

A12



*Vai al contenuto multimediale*

Pasquale Gianniti  
Claudio Sartea

**Diritti umani  
e sistemi di protezione sovranazionali**





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)

[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXIX

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)

[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2434-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2019

## Parte I **I diritti umani** e la loro tutela internazionale

### 13 Capitolo I *I diritti umani*

1.1. La prima teorizzazione dei diritti umani, 13 – 1.2. La codificazione dei diritti umani, 16 – 1.3. L'internazionalizzazione dei diritti umani, 21 – 1.4. L'universalizzazione dei diritti umani, 22 – 1.5. L'attuale fase della globalizzazione dei diritti umani, 25.

### 35 Capitolo II *La tutela internazionale dei diritti umani*

2.1. Premessa, 35 – 2.2. Lo *Jus cogens*, 38 – 2.3. Le norme che tutelano i diritti umani, 40 – 2.4. I procedimenti di garanzia azionabili dagli individui, 48 – 2.5. Gli strumenti di adattamento del diritto interno al diritto sopranazionale, 54.

## Parte II **Il sistema ONU**

### 59 Capitolo I *La Carta e l'Organizzazione delle Nazioni Unite*

1.1. La Carta delle Nazioni Unite, 59 – 1.1.1. Premessa, 59 – 1.1.2. I diritti umani nella Carta, 60 – 1.1.3. Il limite di cui all'art. 2.7 della Carta nella prassi formatasi in seno alle Nazioni Unite, 61 – 1.2. L'Organizzazione delle Nazioni Unite, 62 – 1.2.1. Premessa, 62 – 1.2.2. Organi principali, 62 – 1.2.3. Organi sussidiari, 65 – 1.2.4. Competenza comune agli organi principali e agli organi sussidiari, 68 – 1.3. Il contributo dato dall'ONU al riconoscimento ed alla tutela dei diritti umani, 69 – 1.3.1. I poteri dell'ONU in materia di diritti umani, 69 – 1.3.2. La Corte Internazionale di Giustizia, 71 – 1.3.3. Le tre fasi dell'azione dell'ONU in materia di diritti umani, 72.

- 75 **Capitolo II**  
*La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*
- 2.1. La Commissione dei diritti umani, 75 – 2.2. I lavori preparatori, 76 – 2.3. Il rapporto dell'UNESCO, 77 – 2.4. L'approvazione, 81 – 2.5. Valore e natura giuridica, 82 – 2.6. Progressiva rilevanza internazionale, 83 – 2.7. Struttura, 83 – 2.7.1. *Il Preambolo*, 83 – 2.7.2. *I diritti politici e civili proclamati*, 84 – 2.7.3. *I diritti economici, sociali e culturali proclamati*, 84 – 2.7.4. *Le disposizioni generali*, 85 – 2.8. Limiti, 86.
- 87 **Capitolo III**  
*I Patti internazionali sui diritti umani*
- 3.1. Premessa, 87 – 3.2. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, 88 – 3.2.1. *Struttura*, 88 – 3.2.2. *Il primo Protocollo addizionale*, 89 – 3.2.3. *Il secondo Protocollo addizionale*, 91 – 3.3. Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, 92 – 3.3.1. *Struttura*, 92 – 3.3.2. *Meccanismi di garanzia*, 94.
- 97 **Capitolo IV**  
*Convenzioni multilaterali*
- 4.1. Premessa, 97 – 4.2. Le principali Convenzioni, 97.
- 101 **Capitolo V**  
*I meccanismi di tutela*
- 5.1. Premessa, 101 – 5.2. Le procedure convenzionali, 101 – 5.3. Le procedure non convenzionali, 105 – 5.3.1. *La procedura pubblica*, 105 – 5.3.2. *La procedura confidenziale*, 106 – 5.3.3. *La procedura tematica*, 107 – 5.3.4. *I meccanismi di garanzia indiretta*, 107.

## Parte III

### Il sistema europeo

- III **Capitolo I**  
*Il Consiglio d'Europa e le convenzioni in materia di diritti umani*
- 1.1. Il Consiglio d'Europa: costituzione ed obiettivi, III – 1.2. Organizzazione e struttura interna, III – 1.2.1. *Premessa*, III – 1.2.2. *Il Comitato dei Ministri*, III – 1.2.3. *L'Assemblea Parlamentare*, III – 1.2.4. *Il Congresso dei poteri locali e regionali d'Europa*, III – 1.2.5. *Il Segretariato ed il Segretario generale*, III – 1.2.6. *Il Commissario per i diritti umani*, III – 1.3. L'attività del Consiglio d'Europa: le convenzioni in materia di diritti umani, III – 1.3.1. *La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o dei*

trattamenti inumani e degradanti, 124 – 1.3.2. *La Carta sociale europea*, 125 – 1.3.3. *La Convenzione-quadro per la tutela delle minoranze*, 127 – 1.3.4. *La Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina*, 128.

## 131 Capitolo II

### *L'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali*

2.1. L'idea di Europa nel XIX e nel XX secolo, 131 – 2.2. La nascita del Consiglio d'Europa nel 1949, 133 – 2.3. L'opera di Schuman, Adenauer e De Gasperi, 134 – 2.4. I Trattati di Roma, 136 – 2.5. Gli eventi successivi fino al Trattato di Maastricht, 137 – 2.6. Dal Trattato sull'Unione europea al Trattato di Nizza, 140 – 2.7. L'allargamento dell'Unione europea ed il Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa, 142 – 2.8. La ripresa del processo di riforma, 145 – 2.9. Il Trattato di Lisbona, 146 – 2.10. Il recesso del Regno Unito dall'Unione, 149.

## 155 Capitolo III

### *Il sistema europeo come sistema multilivello*

3.1. L'ordinamento euro unitario, 155 – 3.1.1. *L'Unione Europea*, 155 – 3.1.2. *L'Unione Europea ed il Consiglio d'Europa*, 156 – 3.1.3. *Il diritto dell'Unione Europea e le norme ad effetto diretto*, 156 – 3.1.4. *Le istituzioni dell'Unione Europea*, 157 – 3.1.5. *Il principio di attribuzione delle competenze ed i limiti di applicabilità del diritto dell'Unione*, 160 – 3.1.6. *Il sistema giudiziario europeo e la Corte di giustizia*, 160 – 3.1.7. *La tutela dei diritti fondamentali e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, 162 – 3.2. L'ordinamento convenzionale e la Corte EDU, 164 – 3.2.1. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, 164 – 3.2.2. *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 169 – 3.3. Valutazione di sintesi, 172 – 3.3.1. *Le fonti del diritto*, 172 – 3.3.2. *Corti Supreme Europee e giudice nazionale*, 175 – 3.3.3. *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di giustizia: caratteri differenziali*, 176.

## Parte IV

### **Altri sistemi internazionali**

## 181 Capitolo I

### *Il sistema interamericano*

1.1. Lo sviluppo storico del sistema interamericano, 181 – 1.2. La Dichiarazione Americana dei Diritti e dei Doveri dell'Uomo, 184 – 1.3. La Carta di Bogotà, 185 – 1.4. L'Organizzazione degli Stati Americani, 186 – 1.5. La Commissione Interamericana dei Diritti dell'Uomo, 187 – 1.6. La Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo (o Patto di San José di Costa Rica), 189 – 1.7. La Corte Interamericana dei diritti dell'uomo, 191 – 1.8. Altre convenzioni interamericane a tutela dei diritti umani, 195 –

1.9. Il dialogo tra le Corti Supreme, 196 – 1.10. Il sistema europeo ed il sistema interamericano a confronto, 197.

199      **Capitolo II**  
*Il sistema africano*

2.1. La soppressa Organizzazione per l'unità africana, 199 – 2.2. L'attuale Unione africana, 200 – 2.3. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, 201 – 2.4. La Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, 202 – 2.5. La Corte africana dei diritti umani e dei popoli, 203 – 2.6. Altri strumenti africani di tutela dei diritti umani, 205.

207      **Capitolo III**  
*I diritti umani in Medio Oriente*

3.1. La Lega Araba, 207 – 3.2. La dichiarazione dei diritti umani nell'Islam, 209 – 3.3. La Carta araba dei diritti dell'uomo, 212 – 3.4. La dichiarazione di Marrakesh, 215 – 3.5. Mondo islamico e mondo occidentale, 216.

221      **Capitolo IV**  
*I diritti umani nell'Asia Sud-Orientale*

4.1. Il continente asiatico e i cc.dd. valori asiatici, 221 – 4.2. La dichiarazione di Bangkok del 1993, 224 – 4.3. Il Sud-Est asiatico ed il ruolo dell'ASEAN, 225.

**Parte V**  
**Dimensione relazionale  
e dignità umana**

231      **Capitolo I**  
*La dimensione relazionale dei diritti*

1.1. I cosiddetti "diritti desiderio", 231 – 1.2. La dimensione relazionale dei diritti individuali, 234 – 1.3. Il bilanciamento di principi confliggenti, 238 – 1.4. Il diritto di ragione ed il criterio di ragionevolezza, 240.

245      **Capitolo II**  
*La dignità della persona umana principio cardine in materia di diritti umani*

2.1. Il concetto di dignità e le sue ambivalenze: una doverosa chiarificazione terminologica, 245 – 2.2. La nozione giuridica di dignità: brevissima genealogia filosofica, 250 – 2.3. La progressiva affermazione formale del concetto di dignità a partire dalla Costituzione di

Weimar, 255 – 2.4. La tutela della dignità nella Carta Costituzionale italiana, 256 – 2.5. La tutela della “dignità” nell’Unione Europea, 259 – 2.6. Alcune applicazioni giurisprudenziali del concetto di dignità, 261 – 2.6.1. *Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 261 – 2.6.2. *Nella giurisprudenza della Corte EDU*, 264 – 2.6.3. *Nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 265 – 2.6.4. *Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, 266 – 2.7. La problematica ricostruzione del concetto di dignità della persona umana, 270.



PARTE I

I DIRITTI UMANI  
E LA LORO TUTELA INTERNAZIONALE



## I diritti umani\*

### 1.1. La prima teorizzazione dei diritti umani

I diritti umani hanno il loro fondamento nella stessa natura e dignità della persona umana<sup>1</sup>: questa è la ragione principale della loro stessa denominazione.

La loro caratteristica essenziale sta nel fatto che essi non possono essere né concessi né derogati da alcun atto del potere statale: comunque si voglia considerare il loro contenuto (solo giuridico,

\* Il presente scritto costituisce ripresa, sviluppo e aggiornamento di precedenti scritti di entrambi gli Autori. E in particolare di argomenti trattati nella monografia: C. SARTEA, *Diritti umani: un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino 2018, nonché nelle due opere collettanee (a cura di P. Gianniti): *La CEDU ed il ruolo delle Corti* (2015) ed *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona* (2013), facenti parte del Commentario Scialoja-Branca-Galgano (Zanichelli, Bologna).

1. Il diritto è per l'uomo ed è al suo servizio. La centralità della persona umana per il diritto è espressa molto bene nella frase latina (che si attribuisce al giurista Ermogeniano): *hominum causa omne jus constitutum est*. Il valore della persona umana è riconosciuto in tutti gli ordinamenti democratici e rappresenta il principio fondamentale sul quale si fonda ogni società civile. La radice dei diritti dell'uomo è da ricercare nella dignità che appartiene ad ogni essere umano. Sulla «centralità della persona umana» e sulla necessità di «un umanesimo incentrato sul rispetto della dignità umana» è tornato Papa Francesco nel discorso al Parlamento europeo, pronunciato a Strasburgo il 25 novembre 2014 (disponibile sul sito [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). Il Pontefice, nel ricordare il progetto politico dei Padri Fondatori dell'Unione europea, ha precisato che «al centro di questo ambizioso progetto politico, vi era la fiducia nell'uomo, non tanto in quanto cittadino, né in quanto soggetto economico, ma nell'uomo in quanto persona dotata di dignità trascendente»; per poi concludere affermando: «È giunta l'ora di costruire insieme l'Europa che ruota non intorno all'economia, ma intorno alla sacralità della persona umana, dei valori inalienabili; l'Europa che abbraccia con coraggio il suo passato e guarda con fiducia il futuro per vivere pienamente e con speranza il suo presente. È giunto il momento di abbandonare l'idea di un'Europa impaurita e piegata su sé stessa per suscitare e promuovere l'Europa protagonista, portatrice di scienza, di arte, di musica, di valori umani e anche di fede. L'Europa che contempla il cielo e persegue degli ideali; l'Europa che guarda e difende e tutela l'uomo; l'Europa che cammina sulla terra sicura e salda, prezioso punto di riferimento per tutta l'umanità».

giuridico e morale insieme<sup>2</sup>), essi con siffatta struttura smentiscono in radice il dogma del giuspositivismo in base al quale «tutto il diritto è legge, tutta la legge è diritto»<sup>3</sup>. Decidendo di chiamarli “diritti dell’uomo”, i rivoluzionari americani e francesi del diciottesimo secolo intesero superare sia le frontiere nazionali sia il vincolo di legittimazione statualistica delle norme<sup>4</sup>. A partire dalla loro configurazione concettuale, i diritti dell’uomo o, come si preferisce chiamarli oggi, i diritti umani, vennero a ricordare che la giuridicità preesiste all’organizzazione istituzionale ed alle procedure di elaborazione della legge. Lo Stato, come ammettono persino alcuni testi costituzionali tra cui il nostro, si limita a “riconoscerli” e s’impegna a tutelarli (si rilegga in proposito l’art. 2 della Costituzione italiana): ma non li crea né pretende di fondarli, giacché la loro vigenza lo precede e lo supera, radicando nell’uomo stesso che ne è titolare e ne esige protezione per vivere come singolo e come membro di una comunità, e come tale svilupparsi.

La prima teorizzazione dei diritti fondamentali della persona umana (intenderemo questa espressione come sinonima dell’altra, diritti umani, pur alludendo essa specificamente alla formalizzazione del riconoscimento ed impegno di tutela dei diritti umani mediante dichiarazioni, proclamazioni, carte ufficiali), e, più in generale, l’affermazione di una legge non scritta, fondamento dei diritti dell’uomo, compare invero molto prima dell’Illuminismo e delle cristallizzazioni istituzionali dei diritti di cui stiamo parlando<sup>5</sup>. Occorre infatti risalire al pensiero di alcuni filosofi e scrittori della cultura greca per individuare le prime radici teoriche: per esempio ad Eraclito, il quale parla di una legge universale fondata sul *logos* divino<sup>6</sup>, o Sofocle (è noto che nel mondo classico la separazione tra le branche epistemologiche non è affatto rigida e disciplinata come avviene ai nostri giorni: cosicché non vi è nulla di strano ad affiancare un filosofo

2. Come opinano I. TRUJILLO, F. VIOLA, *What human rights are not (or not only)*, Nova Science, New York 2014.

3. Ne sintetizza i postulati con questa efficace espressione L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1981.

4. Lo illustra con efficacia A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritti dell’uomo/diritti del cittadino*, in Ead., *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, Cedam, Padova 2012, pp. 173 e ss.

5. Una notevole genealogia dei diritti umani, da considerare classica in argomento, è quella di G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, (1895), trad. it. a cura di G. Bongiovanni, Laterza, Roma-Bari 2002.

6. ERACLITO, *Leucippo*, fr. 2.

presocratico con il sommo drammaturgo), per il quale gli *agrapta nomina*, cioè le leggi non scritte ma presenti nello spirito umano per opera degli dei, sono l'ultimo baluardo contro la tirannide<sup>7</sup>; o come Epitteto, che parla della comune e alta dignità morale e giuridica dell'uomo<sup>8</sup>, in quanto creatura di Dio.

Più in generale, il problema, attuale anche ai giorni nostri, sulla differenza tra un ordinamento statale legittimo ed uno illegittimo fu trattato da Polibio nella sua Storia di Roma, seguendo i risultati ai quali erano già pervenuti Platone e Aristotele. In particolare, per quanto riguarda la democrazia, Polibio afferma che non può dirsi democratico uno Stato in cui una qualsiasi massa di cittadini — anche maggioritaria — è padrona di fare ciò che le pare e piace: ne consegue che il fondamento del potere, anche in democrazia, non risiede *sic et simpliciter* nel suo esercizio, per quanto formalmente e proceduralmente validato, ma dipende dal contenuto delle azioni promosse, che va raffrontato costantemente alle “leggi non scritte” che preservano il bene umano, promuovendone lo sviluppo autentico.

Alla ricca tradizione greca si aggiunge poi la grande tradizione dottrinarie e giurisprudenziale romana:

Certamente — insegnava Cicerone<sup>9</sup> — esiste una vera legge: è la retta ragione; essa è conforme alla natura; la si trova in tutti gli uomini; è immutabile ed eterna; i suoi precetti chiamano al dovere e i suoi divieti trattengono dall'errore [...]. È un delitto sostituirla con una legge contraria; è proibito non praticarne una sola disposizione; nessuno poi ha la possibilità di abrogarla completamente.

Dunque, fin dai tempi dell'antichità greco-romana era chiaro che la democrazia può esistere come tale soltanto se la maggioranza rispetta certe premesse basilari dell'ordinamento sociale, tra cui i diritti inviolabili dell'uomo<sup>10</sup>.

7. SOFOCLE, *Antigone*, 454–460. Sull'*agrapta nomos* si vedano anche le sintetiche ma profonde riflessioni di F. D'Agostino, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011.

8. Ne riferisce POLIBIO, *Storie*, Diatriba I, 3,1.

9. CICERONE, *De re publica*, 3, 22, 33.

10. Il diritto romano considerava come un essere o un individuo umano il concepito ancora non nato (il *nasciturus*, per l'appunto) che, come tale, era soggetto di diritti, potendo perfino essere destinatario di beni testamentari. Così nei *Digesta* di Giustiniano viene riconosciuta al nascituro la condizione giuridica di essere umano (*Qui in utero sunt [...] intelliguntur in rerum natura esse*: D.1.5.26); e, perciò, esso era da considerarsi titolare di diritti, come se fosse nato (*Nasciturus pro iam nato habetur*: D.1.5.7), quando si tratti del suo vantaggio (*commodum*).

L'avvento del Cristianesimo e la sua diffusione nel mondo ha rispettato tutte queste acquisizioni della *recta ratio* nella filosofia morale e nella scienza giuridica della grande cultura greco-romana, sviluppandole ed arricchendole. Per il Cristianesimo — e, in un certo qual modo, per tutte le religioni monoteistiche — la persona umana non è soltanto l'essere più alto nella scala dei viventi, a motivo dell'intelligenza e della libertà di cui gode, ma è anche l'unico essere che è stato creato per sé stesso<sup>11</sup> e che, secondo la più laica lezione kantiana, in nessun caso può essere trattato soltanto come mezzo, ma sempre deve essere trattato anche come fine<sup>12</sup>. A confermare la continuità del discorso occidentale (e dunque cristiano) sui diritti dell'uomo e nell'uomo, si pensi anche per esempio al periodo rinascimentale ed al celebre discorso di Pico della Mirandola, *De Dignitate Hominis*, del 1486, oppure in tempi più vicini alla netta affermazione di Antonio Rosmini nella sua monumentale *Filosofia del Diritto*, allorché sostiene che la «persona è il diritto umano sussistente».

## 1.2. La codificazione dei diritti umani

La teorizzazione dell'esistenza di “diritti umani” affonda, dunque, le sue radici nella filosofia classica, ma ha cominciato ad acquistare autonoma rilevanza sul piano giuridico soltanto con le codificazioni europee del XIII e XIV secolo, e, in particolare, con la stesura della *Magna Charta Libertatum* inglese (1215), dell'*Erik Klippungs Handfaesting* danese (1282) e del *Joyeuse Entrée* fiammingo (1356), a cui si aggiunsero l'*Union of Utrecht* olandese (1579) e il *Bill of Rights* inglese (1689).

Questo pensiero, introdotto dalla giurisprudenza romana nel sistema dello *jus civile*, operò un mutamento qualitativo nelle strutture del pensiero sociale e giuridico, non solo romano, ma dell'intera civiltà giuridica. Infatti, il principio di considerare giuridicamente essere umano — anche quando non lo si qualifica come persona — il concepito non nato — che, dunque, va protetto — è stato raccolto lungo i secoli posteriori in molti codici costituzionali e civili di aree geografiche e culturali assai lontane: non soltanto del mondo latino, romano e iberico (Italia, Spagna, Argentina, Brasile, Uruguay, Perù, Cile, ecc.), ma anche nel diritto germanico (cfr. per esempio la sentenza 28 maggio 1993 della Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca) e, perfino, nel codice civile del Giappone (art. 721).

11. GIOVANNI PAOLO II, nell'*Evangelium vitae*, ha affermato che: «La ragione più alta della dignità dell'uomo consiste nella sua vocazione alla comunione con Dio».

12. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it. di P. Chiodi, UTET, Torino 1995, pp. 88: «Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo».

Tali atti, tuttavia, si limitavano<sup>13</sup> a concedere alcune libertà a determinati soggetti o gruppi in virtù del loro rango o *status* sociale, circoscrivendo contestualmente il potere assoluto del sovrano. Anche così, è evidente che con tali concessioni andava delineandosi un rapporto nuovo tra il potere dell'autorità politica e gli spazi di libertà dei sottoposti, secondo una logica di *self restraint* che per esempio Carl Schmitt considerò essenziale al fenomeno giuridico dei diritti fondamentali: «I diritti fondamentali in senso proprio sono essenzialmente diritti del singolo uomo libero e precisamente diritti che egli ha di fronte allo Stato»<sup>14</sup>.

Solo nei secoli successivi il concetto di libertà individuale si è progressivamente svincolato dall'appartenenza a gruppi sociali e, nel corso dei secoli XVIII e XIX, si è affermata la convinzione che i sudditi di uno Stato avessero diritto di attendersi da parte di quest'ultimo un impegno per il miglioramento delle loro condizioni di vita. È da molti sostenuto, plausibilmente, che un influsso decisivo su questi sviluppi lo abbiano esercitato le riflessioni, teologiche e filosofiche, svolte da intellettuali laici e religiosi all'indomani della scoperta dell'America: evento che ebbe una notevole importanza nella coscienza europea<sup>15</sup>, e che tra le altre cose impose a pensatori e governanti di affrontare con chiarezza il problema della dignità umana degli *indios* e di conseguenza dell'esistenza di diritti universali fondati sulla comune natura di conquistatori e vinti. In tal senso, risultano eccezionalmente importanti le *Relectiones de indis* di Francisco de Vitoria, del 1531<sup>16</sup>.

Svincolandosi almeno in parte dalla prospettiva teista che innervava le tesi di Vitoria (e come lui di Las Casas, Suárez, ed in certa misura anche dell'olandese Grozio e dei tedeschi Thomasius e Pufendorf), la filosofia giuridica illuminista fu l'immediata antenata delle prime dichiarazioni dei diritti umani, non già nella parte centromeridionale del Continente americano, bensì in quella settentrionale, la cui storia

13. Si veda tra le tante la ricostruzione genealogica di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984.

14. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 220.

15. Tra i tanti studi in argomento si veda T. TODOROV, *La scoperta dell'America. Il problema dell'altro*, (1982), trad. it. a cura di A. Serafini, Einaudi, Torino 2007.

16. Per approfondimenti, a parte l'opportuna lettura dell'opera originale (peraltro non facilissima da reperire in traduzione italiana), si segnalano I. TRUJILLO, *Francisco de Vitoria: il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Giappichelli, Torino 1997, e M. FAZIO, *Due rivoluzionari: F. de Vitoria e J.J. Rousseau*, Armando, Roma 1998.

di conquista fu radicalmente diversa<sup>17</sup>. La Dichiarazione dei diritti dello Stato di Virginia del 12 giugno 1776<sup>18</sup> afferma infatti nel suo primo articolo che

tutti gli uomini sono per natura ugualmente liberi e indipendenti e possiedono certi diritti innati dei quali, all'atto di costituirsi in società, non possono privare sé stessi né la propria posterità; e tali diritti sono il fondamento della vita e della libertà, con i mezzi di acquistare e possedere beni in proprietà e la ricerca ed il conseguimento della felicità e della sicurezza.

Concetti analoghi si ritrovano nelle Dichiarazioni di diritti della Pennsylvania (art. 1) e del Massachusetts (art. 2), che affondano le loro radici storiche nei movimenti politico-religiosi dell'Inghilterra dei secoli XVI e XVII e nella tradizione del diritto consuetudinario o comune (*common law*).

Anche la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino redatta in Francia negli anni rivoluzionari (tra il 1789 ed il 1793 in particolare), al pari della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 1776, è nata da conflitti sostenuti per capovolgere il potere autocratico e instaurare governi basati sul consenso dei governati. Invero, come Schmitt non ha mancato di notare, a differenza delle dichiarazioni americane quella rivoluzionaria francese è programmaticamente non cristiana, ed infatti trascura la libertà religiosa che invece nei testi d'oltre oceano era centrale. Già Jellinek, nel suo anticipatorio saggio sulle dichiarazioni dei diritti<sup>19</sup>, aveva messo in evidenza questo elemento differenziatore, che ha a che vedere con la storia concreta delle due rivoluzioni.

Purtuttavia, anche la dichiarazione francese proclama che tutti gli uomini nascono liberi e uguali, e che il fine di ogni governo è quello di proteggere le libertà naturali dell'uomo. Tesi e prospettive care al cosiddetto "giusnaturalismo moderno", assai lontano da quello classico e certamente incompatibile con quello di Aristotele ed ancor più di Tommaso d'Aquino, che sviluppando alcune embrionali

17. Vi riflette con sintesi acuta Jellinek nel già citato saggio *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*.

18. La dichiarazione della Virginia rappresenta la prima Dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'epoca moderna. Scritta da George Mason ed adottata dalla Convenzione della Virginia del 12 giugno 1776, fu largamente seguita da Thomas Jefferson per la Dichiarazione dei diritti dell'uomo, che accompagna la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776 (nella quale si legge «che tutti gli uomini sono creati uguali tra loro, che essi sono dotati dal loro Creatore di alcuni inalienabili diritti tra cui la vita, la libertà e la ricerca della felicità»).

19. G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, cit.

intuizioni aristoteliche, aveva parlato di tre ordini di leggi: quella eterna, quella naturale, quella umana, che devono ispirarsi l'una all'altra secondo un modello ascendente (dall'ultima alla prima), onde assicurare l'ordine nel creato ed il perseguimento del fine ultimo da parte di ciascuno. La nuova "legge naturale" è piuttosto il rispetto dei "diritti naturali" dell'uomo naturale (che si comincia ad intendere come uomo allo stato di natura, a partire dagli esperimenti mentali sull'origine di diritto e Stato effettuati da Thomas Hobbes, John Locke e poi anche, in misura diversa, da Jean-Jacques Rousseau<sup>20</sup>).

Qualunque sia la genealogia critica che si preferisca adottare, quel che è certo è che la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 1776 e la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793 hanno dato inizio al moderno linguaggio dei diritti<sup>21</sup>.

A seguito della possente socializzazione degli Stati, per influsso vuoi della diffusione crescente delle dottrine marxiste vuoi del favore che la stessa Chiesa cattolica aveva cominciato a manifestare nei riguardi della "questione sociale", in coerenza con la sua vocazione preferenziale per gli ultimi (a partire almeno dall'enciclica *Rerum*

20. Sui paradossi del giusnaturalismo moderno è interessante la monografia dedicata al pensatore ginevrino da R. SPAEMANN, *Rousseau cittadino senza patria: dalla 'polis' alla natura*, (1978), trad. it. di L. Allodi, Ares, Milano 2009.

21. Il linguaggio dei diritti assunse, fin dall'inizio, due espressioni diverse, che in certa misura riprenderemo nelle sezioni teoretiche di questo studio, ma che fin d'ora possiamo riassumere come segue. La prima, influenzata dai pensatori dell'Europa continentale, in primo luogo da Rousseau, lasciava maggiore spazio al concetto di uguaglianza e fraternità, temperando i diritti con limiti e doveri. Considerava favorevolmente lo Stato, quale garante dei diritti e protettore dei deboli. Le Carte che si allinearono a questa tradizione — oltre alle Costituzioni francesi della fine del XVIII secolo, il Codice generale prussiano del 1794 e la Costituzione norvegese del 1815 — mescolavano i diritti politici con gli obblighi pubblici di prestare assistenza ai poveri. Tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, quando i partiti socialisti dell'Europa continentale e quelli cristiano-democratici reagirono alle dure conseguenze dell'industrializzazione, questi principi paternalistici si trasformarono in diritti sociali ed economici. La formulazione anglo-americana del linguaggio dei diritti, invece, enfatizzava la libertà e l'iniziativa individuale (più dell'uguaglianza o della solidarietà sociale) ed era accompagnata da una maggiore sfiducia nei confronti del governo. Le differenze fra le due tradizioni erano soprattutto di grado e di enfasi, ma il loro spirito compenetrò ogni angolo delle rispettive società. Quando i Paesi latino-americani ottennero l'indipendenza, nel XIX secolo, questi due orientamenti cominciarono a convergere. Le nuove nazioni conservarono in grande misura il loro sistema giuridico di matrice europeo-continentale ma adottarono costituzioni modellate su quella degli Stati Uniti, integrandole con misure di protezione per i lavoratori e gli indigenti. Le Costituzioni dell'Unione Sovietica presero una strada diversa, subordinando l'individuo allo Stato, esaltando l'uguaglianza più della libertà e dando maggiore importanza ai diritti economici e sociali che non alle libertà politiche e civili.

*novarum*, del 1891, considerata il documento inaugurale della Dottrina Sociale Cristiana<sup>22</sup>), diverse Costituzioni redatte in Europa tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo prevedevano, accanto ai diritti classici, precise responsabilità dei governi nei settori del lavoro, della sicurezza sociale, della sanità e dell'istruzione<sup>23</sup>. Va riconosciuto che il primo tentativo di proclamazione dei diritti sociali tra i diritti umani, dato dalla Costituzione di Weimar (Germania 1919), fallì rapidamente lasciando il campo all'involuzione totalitaria: ma ne rimase il seme, cosicché praticamente tutte le Costituzioni successive alla Seconda Guerra mondiale ne recano l'impronta sociale, confermando l'ipotesi evolutiva di John Humphrey Marshall<sup>24</sup>.

22. E confermata un secolo dopo dalla notissima e fondamentale lettera Enciclica *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II; ma senza dimenticare le perspicue riflessioni sul rapporto tra Stato ed economia contenute nella successiva enciclica di Benedetto XVI *Caritas in Veritate*. Oltre ai contributi del Magistero dei Pontefici, la dottrina sociale della Chiesa cattolica ha trovato organizzazione sistematica nel *Compendio della dottrina sociale cristiana*, reperibile in <http://www.vatican.va>.

23. Occorre precisare che la valenza dei diritti fondamentali della persona umana è stata interpretata in chiave diversa nelle dichiarazioni dei diritti anglo-americane e nei successivi sistemi costituzionali europei continentali: l'anteriorità e la conseguente inviolabilità di diritti fondamentali rispetto ad ogni potere statale positivo, compreso quello costituzionale, nelle prime, ha sempre rappresentato la pietra miliare su cui è stato costruito l'intero edificio statale; mentre, nei secondi, a partire dalla Rivoluzione francese, sono state frequentemente relativizzate sul piano del diritto positivo e dell'attività politica. Nel caso dei primi sistemi costituzionali il concetto di "diritti soggettivi", introdotto dalla dogmatica giuridica liberale, pur evidenziando un cambio di impostazione dottrinale riguardo al "realismo giuridico" (il *sum cuique tribuere*, la *res iusta*) proprio della cultura giuridica classica, non ha rappresentato una "rottura" con il passato. Infatti, i due grandi movimenti ideali — il giusnaturalismo ed il contrattualismo —, coincidevano nel riconoscere che l'inviolabilità dei diritti soggettivi fondamentali risiede nel loro carattere di diritti innati, radicati cioè nella stessa natura umana; e che tali diritti innati e inviolabili sono per principio beni non negoziabili, e, quindi, non suscettibili di formare oggetto di patti sociali, che stabiliscono le regole della convivenza e, tanto meno, di poteri politici, costituiti sulla base dei medesimi patti. Al contrario, nei sistemi giuridici successivi alla Rivoluzione francese, l'inviolabilità dei diritti fondamentali è stata alquanto relativizzata, mediante leggi tendenti a regolare e talvolta a limitare (e perfino sospendere) l'esercizio di tali diritti. Questo fenomeno, conseguenza nel secolo XIX del positivismo giuridico e della sua concezione relativista della razionalità delle leggi, si è ulteriormente aggravato nel secolo XX per le aberrazioni giuridiche contro la dignità della persona umana, proprie dei regimi politici totalitari, e, nei regimi democratici, per il crescente influsso di ideologie filosofiche e politiche improntate al relativismo morale ed al permissivismo libertario.

24. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, (1950), trad. it. di S. Mezzadra, Laterza, Roma-Bari 2002.