Roberto Bin

CRITICA DELLA TEORIA DEI DIRITTI

FrancoAngeli

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

REDAZIONE
Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina
Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO
Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet:
www.francoangeli.it e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Roberto Bin

CRITICA DELLA TEORIA DEI DIRITTI

FrancoAngeli

In copertina: from Cappiello's poster for *Parapluie-Revel* (1922)

Copyright © 2018 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Introduzione pag. 7

I. Che cos'è un diritto? » 9
1. Libertà e diritti » 9
2. Lo Stato di diritto e i suoi diritti » 11
3. Lo Stato sociale e le sue libertà » 15
4. Diritto soggettivo e diritto oggettivo » 20
5. Diritti e istituzione » 22
6. I diritti tra giudice e legislatore » 25

II. I diritti e i loro nemici » 33
1. Il calcolo dei diritti » 33
2. Pentole e ombrelli » 40
3. Continuità, modularità ed elasticità della protezione costituzionale dei diritti » 45
4. Di chi è il compito di bilanciare i diritti? » 51
5. Un equivoco: esistono davvero i "nuovi diritti"? » 55
6. Un altro equivoco: il principio della massima estensione dei diritti » 63

III. La c.d. "tutela multilivello" e alcuni suoi equivoci » 69
1. Sulla "coassialità" delle Carte dei diritti » 69
2. Il mercato e i diritti » 74
3. I diritti e la Corte di giustizia » 81

4. Chi paga per i diritti in Europa? pag. 87
5. Vestali senza un dio » 94
6. Troppe Corti, qualche sbilanciamento » 101

IV. I diritti umani e l'evaporazione dei diritti costituzionali » 113
1. Il controllo internazionale sul rispetto dei diritti » 113
2. *Rule of law* e diritti umani, un nodo da chiarire » 118
3. Diritti costituzionali, diritti fondamentali, diritti umani » 122
4. Diritti senza storia? La dignità dell'uomo e i suoi equivoci » 127
5. Diritti umani e globalizzazione » 131
6. Il mercato globale è necessariamente nemico dei diritti umani? » 134

Tesi e conclusioni » 141

Introduzione

È estremamente difficile evitare di cadere sotto il fascino e l'influsso magico del proprio retaggio intellettuale. Non appena riflettiamo sui nostri concetti normativi, e li analizziamo attentamente, è facile venire stregati dalla convinzione che il modo di pensarli tramandato dalla corrente principale della nostra tradizione intellettuale debba essere *il* modo di concettualizzarli[1].

Il monito che si può trarre da queste parole, di uno dei più importanti storici del pensiero politico, ben descrive le ridotte ambizioni di questo scritto. Il cui scopo non è di offrire l'ennesimo compendio dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione, così come la legislazione e la giurisprudenza li hanno sviluppati, ma di scrollare dalla teoria dei diritti l'incantesimo da cui siamo "stregati". I temi sono così importanti e densi di spessore storico che è inevitabile restare soggiogati a categorie consolidatesi da tempo, che vengono accettate e applicate senza che ci sia mai l'occasione di rimetterle al centro di un'analisi critica.

L'analisi critica si appunterà solo su alcuni temi della teoria dei diritti, che possono essere così riassunti: il risvolto ideologico della classificazione dei diritti e delle libertà; il riflesso di essa sul modo di concepire la tutela costituzionale dei diritti; l'equivoco della tutela "multilivello" e della internazionalizzazione dei diritti; la dignità dell'uomo come l'ultima Thule della difesa dei diritti in un sistema dominato dalla logica dei mercati. Apparentemente sono temi

1. Q. Skinner, *La libertà prima del liberalismo*, Torino 2001, 74.

sconnessi: essi sono stati sfiorati in alcuni scritti disseminati negli anni e hanno trovato un filo di tessitura soprattutto nei corsi che ho tenuto negli ormai molti anni di insegnamento universitario. Che questo filo sussista è quello che cercherò di dimostrare.

I
Che cos'è un diritto?

1. Libertà e diritti

Nella ormai classica monografia sulla libertà personale, Giuliano Amato pone una premessa di metodo che mi sembra utile per iniziare il percorso: «(l)e libertà, in quanto tali, restano nell'alveo del pre-giuridico, di ciò che è presupposto dall'ordinamento»; per cui le situazioni giuridiche soggettive sono soltanto quelle che ne scaturiscono quando si pretende «la rimozione degli ostacoli giuridici che si frappongono all'esercizio, in situazioni particolari, di talune libertà»[1]; di conseguenza l'attenzione «va spostata piuttosto sui poteri capaci di penetrare questo o quell'aspetto della sfera individuale, poiché sono essi in effetti l'oggetto primario delle norme in materia di libertà»[2]. Questi poteri non sono forgiati tanto dai principi con cui l'ordinamento costituzionale enuncia i principi di libertà e i diritti, ma in massima parte sono frutto «dell'*habitus* e degli schemi logici e culturali» prodotti dall'esperienza storica[3].

La chiave storica con cui le *libertà* vanno lette serve anche e a maggior ragione per affrontare il tema dei *diritti*. La distinzione tra le due categorie – che risale quantomeno alla rivendicazione del

1. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 9.
2. Ivi, 12.
3. Ivi, 13.

diritto al lavoro che dominò la rivoluzione del 1848 in Francia[4] – è però tutt'altro che chiara e forse nelle prossime pagine emergeranno, se non elementi chiarificatori, almeno le ragioni della poca chiarezza. Se per le libertà si può accettare per il momento la premessa della loro collocazione nell'alveo del pre-giuridico – in uno spazio forse mitico che evoca lo "stato di natura" – altrettanto non può ripetersi per i diritti, almeno per come sono usualmente concepiti. Per le prime, suggerisce Amato, è necessario guardare non tanto ai contenuti, ma agli strumenti con cui vengono limitate; per i secondi è vero l'esatto opposto, in quanto la loro origine sta in pretese specifiche (sicurezza, salute, istruzione ecc.) a cui corrispondono specifiche prestazioni fornite dagli apparati pubblici. La storia ci dice come le autorità abbiano conformato le libertà condizionandone o limitandone l'esercizio, definendone così i contenuti; la storia ci dice altresì come le pretese rivolte dalla società alle autorità abbiano ricevuto riconoscimento e come ad esse si sia risposto configurando apposite prestazioni e riconoscendo corrispondenti diritti.

Troppo banalmente si è legata a questa distinzione la contrapposizione tra diverse "generazioni di diritti"[5], e in particolare la distinzione tra diritti "liberali" e diritti "sociali", diritti "negativi" e diritti "positivi", diritti che "non costano" e diritti che "costano". Si tratta di contrapposizioni prive di alcuna forza analitica, fortemente intrise di ideologia[6] e perciò comprensibili e interessanti solo in una

4. Sul tema è fondamentale l'*excursus* storico di P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Encicl. dir.*, Annali II, 2, 2008, 365 ss., e, con particolare riferimento alla nascita del diritto al lavoro, 390 ss. Sulle radici storiche dei diritti sociali nella Rivoluzione francese, sin dalla Costituente del 1789, cfr. il saggio di M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, vol. CXLVII (1954), 50 ss.

5. Su cui, tra i tanti, cfr. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, I, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino 2006², 5 ss., e ora G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, 190 ss.

6. Come hanno brillantemente dimostrato S. Holmes e C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000 (su questo tema si ritornerà nei paragrafi successivi). Più volte nel testo impiego il termine 'ideologia' per intendere false rappresentazioni che deformano la comprensione dei fenomeni legati ai diritti e alle libertà. Sono *frame* concettuali che strutturano il nostro modo di concepire i fenomeni e i "fatti", spesso prevalendo su di essi.

prospettiva storica, perché contrassegnano modi diversi, succedutisi nel tempo, di concepire le funzioni dello Stato e i rapporti tra individuo e autorità.

Non voglio precorrere le considerazioni relative al "costo" dei diritti e le questioni legate al loro bilanciamento (vedi § II.1). Serve però anticipare un chiarimento, anche per evitare che si incominci con il piede sbagliato un percorso critico nel complesso campo dei diritti. La premessa di Giuliano Amato, per cui è ai limiti imposti dall'autorità che bisogna volgere l'analisi e non al supposto contenuto dei diritti di libertà, non deve essere fraintesa: non significa affatto che la «esigenza di sicurezza personale»[7], da cui traggono origine le libertà c.d. "negative", non si accompagni ad una pretesa di prestazione "positiva" delle autorità pubbliche. Tutt'altro, questa è un offuscamento delle vicende storiche provocato dalla ideologia liberale e dal travisamento che essa ha prodotto nella teoria dello Stato di diritto, dei suoi compiti e delle libertà da esso tutelate.

2. Lo Stato di diritto e i suoi diritti

Sono stati il liberalismo economico e la sua teoria dello "Stato minimo" a recidere le radici storiche e culturali del *Rechtsstaat* e a perdere la memoria delle pretese sociali a cui esso fungeva da risposta. L'origine non era la rivendicazione di *libertà* contro l'autorità pubblica, ma, tutto all'opposto, la richiesta che essa soddisfacesse una precisa esigenza sociale, quella della sicurezza della persona e dei suoi beni. Ad essere invocate erano perciò anzitutto una serie di *prestazioni* dello Stato e del suo diritto, consistenti nella garanzia di eguaglianza degli individui nel godimento dei diritti e nella protezione delle libertà e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato da altri individui[8]. Lo Stato veniva invocato come baluar-

Quanto essi siano attivi nel dibattito politico (e – aggiungerei – giuridico) è ben mostrato da G. Lakoff, *La libertà di chi?*, Torino 2008.

7. G. Amato, *Individuo e autorità*, 20.

8. Cfr. E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26 (ora tradotto da A. Mangia, Milano 2011); W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960, 7 ss., 22 ss.

do della sicurezza dei cittadini, «per mettere il debole al riparo dagli attentati del forte»[9], perché non lo Stato, ma la società, il popolo, la prepotenza dei privati costituivano la minaccia per gli individui.

Non esagera perciò Carl Schmitt[10] nel riconoscere in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, rovesciando il pensiero dominante che ne fa invece il teorico dell'assolutismo per antonomasia. Si dimentica così come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel pensiero di Hobbes e costituissero l'unica ragione che giustificava la concentrazione nel sovrano del potere e dell'uso della forza[11]. Quello era il primo obiettivo del contratto sociale immaginato da Hobbes ed era anche il primo riconoscimento del ruolo "costituzionale" dei diritti. Il problema di come lo Stato debba esercitare il potere e quanto possa limitare le libertà individuali viene dopo, sorge solo una volta che l'autorità pubblica abbia ormai conseguito il primo risultato invocato, quello di porre sotto controllo l'esercizio del potere privato. Ben si spiega perciò perché la cultura giuridica dell'illuminismo dell'Europa continentale abbia posto come prima tappa del suo programma riformatore la codificazione penale e civile – ossia la riscrittura delle regole che proteggono la vita e i beni degli individui contro le aggressioni e le prepotenze di altri individui, di chi esercita il *potere privato* – e solo dopo la codificazione costituzionale, come regola che delimita il *potere pubblico*[12]. Com'è stato ben spiegato, la legge – la legge dello Stato – riveste un significato centrale per la teoria dello Stato di diritto, perché è «il tramite indispensabile della libertà» e costituisce per l'individuo «l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio»[13]. Di ciò si trova conferma nello stesso modello kantiano, anche oggi così spesso evocato ma forse non sempre attentamente esplorato: «la nascita del diritto è legata

9. Sono le parole di Siéyès, riportate da M. Mazziotti, *Lo spirito*, cit., 54.

10. Cfr. C. Schmitt, *Die vollendete Reformation* (in *Der Staat*, 1965, 51 ss.), tr. it. di C. Galli in *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 147.

11. Cfr. F. Tönnies, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925³, 221 ss. N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino 1989, 59.

12. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna,* Bologna 1976, 485 ss. Cfr. anche W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 16 ss.

13. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano 2002, 94.

alla sistematica prevenzione dell'interferenza privata, unilaterale, nell'intento di garantire la libertà e l'indipendenza degli individui da ciascun altro»[14]. È la protezione degli individui dalla prepotenza esercitata da altri individui, e perciò l'imposizione di un ordine alla «società civile», il programma da cui ha preso avvio la storia dello Stato di diritto e delle libertà da esso protette.

Storia che poi ha preso strade diverse e non sempre rettilinee. Ma, nel suo preludio, la teoria dello Stato di diritto non predicava affatto il distacco netto dello Stato, detentore del potere pubblico, dalla società civile. La protezione della sicurezza dei cittadini è una *prestazione* fondamentale richiesta alle autorità pubbliche[15]. E del resto le prime teorizzazioni del *Rechtsstaat* neppure contemplavano alcuna rigida delimitazione delle finalità dell'azione del potere pubblico. La classica contrapposizione con il *Polizeistaat* guardava all'aspetto dispotico dell'esercizio del potere, non al perseguimento del benessere dei sudditi cui tendeva la sua azione politica: riguardava i *modi* in cui lo Stato agiva, non le sue *finalità*. Come si chiedeva polemicamente lo stesso Mohl[16], chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini?

14. Così G. Palombella, È *possibile una legalità globale? Il* Rule of law *e la* governance *del mondo*, Bologna 2012, 217.

15. Giustamente osserva G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1970, 56 ss., criticando le tesi di Leisner (cit. alla nota 8) che la contrapposizione pubblico-privato mal si adatta al sistema giuridico pre-rivoluzionario. Ma ciò non fa che confermare che il fissarsi di questa contrapposizione al centro del pensiero liberale dell'800 ha creato una distorsione nella percezione della funzione storica della rivendicazioni dei diritti.

16. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. I, Tübingen 18663, 5, n. 1. Che la teoria del *Rechtsstaat* non fosse affatto incompatibile con i compiti di «polizia» è ampiamente dimostrato da H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, 779 ss.; G. Dietze, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht*, *Festschrift fur Gerhard Leibholz zum 65. Geburstag*, II, Tübingen 1966, 26-29; E. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65.Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 55. Ne era consapevole anche la dottrina italiana, quando l'espressione divenne «di moda»: cfr. L. Raggi, *La parabola di un concetto*, Camerino 1921 (estratto dall'*Annuario dell'Università* 1907-1908), 6. Quanto alla letteratura francese, basta leggere le pagine critiche di M. Mazziotti, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 53 ss., per misurare come gli stessi protagonisti delle Rivoluzione siano stati "riletti" attraverso le lenti dell'ideologia liberistica.

La drastica delimitazione dei compiti dello Stato, che porta con sé il netto rifiuto di ogni intervento mirato al *Wohlfahrt* dei cittadini, è quindi un'aggiunta ideologica spuria e posteriore, che corrisponde a una fase successiva in cui la sicurezza interna e esterna erano traguardi ormai da tempo acquisiti e perciò l'intervento dello Stato non era più apprezzato dall'*establishment* borghese. È solo a questo punto che s'impone una visione dello Stato di diritto distorta dall'ideologia liberale, la quale postula una rigida separazione dello Stato dalla società civile: le istituzioni pubbliche hanno solo il compito di difendere l'ordine che la società si è data, non certo di cambiarlo; l'*ordine sociale* è il prodotto dei rapporti che s'instaurano «spontaneamente» nella società; su di esso il potere pubblico non può intervenire se non per garantirne la protezione da aggressioni esterne, per assicurarne la stabilità e impedire con tutti i mezzi ogni tentativo di sovvertirlo attraverso l'azione politica. In questa prospettiva gli stessi diritti fondamentali appaiono come preesistenti allo Stato: non sono costituiti dallo Stato ma, da un punto di vista giuridico, sono anteriori ad esso. Lo Stato di diritto si ritira nel suo recinto, riconosce solo quella parte del diritto che regola l'azione del potere esecutivo, di cui la legge costituisce fondamento e limite – limite vigilato dalla giurisdizione[17]. Quanto ai diritti, le libertà fondamentali «contengono solo le norme negative che demarcano (in forma escludente) le competenze dell'azione statale»: non è la legge a dare forma ai diritti, ma sono i diritti che delimitano i contenuti della legge[18]. Che la legge non superi il suo perimetro è una fondamentale esigenza garantita dalle severe regole della rappresentanza parlamentare, da un suffragio censitario debitamente ristretto; e che il suffragio resti ristretto è assicurato dalla repressione armata di ogni rivendicazione sovversiva del suffragio universale. Solo così il «sommo bene» del mantenimento dell'ordine sociale *spontaneamente* stabilito dalla società può essere difeso dalle indebite ingerenze della politica e della sua roccaforte, lo Stato.

17. Cfr. L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869², 297 ss.

18. Così, criticamente, E.-W. Böckenförde, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in *Stato, costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano 2006, 152 ss..

Ciò non di meno, le libertà individuali regolate e garantite dalle leggi dello Stato restano condizionate dalle prestazioni delle autorità pubbliche[19]. Gli apparati repressivi dello Stato, dalla polizia alle carceri, dalle istituzioni giudiziarie all'esercito, sono le condizioni grazie alle quali la tutela della proprietà, delle libertà e degli assetti sociali sono garantite. «Le libertà dei singoli comportano costi a carico di tutti»[20], ma l'ideologia liberale punta i riflettori solo agli aspetti "negativi" delle libertà[21], quelli che emergono nella dialettica individuo – autorità. Il palcoscenico su cui le libertà "negative" svolgono la loro parte è organizzato e garantito da un dispendioso apparato pubblico che assorbe larga parte del bilancio dello Stato; così come la libera iniziativa economica dei privati e la libertà di commercio sono rese possibili dalle opere pubbliche, dalle reti stradali e poi ferroviarie che unificheranno il mercato interno, come oggi si direbbe – «un pubblico servizio, compiuto per necessità sociale, da chi rappresenta i generali bisogni della umana convivenza»[22].

3. Lo Stato sociale e le sue libertà

È però vero anche l'inverso: il diritto alla prestazione non assorbe tutte le implicazioni dei diritti sociali, perché residua pur sempre una componente di libertà "negativa". È una componente, un margine, più o meno esteso, ma mai del tutto assente. Il diritto all'istruzione pubblica, per esempio, porta con sé la richiesta di potersi sottrarre all'insegnamento pubblico e scegliere invece l'educazione privata; il diritto alla assistenza sanitaria pubblica non solo s'accompagna al diritto "negativo" di rifiutare le cure, ma anche a quello di optare per cure

19. È quella che G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 163, chiamerebbe «dimensione espansiva dell'inviolabilità dei diritti fondamentali».

20. S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo*, cit., 231.

21. Classico è il contributo di I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano 2000, come oramai classiche sono anche le critiche mosse alla sua distinzione tra libertà negativa e libertà positiva da G.C. MacCallum jr., *Negative and Positive Freedom*, in *The Philosophical Review*, Volume 76, 1967, 312 ss.

22. S. Spaventa, *Lo Stato e le ferrovie. Scritti e discorsi sulle ferrovie come pubblico servizio (marzo-giugno 1876)*, a cura di S. Marotta, Napoli 1997, 98.

sanitarie erogate da strutture private; il diritto alla previdenza sociale non esclude affatto che ci si rivolga a forme di assicurazione privata.

Sottoposto a analisi accurata, l'impasto dei diritti "positivi" rileva gli stessi ingredienti dell'impasto delle libertà "negative": vi è una componente di tutela dell'autonomia individuale, che richiede non interferenza nelle scelte personali (così come voglio essere libero di parlare, voglio anche essere libero di curarmi se e dove voglio); vi è una componente di obbligo di solidarietà, che impone alle persone di non sottrarsi ai vincoli sociali nel perseguire i propri interessi egoistici (si pensi all'interesse generale che grava sull'esercizio di ogni libertà e sulla stessa proprietà privata, così come giustifica l'obbligo di contribuire alla spesa sanitaria o a quella previdenziale in misura che può essere ben maggiore a quanto servirebbe a garantire sé stessi); vi è infine una componente di prestazione pubblica, che assicura condizioni di relativa sicurezza sia nel godimento delle libertà e della proprietà, sia nella prospettiva della sicurezza sociale e della parità dei punti di partenza. Gli ingredienti sono gli stessi, ma i dosaggi?

I dosaggi sembrano variare di molto. Ma forse questa è solo un'impressione, o addirittura un disturbo visivo, un offuscamento causato dal velo cataratticco dell'ideologia. Così come siamo abituati a vedere le libertà individuali sconnesse dal contesto delle garanzie prestazionali che ne consentono il godimento, in modo analogo noi vediamo i diritti sociali come interamente sorretti dalle prestazioni pubbliche e dalle necessarie risorse finanziarie messe a disposizione dallo Stato. Ma è una percezione inesatta, frutto di alcuni schemi precostituiti che ben si possono definire ideologici, che ci portano a prefigurare ciò che vediamo. Se parliamo della libertà di espressione o di riunione non abbiamo bisogno di interrogarci su chi sia il destinatario della nostra pretesa: è il potere pubblico, a cui rivolgiamo la richiesta di non intralciare l'esercizio della nostra libertà. Se invece parliamo del diritto all'istruzione o alle cure mediche il discorso si fa poco pregnante, resta semplicemente l'enunciazione di un "bisogno", sinché non individuiamo il destinatario della pretesa[23]. Il

23. Cfr. per questa distinzione R. Cover, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, in 5 *J.L. & Religion* (1987), 65 ss., 71.

destinatario è la collettività, è al dovere di solidarietà che facciamo appello.

A questo punto però le due linee convergono[24]. L'obbligo di solidarietà, che la Costituzione impone a tutti come l'altra faccia dei diritti inviolabili (art. 2), si coniuga con il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, secondo la regola della progressività (art. 53 Cost.): e la spesa pubblica, come si è visto, condiziona il godimento di qualsiasi libertà o diritto. Garantire un diritto significa distribuire risorse, e le libertà dei singoli comportano costi a carico di tutti[25]. I due aspetti non possono essere separati e rappresentano i termini entro i quali si realizza la tutela di ogni diritto: su un lato stanno scritte le garanzie del diritto e i limiti entro i quali l'azione dello Stato deve trattenersi, sull'altro le prestazioni che lo Stato s'impegna ad erogare per garantire l'esercizio del diritto e della libertà e i limiti del suo impegno; sul primo lato vengono segnati gli interessi pubblici e le esigenze collettive che possono essere invocati per delimitare l'esercizio della libertà in questione, e sul lato opposto vengono inseriti gli spazi di autonomia individuale che le prestazioni pubbliche non possono invadere. La riserva di legge copre ognuno di queste componenti: i limiti alla libertà, ovviamente, ma anche le decisioni di bilancio che definiscono i termini dell'impegno finanziario dello Stato; i tributi e i contributi che sono richiesti ed anche le eventuali esenzioni dall'obbligo di contribuzione alle spese dello Stato.

Su quest'ultimo aspetto merita richiamare l'attenzione, perché, essendo apparentemente (ossia, ideologicamente) sconnesso e lontano dal discorso sui diritti, tutto concorre a distogliere l'attenzione

24. Vi sarebbe però anche un'altra linea di convergenza, tratteggiata da Crisafulli in un lontano scritto (*Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.* 1954, I, 73 ss., 78): essa pone le libertà e i diritti sociali garantiti dalla Costituzione non solo sulle spalle degli organismi pubblici, «ammettendo o tollerando tacitamente che quei diritti possano viceversa essere impunemente limitati o addirittura annullati, dall'autorità privata, nelle relazioni tra soggetti privati». Una visione così ridotta delle garanzie dei diritti costituzionali sarebbe – osserva Crisafulli – l'erede della teoria dei diritti di epoca liberale, non più adeguata alla «visione integrale del cittadino» che emerge dalla Costituzione e, in particolare, dall'art. 2.

25. Cfr. S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo*, cit., 119 ss. e 231.

dalle strette connessioni che intercorrono tra diritti e esenzioni fiscali. Quando si parla dei diritti sociali e delle prestazioni pubbliche, è immediato metterli in stringente relazione con le implicazioni finanziarie di ognuno di essi. Lo Stato spende porzioni importanti delle risorse pubbliche per sostenere ognuno di questi diritti, cioè per finanziare i servizi e le prestazioni previste dalla legge. Siccome sono diritti "che costano", è quasi immediato immaginare che chi si procura con i propri mezzi le prestazioni ad essi connesse abbia diritto di detrarre dalle tasse almeno parte della spesa sostenuta. La legge perciò provvede a individuare le modalità e le percentuali di queste detrazioni: lo può fare solo la legge e non è ammessa interpretazione analogica o espansiva di queste norme, costruite come norme speciali che derogano al principio generale della tassazione. Si può persino giungere a chiedere allo Stato di "restituire" al privato una porzione della ricchezza che gli è sottratta dalla tassazione e che è destinata a sorreggere lo specifico servizio pubblico se la legge riconosce l'equivalenza delle prestazioni che il privato intende gestire in autonomia. La scuola paritaria è il teatro tipico di queste rivendicazioni e il principio di sussidiarietà orizzontale è il loro supporto teorico: «lo Stato non faccia ciò che può fare il privato» non è mai soltanto rivendicazione di maggiore autonomia per l'iniziativa privata, perché si accompagna per lo più a una più o meno aperta richiesta che sia la fiscalità generale a coprire i costi dei servizi pubblici essenziali, quale ne sia la forma di erogazione.

Lo stesso ragionamento che si applica correntemente ai diritti sociali non sembra valere invece per quanto riguarda le prestazioni che rendono possibile l'esercizio delle libertà individuali. Se io organizzo una manifestazione pubblica – per esempio un incontro sportivo – non posso certo detrarre dalle tasse le somme necessarie ad assicurare che non venga turbato l'ordine pubblico: è considerato pacifico che i costi ingenti del servizio di sicurezza attorno agli stadi gravino sulla finanza pubblica[26], ma sicuramente non è detraibile

26. In una relazione svolta da M. Passariello, dirigente della Polizia di Stato, al Convegno su "*La Polizia di Stato per lo Sport: sicurezza e sostenibilità*", organizzato nell'ambito EXPO il 25 agosto 2016, si riporta questo dato eloquente: negli ultimi dieci anni nella sola Lombardia il costo relativo all'impiego della polizia nelle partite di calcio ha superato la cifra di 173 milioni di euro (senza contare

il costo del "servizio d'ordine" del corteo ed è ancora lontano da essere accettato che gravino sulla associazione sportiva i costi della sicurezza attorno agli stadi[27], né che questi siano in qualche modo detraibili. Se io posso detrarre il costo di una visita medica specialistica presso una struttura privata, ed anche quello di un'assicurazione sanitaria complementare, altrettanto non posso fare se decido di blindare la porta di casa, di acquisire il servizio di vigilanza privata o stipulare una polizza di assicurazione contro i furti. Eppure anche queste sono prestazioni pubbliche che io surrogo, per ottenere o rafforzare quelle condizioni di sicurezza personale che sono il presupposto del godimento delle mie libertà più gelosamente individuali. È solo con la legge di stabilità 2015 (legge 190/2014) che sono diventate (parzialmente) detraibili le spese per rendere più sicura l'abitazione, ma solo perché entrano in un "pacchetto" di incentivi per la ristrutturazione degli edifici, acquisto di mobili e altre misure rivolte al rilancio del settore. Non si parla di costo dei diritti e di "sussidiarietà" nella loro erogazione. Che la sicurezza personale sia parte (la parte prestazionale) della libertà è una prospettiva che non è ancora presente e, comunque, non c'entra con questo tipo di benefici fiscali.

i 1.549 agenti feriti). Il decreto-legge 8/2007, attuato dal decreto del Ministro dell'Interno 8 agosto 2007, ha introdotto la figura degli *steward*, organizzati dalle società organizzatrici, che però collaborano con la pubblica sicurezza, e non la sostituiscono, nel solo ambito dell'impianto sportivo.

27. Quando il parlamento si accinse a introdurre nella legge di conversione del decreto-legge 119/2014 sulla sicurezza degli stadi, un emendamento che prevedeva che una percentuale minima della vendita dei biglietti fosse destinato al mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico e, in particolare, alla copertura dei costi delle ore di lavoro straordinario e dell'indennità di ordine pubblico delle Forze di polizia, i club sportivi di serie A ne chiesero la soppressione, «in quanto prefigurante – si legge dal comunicato approvato dall'assemblea straordinaria – l'introduzione di una vera e propria tassa posta soggettivamente a carico delle sole società sportive organizzatrici degli eventi per la fornitura di un servizio pubblico (il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico in occasione di eventi e manifestazioni) non opzionale ma previsto per legge nell'interesse dell'intera collettività e, come tale, in palese contrasto col principio di uguaglianza e l'obbligo generale di contribuzione alla spesa pubblica sanciti dagli articoli 3 e 53 della Costituzione della Repubblica Italiana». La loro protesta non impedì l'approvazione dell'emendamento (vedi l'emendamento *c-bis* apportato all'art. 3 del decreto legge dalla legge 146/2014), ma il dPCM di attuazione risulta mai emanato.