere* 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). E il titolare di una libertà bilaterale indisponibile *ha il dovere* di non mettersi nella condizione di non poter esercitare la libertà. 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 (specificamente: un diritto indisponibile riguardo al suo oggetto) è, almeno in parte, un dovere (oltre che un non-potere), o meglio un insieme di doveri.

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. Detto altrimenti: il grumo di posizioni soggettive che emerge in casi come questi non genera una contraddizione logica, ma certamente dà luogo ad una situazione che non sembra congruente con la grammatica del 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 due ipotesi.

Una prima ipotesi è che i diritti indisponibili sono da considerarsi veri e propri diritti, nonostante includano anche doveri a carico del titolare del diritto. Semplicemente, una adeguata ricostruzione dei diritti indisponibili dovrebbe richiedere di dotarsi di una teoria dei diritti più ampia e comprensiva rispetto a quelle in circolazione (e di sicuro rispetto ad una strettamente hohfeldiana)<sup>26</sup>: una teoria, in particolare,

<sup>26</sup> Un approccio di questo tipo emerge in alcune teorie che includono nel concetto di diritto soggettivo anche la "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 R. CRUFT, *Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?*, in *Law and Philosophy*, 2004, IV, p. 347 ss. (spec. pp. 358-359); G. RAINBOLT, *The Concept of Rights*, Dordrecht, 2006, pp. 34-39 (dal punto di vista della *interest theory*); C. WELLMAN, *A Theory of Rights*, Totowa, 1985, pp. 93-94, 206-207 (dal punto di vista della *will theory*). Per una critica, v. D. FRYDRYCH, *Rights Modelling*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2017, I, p. 125 ss. (spec. pp. 143-146).

che consenta di includere nel concetto di diritto (soggettivo) anche i doveri, e che consenta di distinguere i diritti-doveri dai doveri “puri” (doveri, cioè, che non fanno parte di un diritto). 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 una intuizione profondamente radicata, “primitiva”, 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).

Una seconda 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*, § 3.2.2). 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.

Di contro, qualificare come “diritto” un diritto indisponibile *quanto all'oggetto* sembra fuorviante: in questi casi, in realtà, ciò che è in ballo è un dovere, puramente e semplicemente (o meglio un insieme di doveri). Ed è possibile che in questi casi si parli 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

<sup>27</sup> Si veda in proposito l'analisi, dichiaratamente priva di conclusioni, svolta in R. CRUFT, *Why Aren't Duties Rights?*, in *The Philosophical Quarterly*, 2006, CCXXIII, p. 175 ss.

importanti – attacchiamo l’etichetta di “diritti” su 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 o un insieme di doveri.

A mio modo di vedere, questa seconda 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 (diritti di solito celebrati come inviolabili, indisponibili, inalienabili...) sono in realtà ampiamente praticate e solitamente considerate lecite<sup>28</sup>.

### *Abstract*

L’indisponibilità di un diritto è considerata come un aspetto, un profilo specifico della sua inviolabilità (la forma più alta di protezione dei diritti): ad essere inviolabili sono soprattutto i diritti fondamentali, i diritti più importanti. Mentre l’inviolabilità di un diritto consiste in varie forme di protezione e di resistenza di quel diritto nei confronti dei terzi e soprattutto nei confronti dello Stato, l’indisponibilità di un diritto serve a proteggere il diritto in questione nei confronti del titolare stesso del diritto: un diritto indisponibile è un diritto di cui il titolare non si può privare, nemmeno volontariamente. Un diritto può essere reso inalienabile per ragioni di vario tipo: ragioni attinenti alla mancanza di capacità di agire di certi soggetti (minori, soggetti incapaci di intendere e di volere), o attinenti alla situazione di vulnerabilità economica e sociale di certi soggetti. E certi diritti sono considerati così importanti, così integrati nella nostra concezione di persona umana o di società giusta (la dignità personale, il diritto di voto...), che ci sembra ovvio che nessuno possa privarsi di tali diritti, nemmeno volontariamente. La domanda che intendo

<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, V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi delle personalità*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1993, p. 545 ss.; ID., *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1995, p. 991 ss.; G.S. MORRIS, *Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, I, p. 49 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, VI, p. 801 ss.

porre in questo lavoro è, all'apparenza, semplice e forse sorprendente: che cosa è un diritto indisponibile, o inalienabile? Ed è possibile che un diritto sia tale?

Inalienability is a specific aspect or feature of the inviolability of certain rights: it is primarily fundamental rights, the most important rights, that are inviolable. While the inviolability of a right consists of various forms of protection and resistance of that right against third parties and, above all, against the State, inalienability serves to protect the right in question against the holder of the right itself: the holder of an inalienable right may not divest himself of that right. A right can be inalienable for various reasons: reasons relating to agency (or lack thereof) of certain individuals, such as minors, individuals incapable of understanding and willing; or relating to the economic and social vulnerability of certain individuals. Certain rights are considered so important, so integral to our conception of the human person or a just society (personal dignity, the right to vote, etc.), that it seems only obvious that no one can deprive himself of such rights, even voluntarily. In this essay, the question I intend to ask is, at first sight, simple and perhaps surprising: what is an inalienable right? And is it possible for a right to be inalienable?

#### *Keywords*

Diritti soggettivi, diritti indisponibili, Hohfeld.

Legal Rights, Inalienable Rights, Hohfeld.