

Esiste un “diritto” a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola “diritto”) (*)

Lucio Pegoraro

Abstract

Il saggio analizza preliminarmente i vari significati della parola “diritti”, nel linguaggio comune e in quello giuridico, nonché nella concezione “interna” (o nazionale), e in quella comparatistica, soffermandosi in particolare sul fatto che il concetto di “diritto soggettivo” non presuppone necessariamente una qualificazione normativa in tal senso. In seguito, confuta la tesi che si possa configurare un “diritto a una buona amministrazione”, in quanto l’amministrazione (buona) è precisamente un prius dell’organizzazione sociale e statale, e questa esigenza si traduce nella previsione di singole e più limitate rivendicazioni di diritti (all’informazione amministrativa, all’intervento nel procedimento, ecc.). Tuttavia, la dottrina può costruire una classe più ampia di queste situazioni reputate meritevoli di tutela nella formula “diritto a una buona amministrazione”, che, a volte, viene recepita anche a livello giurisprudenziale o normativo.

1. Premessa: una giornata piena di “diritti”

Desidero iniziare queste mie brevi considerazioni sul c.d. diritto a una buona amministrazione con alcune domande retoriche.

Alla mattina, quando mi sveglio, ho “diritto” di scendere dalla parte del letto che preferisco? E subito dopo, di farmi o non farmi la barba, e, se decido di farla, di usare un rasoio manuale oppure elettrico? Ho “diritto” di bere caffè invece che latte? Di indossare scarpe nere oppure marroni? Ho “diritto” ad andare in Università a piedi o in bicicletta? Ho “diritto” a non essere investito da un automobilista in-

(*) Relazione presentata alle “Jornadas internacionales sobre el derecho a la buena administración y la ética pública”, Málaga, 21 e 22 gennaio 2010.

disciplinato? E se il traffico è rumoroso, ho “diritto” al silenzio e a un po’ di pace?

Una volta arrivato, quello di leggere i libri che voglio è “diritto”? Che i libri della biblioteca siano al loro posto, è un mio “diritto”? Di avere la convocazione per il consiglio di Facoltà almeno cinque giorni prima, lo è? E che la burocrazia universitaria non mi intralci continuamente con richieste di moduli, di firme, di adempimenti estenuanti? È “diritto” quello di avere i finanziamenti regolarmente ottenuti in tempi ragionevoli? Più in generale, è “diritto” quello a che le ricerche siano supportate e sostenute anche economicamente? È “diritto” quello di avere risposta dal Preside o dagli Uffici a una mia richiesta inoltrata per iscritto?

Se, nella breve pausa meridiana, ascolto un telegiornale, ho “diritto” a che un esponente del governo non dica menzogne? Se cambio canale, ho “diritto” di ascoltare almeno una volta tanto la voce dell’opposizione? È un mio “diritto” che il vicino rispetti il divieto di fumare? Ho “diritto” a una informazione democratica e pluralista? Ho “diritto” alla democrazia? Ho “diritto” a uno Stato di diritto?

Quando, stanco, torno a casa, dopo aver dato un euro a un immigrato fuggito dalla fame e dalla guerra (ha “diritto” a vivere un po’ meglio – mi dico – condividendone le sofferenze!) penso all’inquinamento e al vertice di Copenhagen: ho “diritto” a un ambiente migliore? Le cose non vanno proprio bene, penso ascoltando le notizie sulla politica italiana. Ho “diritto” a essere amministrato meglio? Intanto, mi consolo cercando di guardare una partita della mia squadra, ma la trasmettono criptata. Avrei “diritto” a un po’ di benessere, il che renderebbe la mia vita più “degn”, e la mia serata più felice?

Emotivamente, mi sentirei di dare a tutte le domande la risposta: “sì”. A sentire l’uso che si fa della parola “diritto”, parrebbe che la mia giornata e la mia vita altro non siano se non una interminabile sequela di diritti.

Eppure le ipotesi sopra elencate, un po’ a casaccio e con un po’ di ironia, sono spesso assai diverse tra loro. Nonostante Jellinek e quelli dopo, non mi pare ci sia molto ordine in un campo – il lessico di “diritti” – che tanti studi e tante discussioni non hanno ricondotto a un *idem sentire*, e dove mi pare che la confusione regni ancora sovrana.

Soprattutto là dove non si facciano le debite distinzioni tra accezioni “dogmatiche”, o “interne” e “ordinamentali”, e accezioni “teoriche”, o “esterne” e “comparatistiche”.

2. *I vari sensi della parola “diritto”*

Preliminarmente, va ricordato che non sempre, nel formante normativo, una situazione giuridica di favore viene indicata con un sostantivo, al quale corrisponde un preciso *nomen iuris* (diritto, libertà, potere, facoltà, interesse legittimo, interesse diffuso, ecc.), accompagnato eventualmente da una qualificazione (civico, politico, umano, sociale, fondamentale, ecc.). Talora, infatti, l’asserzione che un soggetto ha un diritto viene determinata attraverso collegamenti tra norme o frammenti di norme, come ben hanno evidenziato Hart, Ross e poi Scarpelli¹; spesso, le formule utilizzate sono del tipo “nessuno può essere distolto dal giudice assegnatogli per legge”; o “nessuna pena può essere comminata se non in base alla legge”, o “il segreto della corrispondenza è inviolabile”, o simili. Ancora: qualche volta viene utilizzato il definente basilare di “diritto”, e cioè “dovere”, come dove sta scritto che “è dovere dello Stato assicurare un’istruzione adeguata a tutti i cittadini”. In questi casi, compete alla dottrina e alla giurisprudenza qualificare la situazione protetta come “diritto”, individuare – dove occorra – le corrispondenti situazioni giuridiche di sfavore (doveri, obblighi), stabilire se il “diritto” in questione vada ascritto a una particolare tipologia e ricavarne le conseguenze quanto al livello di protezione e tutela, di efficacia immediata (o meno), e via dicendo².

(1) Di H.L.A. HART v. almeno *The Ascription of Responsibility and Rights*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-49, rist. in AA.VV., *Logic and Language*, 1st series, a cura di A. Flew, London, Blackwell, 1951, trad. it. *L’ascrizione di responsabilità e di diritti*, in *Contributi all’analisi del diritto*, a cura di V. ROSINI, Milano, Giuffrè, 1964, p. 3 ss.; di A. ROSS, oltre ad alcune pagine in *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, spec. p. 149 ss., il famoso saggio *Tū-Tū*, pubblicato anche in italiano in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, p. 165 ss.; di U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Pliniana, 1992, p. 37 ss.

(2) Possono servire, naturalmente, le *rubricae legis* sotto le quali siffatte situazioni

Chi volesse usare la parola “diritto” non avrebbe dunque difficoltà a configurare come diritti, ad es., tutte le situazioni giuridiche di favore che conseguono alla pretesa a che venga rispettato un codice penale (ho diritto a non essere ucciso, ho diritto a non essere derubato, ecc.), o prescrizioni amministrative come il divieto di fumo in un locale pubblico. Parimenti, chi ami usare (e abusare) della medesima parola può ricavare i diritti da qualsiasi prescrizione di prestazioni a carico dello Stato o di terzi.

I punti che intendo toccare, per dire se secondo me esiste o non esiste, e dove se mai esiste, un “diritto a una buona amministrazione”, riguardano la coincidenza (o meno) tra: “diritto” nel senso comune e nel senso giuridico (§ 2.1); “diritto” in senso “interno”³ e in senso “comparatistico” (§ 2.2); e “diritto” nel significato positivisticò e nel senso ideale (§ 3.3).

2.1. “Diritto” nel senso comune e nel senso giuridico

Ciascuna comunità scientifica ha i suoi linguaggi specializzati, e si fa capire al suo interno⁴. Ad esempio, oltre che uno o più significati nel

sono catalogate; anzi, poiché non sempre si rinviene nei testi costituzionali o legislativi una qualificazione di una singola fattispecie di favore quale “diritto” (o altro), talora proprio i riferimenti a categorie generali operati dalle rubriche delle parti, dei titoli, dei capitoli, delle sezioni nei quali un testo è scomposto possono guidare nell’opera di classificazione.

(3) Uso qui le parole “in senso interno” da un punto di vista diverso da quello impiegato da U. SCARPELLI, in vari scritti, tra cui la voce *Metodo giuridico*, nell’*Enciclopedia Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1972, p. 418, ovvero con riferimento alla prospettiva da cui si osservano le norme: punto di vista “interno” rispetto ad esse è, per questo Autore (e altri), quello di chi le assume, rispetto a un ordinamento giuridico, “a guida della condotta e criterio di valore”, mentre punto di vista “esterno” è quello per il quale “l’esperienza è concepita quale insieme di fatti, collegati da relazioni causali, dialettiche, ecc.”. (Cfr. anche la critica di R. GUASTINI, *Conoscenza senza accettazione*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 407 ss.).

(4) L’ascrizione di significato a un termine è condizionata da vincoli fattuali, i quali escludono che possano essere utilizzate attribuzioni di significato a “diritti” non ricomprese, se pure latamente, nella pur vasta gamma accettata dagli usi linguistici correnti. Vanno pertanto escluse, nella ricerca di un nocciolo duro di significato, e nella parallela riduzione della loro “frangia grigia” o “zona di penombra”, utilizzazioni non conformi a quelle impiegate nei nostri linguaggi specializzati, o che a essi sono comunque ec-

linguaggio comune, le parole “norma” o “regola” hanno sensi diversi, o quanto meno non del tutto coincidenti, se le si usino in fisica, in diritto, in scienza politica. I problemi sorgono soprattutto quando si usano senza consapevolezza (o, peggio, in modo mistificante) linguaggi specializzati di altre scienze, cercando di farsi capire nella propria comunità⁵.

Nel caso di “diritti” – uso qui la parola al plurale per evitare ogni ambiguità⁶ rispetto alla parola “diritto (oggettivo)” – non mi pare che ci sia il concreto rischio di commistione con linguaggi specializzati diversi da quello giuridico, diversamente da quanto accade con molti vocaboli utilizzati da altre scienze giuridiche⁷ o da scienze in qualche misura contigue, come la sociologia o la scienza politica (es.: “federalismo”, “potere”, “controllo politico”, ecc.)⁸.

centriche. Un secondo problema si connette all'esistenza di vocaboli assonanti in altre lingue, parimenti usati per significare fenomeni *lato sensu* assimilabili a quelli che designano “diritti” nell'esperienza comparata.

(5) Per un inquadramento generale, v. U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, voce del *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, 1969, vol. XVI, e ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. PINTORE, Milano, Giuffrè, 1985.

(6) O indeterminatezza dell'intensione (senso, connotazione). In altre lingue, come l'inglese o il tedesco, il problema di confondere il diritto oggettivo con quello soggettivo neppure si pone, data la differenza tra i vocaboli rispettivamente usati.

(7) Sul perché si ragioni non già di “scienza giuridica”, bensì di “scienze giuridiche” cfr. A. FEBBRAJO, voce *Scienze giuridiche*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fisher*, *Diritto* 2, cit., p. 432 ss., sulla scorta delle argomentazioni sviluppate da N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 139 ss.

(8) Rinvio, per un esempio, riguardo a “controllo”, al mio *Semántica de “control político” (elementos reconstructivos para un análisis comparado)*, in J.L. PRADO MAILLARD (a cura di), *El control político en el derecho comparado*, Granada, Comares, 2010, p. 137 ss., e in generale a *Comparación jurídica y uso “externo” de las otras ciencias*, in C. AGURTO GONZALES, S.L. QUEQUEJANA MAMANI (a cura di), *Estudios de derecho civil*, vol. I, Lima, Motivensa editora jurídica, in corso di pubblicazione. Sulle connotazioni di “federalismo” o di *devolution*, sia a livello dottrinale che normativo e politico, v. ad es. i miei *Federalismo, regionalismo, descentralización. Una aproximación semántica a las definiciones constitucionales y doctrinales*, in *Pensamiento Constitucional*, n. 8, 2001, p. 383 ss. e in L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Ciudad de Mexico, Porrúa, 2006, p. 233 ss.; *El debate sobre el federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001*, in *Revista peruana de Derecho público*, n. 3, 2001, p. 87 ss.; *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costi-*

Viceversa, l'imprecisione con cui il termine è spesso usato dai costituzionalisti denuncia la commistione del linguaggio tecnico con quello comune.

Quando si usa la parola "diritto" (in senso soggettivo), spesso accompagnandola con aggettivi conseguenti a varie tipologie classificatorie, la "tentazione di sbrigare il problema semiotico semplicemente in chiave di forza emotiva della parola"⁹ non è spesso estranea a buona parte degli studiosi attratti dalle sirene del giusnaturalismo, dell'idealismo e dell'assolutismo assiologico che ne consegue.

"La parola 'diritto' – ricorda Scarpelli¹⁰ – "si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa, sino a costituire uno strumento retorico di notevole efficacia. È molto più inquietante e persuasivo ... pretendere qualcosa come proprio diritto, che non farne l'oggetto di una invocazione o preghiera affidata alla buona volontà del destinatario". Il sostantivo "diritti" maschera, spesso, giudizi di valore, non consoni a un'indagine giuridica, al pari delle qualificazioni che sovente lo accompagnano: "fondamentali", "naturali", "umani", "della terza generazione" (o "della quarta": queste ultime qualificazioni suggeriscono l'idea della novità, del dinamismo, e sono dunque apportatrici di sensazioni favorevoli)¹¹.

tuzionale in materia di decentramento territoriale, in *Il diritto della Regione*, n. 5-6, 2007, p. 59 ss.

(9) U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, cit., p. 39.

(10) *Ivi*, p. 40.

(11) Rinvio, in generale, a L. PEGORARO, J. DELGADO GAITÁN, *Derechos "fundamentales": consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 10, 2001, p. 41 ss., in *Revista jurídica del Perú*, n. 26, 2001, p. 1 ss., e in L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 289 ss.; trad. in portoghese *Os direitos "fundamentais": considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo*, in A. DE ALMEIDA FILHO (a cura di), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p. 443 ss. In versione parzialmente diversa si rinviene anche in L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, Cedam, 2002, p. 169 ss.; v. anche *Metodologia e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)*, in *Studi in onore di L. Carlassare*, Napoli,

2.2. “Diritto” in senso interno e in senso comparatistico

Ragionare scientificamente di “diritti” da un’ottica interna (nel senso di “ordinamentale”¹²) è meno complesso di quanto non sia per altri referenti del linguaggio giuridico (“federalismo”, “potere”, “controllo politico”, ecc.), se non altro perché la base comune di studio e di accettazione del contenuto della parola è molto più ampia di quanto non sia per altre categorie (c’è un lessico comune internazionale, anche se non universale).

Ciascuno studioso nazionale può scegliere se partire dai “propri” testi normativi, e su essi costruire categorie interpretative della realtà, oppure muovere dai modelli e dalle costruzioni concettuali, delle quali è permeato, e in esse inquadrare il proprio ordinamento¹³. Per “diritti” è più frequente questa seconda ipotesi (dato che c’è, appunto, una base comune più ampia, extra-ordinamentale). Ciò è conseguenza di dottrine politiche che hanno alquanto uniformizzato il senso di “diritti”, ma è (anche) una conseguenza delle relazioni tra i vari formanti¹⁴.

Jovene, 2009, p. 1123 ss., e *Direito constitucional e uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)*, in *Revista brasileira de Estudos constitucionais - RBEC*, 12, 2009, p. 93 ss., trad. sp. *Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)*, in *Anuario iberoamericano de derecho constitucional*, 14, 2010, p. 347 ss.

(12) V. nota 3.

(13) Per una critica al “platonismo” che rivela questo approccio, v. G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les “modèles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009. V. altresì Id., voce *Modelli*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009, p. 182 ss. Vengono in mente a questo proposito quelli che J. Locke avrebbe denominato “modi misti”..., ossia contenenti “elementi non osservabili, istituiti arbitrariamente, creature dell’intelletto, enti senza un’esistenza fuori dell’invenzione umana”: così U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi, Quaderni di filosofia analitica del diritto*, n. 10, Milano, Giuffrè, 1995, p. 10.

(14) L’espressione “formanti dell’ordinamento”, presa in prestito dalla fonetica, è stata utilizzata da R. Sacco per indicare i diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell’ambito dell’ordinamento, contribuiscono a generare l’ordine giuridico del gruppo. Negli ordinamenti contemporanei, i formanti principali sono la legge, la dottrina e la giurisprudenza; vale a dire l’insieme delle disposizioni adottate dal legislativo; l’insieme delle opinioni espresse dai dottori della legge; l’insieme delle decisioni dei giudici: v. R.

Nella costruzione di un ordinamento nazionale, il legislatore (in senso largo¹⁵) è influenzato dalle dottrine. Quando interpreta il proprio sistema normativo, lo studioso nazionale, sia che muova dal formante normativo studiato, sia che muova dalle dottrine ispiratrici, tenderà a esprimere – a meno di essere un mero cronista¹⁶ – un giudizio di coerenza tra lo schema o le misure adottate dal legislatore e i principi ispiratori delle dottrine di riferimento.

Nel parlare di “diritti”, e ad onta della circolazione dei modelli¹⁷, però, solo o soprattutto il costituzionalista europeo continentale tenderà ad ancorarsi alle teorie maturate dall’Illuminismo, come pure alla divisione dei poteri e a quanto ne segue. (*In più*, immetterà nel proprio studio le “sensibilità” derivate dalle applicazioni “nazionali”, dalle direttrici di sviluppo differenziate pur partendo dalle basi costituzionali comuni). A sua volta, il costituzionalista britannico si sentirà in parte estraneo a questo *milieu*. Nella sua casa giuridica, a prescindere dai problemi riguardanti le differenze linguistiche dei vocaboli studiati, il problema va inquadrato in cornici diverse: la *rule of law*, la superiorità del Parlamento, il ruolo delle corti... Negli Stati Uniti, alle tracce di Montesquieu si sono mescolate e sovrapposte altre ben conosciute dottrine, che pure influiscono sull’impostazione di ogni

SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 39, 1991, p. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5^a ed., Torino, Utet, 1997, p. 43 ss., e ora ID., voce *Formanti* in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 140 ss.

(15) Inclusivo cioè di Assemblee o altri organi costituenti, legislatore ordinario, potere regolamentare, ecc.

(16) Per una critica a quello che definisco “neo-cronachismo” nell’orientamento di molti studi contemporanei, rinvio alla premessa del mio scritto *Derecho Constitucional y Derecho público comparado: una convivencia “more uxorio”*, in *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 7, 2009, p. 72 ss. e, in italiano, in *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 783 ss., in corso di pubblicazione nella trad. ingl. in un volume a cura di G. GORJÓN, col titolo *Constitutional Law and Comparative Public Law: A “more uxorio” Cohabitation*, University of San Diego, Cal.

(17) Cfr. per tutti A. WATSON, *Society and Legal Change*, Edimburgh, Scottish Academy Press, 1977, trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

indagine in materia¹⁸, come vi influisce la teoria dell'“eccezionalismo” del Paese¹⁹.

Quale che sia l'appartenenza, lo studioso di diritto interno (anche se crede di essere un comparatista²⁰) darà del termine analizzato una spiegazione e un inquadramento più o meno sensibile – ma comunque sensibile – a quello che è stato definito il “primo noto”, ovvero gli stilemi del diritto di appartenenza²¹. Ineluttabilmente, l'oggetto del suo studio sarà condizionato da come si è sviluppata nel *suo* ordinamento quella “cosa” che egli è convinto si chiamino “diritti”, e che battezza con questo appellativo²². Nel campo dei diritti, diversamente

(18) V. per es. S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1996. Nella dottrina italiana, v. le sintetiche annotazioni di P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, Giapichelli, 2002, p. 3 ss.

(19) Sul quale cfr. D. ROSS, *The Origins of American Social Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. Sulla diversa configurazione (e anche sul diverso ruolo che giocano corti e studiosi), data la formazione culturale differente, dei giuristi anglosassoni rispetto a quelli continentali, v. R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.

(20) Tracce polemiche sui finti comparatisti (ovvero, chi pensa di fare diritto comparato studiando – poco – singoli diritti stranieri, oppure assemblando più lavori stranieri, o mettendo nei propri lavori di diritto nazionale qualche nota di diritto straniero, o infine aggiungendo a un libro di diritto interno una breve appendice che riguarda un diritto straniero) si trovano ad es. nel mio *La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado*, in *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review*, 2007, p. 115 ss., in *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia*, n. 7, 2007, p. 729 s. e in E. FERRER MAC-GREGOR, A. ZALDIVAR LELO DE LARREA (a cura di), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. II, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, p. 433 ss.

(21) Così G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 29.

(22) Tuttavia, la crescita delle ricerche comparatistiche, oltre che una migliore conoscenza delle lingue, i più frequenti contatti tra gli studiosi, l'avvicinamento dei sistemi giuridici, la diffusione del costituzionalismo liberale, ecc., comportano che, oggi, il rischio di cattive comprensioni di realtà giuridiche “altre” sia più attenuato che in passato, quando la chiusura alle esperienze straniere era maggiore, quanto meno nello

che in altri, il “primo noto” tende a essere però sovranazionale, di “area culturale”. Con un esempio: difficilmente chi in Italia studia il “controllo politico” rinuncerà a incasellare alcuni istituti (come la fiducia) fuori da questa classe, perché fa i conti con una categoria, altrove sconosciuta, che egli denomina “indirizzo politico”, e sarà portato a generalizzare la propria idea “nazionale” di cosa sia e di cosa non sia “controllo politico”²³. Viceversa, per “diritti” poggerà su elaborazioni di area più vasta (pur patendo le influenze del diritto interno).

C'è dunque, per le dottrine “nazionali”, un allargamento della “base culturale” di “diritti”, e tuttavia l'influenza di sviluppi differenziati entro macro-aree culturali preclude di raggiungere un *idem sentire* ed elaborare una definizione completamente condivisa persino tra gli studiosi nazionali di uno stesso identico ordinamento. A sua volta, l'intreccio dei formanti contribuisce a complicare il gioco all'infinito, con influenze reciproche di nuove elaborazioni dottrinali e di nuove soluzioni normative e giurisprudenziali, che si influenzano l'una con l'altra. Basti pensare alla distinzione tra situazioni giuridiche soggettive protette in modo diretto e quelle protette in maniera mediata, frutto di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, poi recepita (ma solo in alcuni ordinamenti) a livello normativo, oppure alla distinzione tra *procedural rights* e *substantive rights* formulata dalle corti e dai giuristi anglosassoni e specialmente dai costituzionalisti statunitensi.

Inoltre, il pluralismo definitorio e classificatorio – dentro *ciascun* ordinamento (o area) – è dilatato dalla pluralità degli approcci utilizzati: il rilievo dato a scienze non giuridiche nella definizione e nella classificazione (che peraltro, come già ho detto²⁴, in tema di diritti non influisce molto), la predilezione per accostamenti strutturali o funzionali, la considerazione per il dato normativo testuale o per l'attuazione pratica...

studio degli ordinamenti liberal-democratici (mentre viceversa le pretese universalistiche che accompagnano la globalizzazione alimentano a volte il rifiuto di comprendere le strutture giuridiche altrui).

(23) V. nota 8.

(24) Al § 2.1.

Nonostante il “patrimonio culturale comune”²⁵ a studiosi (e a sistemi giuridici²⁶) del mondo occidentale, si possono dunque rinvenire differenze di impostazione (e quindi anche di definizione e di classificazione di “diritti”): *a*) dentro ciascun ordinamento; *b*), a maggior ragione, tra studiosi continentali europei, britannici e statunitensi.

Trovare una definizione comune del lemma in questione, trasversale a queste differenti culture, è problematico. Ancor più lo è se si vuole applicare la concettuologia di “diritti” a ordinamenti facenti parte di climi più lontani, ai quali è sconosciuta sia la divisione dei poteri, sia la superiorità del Parlamento e la *rule of law*, sia in definitiva il costituzionalismo²⁷.

(25) V. in proposito, limitatamente all'Europa, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

(26) Uso qui il termine in senso largo e a-tecnico, per non usare il termine “famiglia”. Di solito, per “sistema giuridico” si intende l'insieme delle regole di diritto applicabili ai soggetti di un dato gruppo sociale che, generalmente ma non necessariamente, è organizzato in forma di Stato. I sistemi giuridici sono a loro volta raggruppabili in *famiglie giuridiche*, sulla base dei profondi legami che storicamente esistono tra gli stessi e che si manifestano attraverso strutture giuridiche comuni. Si pensi ai sistemi riconducibili alla famiglia di *civil law* (che trae origine dal ceppo romano-germanico) e a quella di *common law* (che affonda le sue radici invece nella storia del diritto inglese). V. in punto, per i riferimenti, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, Cedam, 2007, p. 35 s.; ID., *Introducción al Derecho Público Comparado*, Ciudad de Mexico, UNAM, 2006, p. 47 s., e Lima, Palestra, 2006, p. 51 s.

(27) Sulla tendenziale traducibilità, e l'esigenza di uno sforzo per tradurre, v. M. MANFREDI, voce *Traduzione giuridica*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 268. Come osserva questa Autrice, “Nel mondo occidentale ..., la strategia traduttiva perseguita è stata per secoli improntata verso la letteralità, quindi una resa pedissequa, parola per parola, del testo di partenza, senza tenere conto neppure delle diversità strutturali della lingua di arrivo, né della sua chiarezza o efficacia. Solo alla fine dell'Ottocento e nel Novecento, ... si è assistito a un cambio di prospettiva e a un graduale allontanamento dalla traduzione letterale verso una resa del contenuto consapevole delle istanze avanzate dal ricevente, con l'obiettivo di raggiungere un'identità di contenuti, effetti e intenti ... Si è fatta dunque strada l'esigenza, almeno per la traduzione di alcune tipologie testuali nell'ambito del diritto, di una cosiddetta ‘equivalenza giuridica’, criterio che ammette un certo grado di adattamento del testo di partenza, se funzionale allo scopo (*skopos*) per cui quello tradotto sarà utilizzato all'interno della cultura di arrivo, pur tenendo sempre conto di un'adeguata ‘concordanza interlinguistica’” (*ivi*, p. 267 s.). Sulle traduzioni v. anche la recente monografia di F. MEGALE, *Teorie della traduzione giuridica fra diritto comparato e “translation studies”*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008.

Se si vuole ragionare di “diritti” in chiave macro, c’è preliminarmente da affrontare il problema teorico delle traduzioni: nel nostro caso, come si fa a chiedersi quali sono, ad es. in un ordinamento del socialismo reale o in uno Stato teocratico, i “diritti”, come li intendiamo noi, se prima non si è deciso cosa significhi tale parola; per definirla, dobbiamo domandarci anche se essa ha un senso a prescindere dall’accettazione di certi presupposti teorici (i nostri).

La questione è antica, e marca con la sua carica dirompente gli studi comparatistici²⁸. Si vedano per esempio le traduzioni di “Stato democratico di diritto” o di *rule of law*, e viceversa di “legalità socialista” o di *Prokuratura*, ecc.²⁹. Attraversa in modo irruente anche la comparazione tra *common law* e *civil law*³⁰, figurarsi la comparazione con famiglie e ordinamenti dissimili da quelli radicati in occidente³¹.

(28) Per R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 28, il tema delle traduzioni giuridiche rappresenta “uno dei maggiori problemi della comparazione”. Sulla distinzione tra problemi di traduzione derivati dal diritto e problemi di traduzione derivati dalla lingua v. *ivi*, p. 30 ss.

(29) Si noti che due termini sono stati tradotti, due no. Le difficoltà dipendono anche da (e aumentano a causa di) il modo di scrittura. Ad es. M. TIMOTEO, *Profili linguistici del diritto cinese*, relazione al Congresso dell’Associazione italiana di Diritto comparato, Urbino, 18-20 giugno 2009, in corso di stampa, ha ricordato che, quando è stata riformata nel 1999, la Costituzione cinese ha modificato la disposizione per cui l’ordinamento è soggetto al “sistema legale socialista” con altra, per cui è sottoposto alla *rule of law*. I due termini si pronunciano allo stesso modo, ma i radicali che compongono i rispettivi ideogrammi sono diversi, il primo rappresentando il coltello, il secondo l’acqua (v. anche della stessa Autrice la voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, aggiornamento, Torino, Utet, 2009).

(30) L’esempio classicamente additato dai privatisti è il termine inglese *tort*, che non ha corrispettivi soddisfacenti nelle lingue (e nei sistemi) dove si pratica la *civil law*.

(31) Uso il termine in senso non geografico ma culturale. Per un approfondimento delle interrelazioni tra accezione geografica e accezione culturale di “occidente” (ma anche di “oriente”) rinvio al mio saggio introduttivo a *“Municipi d’oriente”: una macro-comparazione per differenze*, in H. KUDO, G. LADU, L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d’oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia, Australia*, Roma, Donzelli, 2008, p. 8 ss., e in generale sui rapporti tra geografia e diritto nella comparazione ad altro mio scritto, *La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca*, in G. CIMBALO, F. BOTTI (a cura di), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell’Est Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2008, p. 35 ss., o in castigliano a *Metodologia y modelos por una investigacion sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)*,

Si noti poi che, in alcuni contesti linguistici, la parola “diritti” è talora fungibile con altra parimenti pregna di connotazioni positive (“libertà”), e non di rado, come nei linguaggi e nei meta-linguaggi del diritto costituzionale italiano o comunque neo-latino, i due termini figurano in endiadi (*diritti e libertà*), senza che spesso sia chiarificato il senso, o significato, nel quale i due frammenti linguistici sono utilizzati, salvo considerare i secondi in termini di “facoltà” (*faculties*), come in Hart³².

2.3. “Diritto” nel significato positivistico e nel senso ideale

Presupporre diritti innati, ascrivere loro una valenza universale, sia sincronicamente che diacronicamente, e persino ricercarne improbabili “nuclei duri”, validi al di là delle prescrizioni normative o giurisprudenziali di ciascun singolo ordinamento in ciascuna singola epoca storica, significa precisamente tradurre l’idea “comune” che di “diritti” ha il profano, influenzato dalla cultura di una specifica società, in una costruzione scientifica nella quale la *pretesa* o l’*interesse* alla tutela di una posizione soggettiva equivale alla sua effettiva protezione in ciascun ordinamento.

È bensì vero che l’uso della parola “diritti” in questo senso spinge verso la loro positivizzazione, concorre a “influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti”³³. Se l’immigrato rivendica il diritto all’assistenza dicendo “ho *diritto* a curarmi senza il rischio di essere denunciato”, o l’omosessuale afferma che ha *diritto* a vivere la propria sessualità e a sposarsi come qualsiasi altra persona, in effetti stanno dichiarando esattamente l’opposto, ossia che *non* hanno alcun diritto. Manifestano pretese di vantaggio non riconosciute, in nome di una cultura che sembra ormai matura per ampliare la sfera dei riconosci-

in AA.Vv., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2008, p. 3 ss.

(32) H.L.A. HART, *Are there any Natural Rights?*, in *The Philosophy Review*, 1955, trad. it. *Esistono diritti naturali?*, in ID., *Contributi all’analisi del diritto*, cit., p. 89; sul tema v. anche A. ROSS, *On Law and Justice*, cit., p. 160 ss. della trad. it. cit.

(33) V. ancora U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica*, cit., p. 39.

menti. Il fatto è che possono farlo solo se questo è il presupposto. In altri climi e in altri luoghi e in altri tempi, probabilmente neppure si sognerebbero di avanzare tali rivendicazioni.

Gli studiosi di formazione giusnaturalista e idealista danno corpo con le loro teorie a tali rivendicazioni, che scollegano dalla storia, dalla geografia, dalla politica, dalla sociologia, dall'economia, dall'antropologia, offrendo la base per rivendicazioni di "diritti" che tali non sono in senso positivo, commisurate a un ordinamento ideale, che tuttavia, ahimè, sono pur esse figlie di particolari influssi culturali, generati dalla lunga e faticosa storia delle lotte e delle dottrine politiche occidentali che le hanno accompagnate³⁴.

3. Diritti configurati espressamente e diritti ricavati da operazioni concettuali

Per ragionare dell'esistenza di un ipotetico diritto a una buona amministrazione sono fondamentali alcuni ulteriori passaggi.

Il primo riguarda la configurabilità di diritti, attribuiti da norme o frammenti di norme, in assenza di una corrispettiva situazione di dovere giuridico.

Se, nella strutturazione civilistica, diritto è configurato con la "controfaccia di un dovere in un rapporto civilistico"³⁵, nell'accezione processualistica, prevalente nelle ricostruzioni anglosassoni (ma non solo), esso viene invece a identificarsi con l'azione.

(34) I sostenitori di questa visione del diritto (quelli insomma che affermano l'universalità dei principi del 1789, alimentando le ragioni dell'annichilimento delle idee altrui anche a livello politico, e che ancora idolatrano Westfalia come la dea che dà origine all'unico modo di intendere il diritto) pretendono al contempo dai loro studenti che conoscano la storia e la geografia, ma anche Montesquieu e *The Federalist*: sono evidentemente convinti, a ragione, che la cultura gioca un ruolo essenziale per la comprensione dei fenomeni giuridici. Negano però il rilievo che la sedimentazione dell'esperienza ha presso altre culture, quelle che mai, in difetto della filosofia greca, del cristianesimo, dell'illuminismo, del socialismo, hanno elaborato i concetti di ragionevolezza, di persona, di eguaglianza... L'interrogativo è come si possa escludere l'elemento culturale tra i formanti "attivi" o "dinamici" del diritto (presso alcune società, almeno), al contempo marcandone l'essenzialità a fini scientifici o didattici.

(35) V. ancora U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, cit., p. 42.

Che dire però di diritti configurati dalle Costituzioni – come ad es. molti diritti sociali – che pur ponendo, in carico a taluni soggetti (il legislatore, l'amministrazione, privati), doveri di soddisfare interessi variamente individuati, non istituiscono le corrispettive azioni per concretizzarli? Forse che non meritano il nome di diritti, per il solo fatto che, appunto, non sono contemplati gli strumenti per attivarli? La risposta non può che essere negativa, a meno di negare il valore normativo di buona parte delle prescrizioni costituzionali in materia di diritti³⁶.

Va peraltro collegata alla distinzione tra principi e norme.

Non vi è unanimità di vedute sull'indole normativa dei principi, e si discute, in particolare, se i principi del diritto siano norme vere e proprie, come afferma taluno³⁷, o mere “matrici e generatori di norme, da ricavare in esito ad una interpretazione etico-politica specificante ciascun principio nel contesto in cui deve operare”³⁸. Sembra da escludere che essi possano essere considerati fonti del diritto. Innanzitutto, assumendo una definizione larga di “fonte”³⁹, possiamo sì sostenere che essi sono produttivi di diritto, ma non che siano “atti” e tantomeno “fatti”, trattandosi di costruzioni create o scoperte dalla dottrina o dalla giurisprudenza; mentre, se è il legislatore stesso ad affermare che una disposizione è un principio o un'intera legge è “legge di principi” – il che, ad es., la giurisprudenza costituzionale italiana esclude sia nel potere del legislatore⁴⁰ – a rivestire il carat-

(36) Sulla (negata) distinzione tra norme precettive e norme programmatiche v. Corte cost. italiana, sent. 1/1956, e in dottrina V. CRISAFULLI, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, in ID., *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 53 ss.

(37) In specie V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, p. 193 ss.; ID., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, XXI, p. 41 ss., 157 ss., 230 ss.; nonché L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, *ivi*, 1985, p. 70.

(38) U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, cit., p. 39.

(39) Come quella illustrata in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2009, cap. III, sez. I, § 1.

(40) V. Corte cost., sent. 219/1984.

tere di fonte sarà precisamente l'atto normativo in questione, non il principio⁴¹.

Piuttosto, quanto alla loro indole normativa, occorrerà di volta in volta valutare se “riguardano direttamente comportamenti” oppure atteggiamenti, e se “determinano i comportamenti in maniera sufficiente per l'azione”⁴², il che talora manca o è estremamente labile.

Emerge allora l'importanza della strutturazione linguistica della situazione di favore protetta: affermare in una Costituzione, o in uno statuto regionale, o in un trattato, che esistono “diritti” alla pace, alla democrazia, allo “Stato di diritto”, alla felicità (come pure è stato proclamato), o – veniamo al punto – a una “buona amministrazione”, disgiunti da correlativi obblighi neppure sanzionabili politicamente, oltre che da qualsivoglia diritto di azione, si risolve in mero proclama politico, o viceversa possiamo accettare che la parola “diritto” sia in tal caso corretta e adeguata, alla luce dell'uso che se ne fa, non già nel linguaggio comune, ma in quello scientifico?

La risposta non è univoca né da una prospettiva materiale generale, volta a negare o accettare per tutte queste ipotesi una soluzione non differenziata, né da un'angolatura che non tenga in conto le diversità che si rinvergono nell'esperienza comparatistica.

(41) F. MODUGNO, *Principi generali del diritto*, voce dell'*Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, p. 3 s., li definisce peraltro “fonti di norme”. La soluzione data dalla Corte costituzionale italiana, circa la natura dei principi costitutivi di diritti enunciati negli statuti regionali, dei quali nega il carattere normativo, affermandone quello di enunciati politici, evoca alquanto la celebre argomentazione di Don Ferrante che, ne *I promessi sposi*, negava il contagio della peste, giacché “*In rerum natura*, diceva, non ci son che due generi di cose: sostanze e accidenti; e se io provo che il contagio non può esser né l'uno né l'altro, avrò provato che non esiste, che è una chimera”. Dal canto nostro, reputiamo che, da una parte, il carattere di fonte del diritto non si possa negare alle enunciazioni statutarie, per quanto indeterminate; e ciò per la ragione ora detta, che esse sono inserite in atti la cui natura di fonte è fuori discussione (significativa al riguardo la sentenza della Corte costituzionale 59/1957, là dove dichiara la sindacabilità costituzionale delle leggi provvedimento, per il solo fatto di essere leggi, a prescindere dal contenuto concreto). Se infatti lo statuto regionale è ineluttabilmente una fonte, lo saranno anche tutte le sue disposizioni, quali che siano.

(42) Il che precisamente induce U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, cit., a dubitare del carattere normativo dei principi fondamentali o generali del diritto.

Dalla prima prospettiva, tenderei a rifiutare la configurazione come “diritto” di tutto ciò che dell’esercizio di “diritti” costituisce un mero presupposto dell’azione dell’ordinamento.

Ad es., affermare un “diritto” alla democrazia è tautologico: se un ordinamento assicura l’esercizio dei diritti, può essere definito “democratico” (almeno nell’accezione classica, “occidentale” del termine); il solo fatto che non li riconosca, induce a negargli quell’attributo; il fatto che configuri un diritto alla democrazia, negando i diritti che la concretizzano, non ne fa un ordinamento democratico, e non contribuisce a configurare un diritto, che è privo di contenuto; il fatto che non lo configuri espressamente (e di fatto nessun ordinamento lo fa), non toglie che i soggetti che compongono l’ordinamento non godano dei diritti configurati.

Lo stesso vale per altre ipotetiche configurazioni di diritti, come potrebbe essere un diritto alla legalità, allo Stato di diritto, e via dicendo, sino, se si crede, alla sicurezza (che è presupposto dell’azione dello Stato e della sua stessa istituzione, non “diritto”, ad onta di quello che proclama ad es., se pure con puntuali concretizzazioni, la Costituzione boliviana⁴³). D’altro canto, e all’inverso, non si può ignorare che singoli ordinamenti positivi possano giungere a configurare come vero e proprio diritto azionabile dai singoli in via diretta il rispetto della divisione costituzionale delle competenze tra centro e periferia, come nel caso del Messico⁴⁴.

Diversi sono i casi di formule altrettanto generiche, ma che non concretizzano la struttura stessa degli ordinamenti (le finalità per cui essi sorgono e sono), bensì finalità che possono essere perseguite o meno: come “pace” o, prima ancora “ambiente” (si intende, “salubre”). Qui, provvedono la legislazione attuativa e la giurisprudenza a dare concretezza ai disposti in questione, né il solo fatto che non siano previste specifiche azioni fa venir meno l’esistenza di obblighi

(43) V. la Parte prima, Titolo II della Costituzione boliviana del 2008.

(44) V. da ultimi sul punto G. CARPIZO, M. CARBONELL, *Derecho Constitucional Mexicano*, 6ª ed., México, Porrúa, 2009, trad. it. *Diritto costituzionale messicano*, Torino, Giappichelli, 2010, cap. II, § 4; e già J. CARPIZO, *La interpretación del artículo 133 constitucional*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. II, n. 4, 1969, p. 18 ss.

(peraltro sanzionabili, quasi sempre, solo politicamente) a legiferare e amministrare in modo coerente con i precetti costituzionali⁴⁵.

Dalla seconda prospettiva, come sempre, e già evidenziato al § 1, occorre differenziare le visioni teoretiche da quelle dogmatiche. Quale che sia il diritto enunciato, e comunque esso sia strutturato, esiste solo se è riconosciuto. Il diritto di espressione è codificato ed effettivo negli Stati Uniti, codificato ma assai meno effettivo in Venezuela o in Italia, non codificato, né giuridicamente riconosciuto per via giurisprudenziale (oppure soggetto a limiti intensissimi), in molti ordinamenti autocratici o teocratici. Non esiste però in natura, come per diritti siffatti immaginavano gli illuministi e Kant. Per tornare all'esempio di prima, il diritto alla democrazia, pure, non esiste in natura. Ogni società si organizza come crede, nella storia e attraverso il mondo, verticalmente o orizzontalmente. L'interesse a essere governati democraticamente, di cui dovrebbero essere titolari singoli e popoli, discende precisamente dal fatto che singoli e popoli si diano un ordinamento "democratico", ma non è un diritto, è la struttura della forma di Stato scelta (o a volte imposta, il che aprirebbe altre questioni). Si tratta di una nobile e condivisibile aspirazione, sulla quale pochi – qui in occidente – sarebbero disposti a transigere, ma ciò non ne fa un "diritto". È questo l'insegnamento di una scienza relativistica e "laica" quale il diritto comparato, aduso a osservare empiricamente la realtà, a osservare le differenze, a comprenderle nei loro presupposti storici, economici, culturali e giuridici⁴⁶.

(45) Ci sarebbe da ragionare, a questo punto, se la previsione di interventi da parte dei difensori civici, privi di poteri diretti, possa concretizzare, anche nella prospettiva che a ogni diritto corrisponda un'azione, un'ipotesi di vero e proprio "diritto", essendo comunque prevista, se non una azione giudiziaria in senso stretto, un'attività rivolta a rimuovere le cause che limitano la sfera giuridica dei soggetti nei confronti dell'amministrazione, e di impulso per l'irrogazione di sanzioni a carico dei funzionari inadempienti. Sul tema dei rapporti tra classi di diritti e loro "garanzie" rinvio alla fine analisi di S. BAGNI, *Tecniche comparate di tutela dei diritti civili: un approccio critico alle classificazioni tradizionali*, in *Pace diritti umani*, n. 2, 2004, pp. 57 ss.

(46) Rinvio in generale ai miei *El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 112, 2001, p. 9 ss., e in L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 3 ss.; *The Comparative Method and Constitutional Legal Science: New Trends*,

4. *C'è un diritto a essere amministrati, e a esserlo "bene"?*

Come si configura dunque, in questa prospettiva, il c.d. "diritto a una buona amministrazione"?

Si noti, in primo luogo, che quello di cui si sta discutendo non è il diritto a essere amministrati. Penso che nessuno sia così sciocco da pretendere di configurare come "diritto" quello per cui edifica una struttura ordinamentale, a livello statale o super-nazionale, come l'ordinamento europeo, o anche giù giù sino al livello delle istituzioni della società. Intendo dire che, chi fonda un'associazione sportiva (o uno Stato), lo fa per organizzare l'attività che vuole organizzare, ne prevede lo statuto, le dà una struttura, organi amministrativi, fondi e altri mezzi perché precisamente mandino avanti tale attività, cioè la "amministrino", e la amministrino "bene".

Tutto sta perciò nell'aggettivo "buona".

La domanda è: sarebbe pensabile creare uno Stato, o un ente sopranazionale, o un ente infranazionale, o una forma associativa della società civile, perché amministri "male", perché faccia "cattiva" amministrazione? No. Quindi il diritto a una buona amministrazione è semplicemente e ovviamente il diritto a essere amministrati nel migliore modo possibile, cioè coincide con gli stessi scopi per cui (e su cui) si fonda l'ente.

Ritengo dunque che, negli ordinamenti liberal-democratici, il "diritto a una buona amministrazione" non concretizzi né una norma né un principio, o quanto meno un principio che non sia già espresso con altre formule, di volta in volta più generiche o all'opposto più specifiche, enunciate a vari livelli normativi in sistemi positivi; in particolare – dove siano previste – la divisione dei poteri, la soggezione dell'amministrazione alla legge, la *rule of law*, la riserva di legge, la preferenza legislativa, il principio del giusto procedimento, le clausole sull'eccesso di delega legislativa, il principio di ragionevolezza, quello di proporzionalità, l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, il principio di partecipazione, la sussidiarietà, l'informazione

sugli atti amministrativi, l'*habeas data*, ecc., sino a singole ulteriori concretizzazioni puntuali previste a vari livelli normativi o giurisprudenziali. Dove siano già contemplati, "sopra" e "sotto", principi e/o diritti che enunciano o disciplinano le strutture, i limiti, i fini, gli scopi della (per forza di cose "buona") amministrazione, enunciare un "diritto alla buona amministrazione" può configurare un mero esercizio verbale che si interpone con carica meramente emotiva e simbolica tra altre enunciazioni delle stesse situazioni giuridiche.

Non casualmente, sia a livello europeo⁴⁷, sia a livello regionale – come nello Statuto di Andalusia⁴⁸ – gli artefici delle disposizioni normative hanno sentito il bisogno di specificare in che cosa esso consista, enuncilandone il contenuto minimo, che non coincide con la legalità, ma neppure con la mera aspettativa di soddisfazione di un generico "buon governo", tanto che c'è chi, come C.M. Ávila Rodríguez, ragiona in proposito di "derechos o *subderechos* de amplio contenido"⁴⁹.

Questo da una prospettiva statica.

In ottica dinamica, la formalizzazione del "diritto" a una buona amministrazione segue un percorso non inusuale nella storia delle codificazioni, segnato profondamente dalla reciproca fertilizzazione tra i vari formanti che compongono il diritto in senso oggettivo.

Sinteticamente: accade a volte che le formule che individuano una situazione di favore (o di sfavore) meritevole di protezione siano enunciate a livello normativo, e poi riempite di contenuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina (es: *Freedom of speech and press* nel *Bill of Rights* statunitense); altre volte invece succede che dai riconoscimenti giurisprudenziali e dottrinali si giunga alla codificazione (es.: diritto all'orientamento sessuale nella Costituzione sudafricana).

Tali processi sono (quasi) sempre intrecciati. È raro che il legislatore abbia l'intuizione di inventare un "ente", e di dargli un nome, se

(47) V. art. 41 CEDU.

(48) Cfr. art. 31 dello Statuto.

(49) Corsivo mio. In questo senso, v. l'esauritivo saggio di C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ, *El derecho ciudadano a una buena administración*, in F. GUTIERREZ RODRÍGUEZ (a cura di), *El derecho de la ciudadanía a una buena administración*, Málaga, Oficina del Defensor del Ciudadano/a, 2009, p. 31.

prima non ci sia stato dibattito dottrinale e, magari, qualche sentenza dei giudici⁵⁰; parimenti, nelle sue analisi la dottrina giuridica (oltre ovviamente a giudici) suole muovere dal diritto positivo, da ciò che già esiste, almeno in embrione, nei testi normativi (con le debite distinzioni per gli ordinamenti di *common law*).

Nel caso in esame, il processo è stato prevalentemente *bottom-up*, con progressive individuazioni dottrinali, giurisprudenziali e legislative di puntuali situazioni giuridiche e di azioni, e successiva codificazione nella parte alta della scala gerarchica, sotto l'ombrello di una *rubrica legis* onnicomprensiva: "diritto a una buona amministrazione".

Ciò non significa che la codificazione non sia a sua volta suscettibile di espansione a ulteriori situazioni. Una volta immessa nell'ordinamento, la formula assume una sua autonomia semantica (anche se mai disgiunta dagli usi linguistici, che però cambiano⁵¹), e giuridica. Al di là delle puntualizzazioni e delle esemplificazioni operate dal potere normativo, dottrina e giurisprudenza potranno estendere per analogia, oppure utilizzando la matrice del principio, tale diritto a nuove fattispecie non ancora individuate o non esemplificate, per "coprire", attesa la sua accezione semantica assai larga, "cose" che vanno al di là del mero rispetto delle forme dello Stato di diritto, e consentire appunto un'evoluzione verso l'ampliamento dei concetti sottesi, e la configurazione di nuove situazioni protette. Si tratta, in altre parole e come per altri casi, di una formula elastica che fa proprie le acquisizioni giurisprudenziali e normative già positivizzate, relative a concrete manifestazioni di interessi già tutelati, ne individua un mi-

(50) Tratto questo tema in *Il ruolo degli enti locali nell'elaborazione e nella protezione dei diritti*, in *Materiali dal seminario della SSPAL*, Atti del seminario di Ravello, 24-26 gennaio 2001, Roma, SSPAL, S & R, 2001, p. 43 ss., nonché, succintamente, in *Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y legislativas de los entes locales*, in *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de investigaciones jurídicas U.V.*, a. 3, n. 6, 2002, p. 15 ss., in *Revista de Derecho Constitucional*, n. 6, enero-diciembre 2002, p. 141 ss., in L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 269-285 e in F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 897 ss.

(51) V. nota 4.

nimo comune denominatore omogeneo, e nel quadro largo di altre formule generali positivizzate (Stato di diritto, principio di legalità, ecc.) ne configura l'ispirazione comune quale autonomo "diritto" meritevole di riconoscimento a sé stante; in tal modo, grazie alla circolazione tra i vari livelli (diritto europeo, con efficacia diretta, ma anche diritto comparato, con efficacia "culturale", e diritti locali, con dubbia efficacia diretta generale a livello statale⁵²), la configurazione della "buona amministrazione" quale diritto dovrebbe essere in grado, una volta avvenuta la sua recezione nel diritto positivo, di dare impulso a tutele ancora più ampie del cittadino (e delle persone in genere) nei confronti della pubblica amministrazione.

5. Conclusioni riassuntive

Riassuntivamente:

a) Va denunciato l'abuso della parola "diritto" nel linguaggio giuridico, per designare qualsiasi "interesse" non ancora protetto in qualche misura dall'ordinamento (visione giusnaturalistica), o qualsiasi situazione di vantaggio, anche semplice, o le finalità dell'ordinamento stesso, o qualsiasi principio retto dell'ente, o qualsiasi corrispettivo di situazioni giuridiche di svantaggio (diritto a che siano adempiuti obblighi o doveri). L'abuso della parola dà luogo allo stemperamento della sua forte carica favorevole, ne riduce anche in chiave di politica del diritto la connotatività. Gridando sempre "al lupo", quando il lupo non c'è, nessuno crederà più al pericolo del lupo, quando questo arriva davvero.

b) Nelle sue ricostruzioni, la dottrina dovrebbe evitare di mescolare visioni di diritto positivo, riferite a singoli ordinamenti, con assolutizzazioni disattente alla variegata differenziazione sincronica e diacronica degli ordinamenti. Quello che in un'epoca o in un posto può

(52) C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ, *El derecho ciudadano a una buena administración*, cit., p. 31 e spec. p. 42 ss. Per ulteriori riflessioni sul tema rinvio a L. PEGORARO, S. RAGONE, *Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano*, e L. PEGORARO, G. PAVANI, *La implementación y desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos en los sistemas regionales*, entrambi in G. GAVARA DE CARA (a cura di), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 89 ss. e 121 ss.

essere denominato “diritto”, in altre epoche o in altri posti non lo è.

c) Una buona amministrazione, in una visione teorica, non è un diritto, è lo scopo stesso dello Stato (i cui fini sono appunto: difesa esterna e amministrazione interna di una comunità), quale che sia la sua forma, e a prescindere dall’assetto che si dia.

d) Nella forma di Stato liberal-democratica, o costituzionale, o sociale di diritto – le classificazioni sono fungibili in questo contesto⁵³ – Costituzioni, trattati, leggi e altre fonti, e inoltre la giurisprudenza e la dottrina hanno dato concreta puntualizzazione alle formule generiche del principio di legalità, o della *rule of law* (oltre che della divisione dei poteri e di altri principi) configurando situazioni di vantaggio di singoli e gruppi nei confronti della pubblica amministrazione.

e) La somma di tali situazioni puntuali (dal contraddittorio all’*habeas data*, ecc.) è stata icasticamente riassunta dalla dottrina, e poi da testi normativi, come l’art. 41 CEDU e statuti autonomici, nella formula “diritto a una buona amministrazione”, quale categoria intermedia tra i principi generali e i (veri e propri) diritti ad agire in situazioni specifiche, ben determinate, individuate dalla legge e dalla giurisprudenza.

f) Al di là dell’abuso della parola “diritto”, di cui alla lettera a), l’operazione non è né nuova né riprovevole (a patto di intendersi sul senso delle parole). La classificazione può sortire effetti dinamici, consentire l’espansione della protezione di cittadini e di altri soggetti a nuove situazioni che via via affioreranno e che saranno reputate degne di essere tutelate.

(53) V. in questo senso le rispettive voci di G.G. CARBONI, A. RAMOS TAVARES, S. GAMBINO, in L. PEGORARO, *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., rispettivamente pp. 250 ss., 244 ss., 255 ss.