

ALESSANDRA FACCHI

BREVE STORIA DEI DIRITTI UMANI

1. I DIRITTI UMANI: CONCETTO E FONDEAMENTO

1.1. Il concetto di diritti umani

1.2. La nascita dei diritti umani

1.3. La natura dei diritti umani

1.4. La portata dei diritti umani

1.5. La natura dei diritti umani

1.6. La natura dei diritti umani

2. LA STORIA DEI DIRITTI UMANI

2.1. L'evoluzione dei diritti umani

2.2. L'evoluzione dei diritti umani

2.3. L'evoluzione dei diritti umani

2.4. L'evoluzione dei diritti umani

2.5. L'evoluzione dei diritti umani

2.6. L'evoluzione dei diritti umani

2.7. L'evoluzione dei diritti umani

2.8. L'evoluzione dei diritti umani

2.9. L'evoluzione dei diritti umani

2.10. L'evoluzione dei diritti umani

2.11. L'evoluzione dei diritti umani

2.12. L'evoluzione dei diritti umani

2.13. L'evoluzione dei diritti umani

2.14. L'evoluzione dei diritti umani

2.15. L'evoluzione dei diritti umani

2.16. L'evoluzione dei diritti umani

2.17. L'evoluzione dei diritti umani

2.18. L'evoluzione dei diritti umani

2.19. L'evoluzione dei diritti umani

2.20. L'evoluzione dei diritti umani

IL MULINO

INDICE

Premessa	p.	7
Introduzione		11
I. Tra Cinquecento e Seicento: la teorizzazione dei diritti		21
1. La tradizione inglese e gli «jura et libertates»		21
2. L'idea di diritti naturali dell'uomo		25
3. Le teorie contrattualiste e la funzione politica dei diritti		30
4. La proprietà individuale come archetipo del diritto soggettivo		36
II. Il Settecento: l'affermazione dei diritti dell'uomo		43
1. Il pensiero illuminista: diritti e riforme del diritto		43
2. L'Indipendenza americana e le prime Carte dei diritti		48
3. La Rivoluzione francese e la «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino»		52
4. Il dibattito europeo e la polemica tra Burke e Paine		59
5. L'apparizione dei diritti delle donne		62
III. L'Ottocento: dai diritti dell'uomo ai diritti del cittadino		71
1. La positivizzazione dei diritti tra Costituzioni e codificazioni		71

2. Il giuspositivismo: dai diritti naturali ai diritti positivi	p. 75
3. Diritti del cittadino e cittadini particolari: l'esclusione dal suffragio	80
4. Il femminismo liberale e la rivendicazione dell'accesso ai diritti	83
5. La critica all'idea di diritti: da Marx alla sociologia	88
6. Libertà, leggi e diritti	92
IV. Il Novecento: la moltiplicazione dei diritti	107
1. L'origine dei diritti sociali tra Ottocento e Novecento	107
2. Stato sociale e pubblica amministrazione	112
3. I diritti economici e sociali nelle prime Costituzioni del secolo	115
4. Diritti di gruppo e di cittadinanza: Gurvitch e Marshall	119
5. Diritti civili e diritti sociali: contrapposizioni e convergenze	122
V. Il Novecento: l'universalizzazione dei diritti	131
1. La rifondazione dei diritti nel secondo dopoguerra	131
2. Verso i diritti umani positivi: l'inizio del processo di internazionalizzazione	135
3. Donne e diritti: a partire dall'eguaglianza	142
4. Il problema dell'universalismo dei diritti	145
Riferimenti bibliografici	155
Indice dei nomi	171

INTRODUZIONE

Diritti sono enunciati in tutte le Carte costituzionali, Trattati, Convenzioni internazionali, ai diritti si fa costante riferimento sia per opporsi a politiche pubbliche sia per legittimarle o per sollecitarle, per difendere e diffondere interessi, valori, principi. Ogni rivendicazione, individuale e collettiva, tende a presentarsi nei termini di un diritto. Soggetti collettivi e istituzioni fino a poco tempo fa estranee, se non critiche, verso il lessico dei diritti, lo adottano con sempre maggior frequenza e investimento, aumentando di conseguenza le interpretazioni e le funzioni ad esso affidate¹.

«Diritto» riferito ad un soggetto è dunque un termine usato in molti sensi e contesti, ed è difficile fissarne un significato rigoroso partendo dalla prassi². Pur limitandosi all'ambito giuridico l'uso generico e indiscriminato del termine «diritto», già rilevato dal giurista nordamericano Hohfeld agli inizi del Novecento, è oggi ancor più evidente. Anche le definizioni e le classificazioni dei diritti elaborate dalla dottrina e dalla teoria giuridica sono controverse, continuamente ridiscusse e rielaborate, spesso caratterizzate da vaghezza e dipendenti dall'orientamento politico e morale di chi le formula. Nonostante ciò, e forse anche per ciò, mi pare opportuno, prima di addentrarmi nella storia dei diritti, dare qualche indicazione su cosa si intende con «diritto» e a quali nozioni di «diritti» si fa più diffusamente riferimento.

La prima distinzione che appare ovvia, ma nondimeno è ancora foriera di confusioni, è quella tra diritto in senso soggettivo (in inglese *right*) e diritto in senso oggettivo (in inglese *law*), cioè insieme di norme. Il termine «diritto» in senso soggettivo, come attributo di una persona, viene utilizzato in vari ambiti: fondamento morale, rivendicazione

sociale, contrattazione politica, formulazione e applicazione delle norme giuridiche. In ciascuno di questi ambiti ha usi differenti che tuttavia si sovrappongono, si influenzano e sono riconducibili ad un'unica matrice.

Dire che qualcuno ha un diritto significa dire che ha delle aspettative giustificate da una regola o da un accordo precedente che qualcun altro tenga un determinato comportamento. In generale «diritto» indica una pretesa di qualcuno rispetto a qualcosa – di un soggetto nei confronti di un altro o più soggetti – ma non una qualsiasi pretesa, bensì una pretesa giustificata³. La pretesa che dà contenuto al diritto si fonda su di una norma o su un ordinamento, cioè su di un insieme di norme. In questo senso può dirsi una pretesa legittima.

Il soggetto titolare di diritto può essere un individuo o una collettività: popolo, minoranze, comunità, associazioni, ecc. Più controverso è se possano essere titolari di diritti in senso giuridico soggetti non umani, come nel caso degli animali, o non viventi come nel caso delle generazioni future, o senza capacità di esercitare una volontà, come nel caso di alcuni malati terminali⁴.

La norma su cui si fonda il diritto può essere giuridica, ma anche morale. In inglese si distingue tra *legal rights* e *moral rights*, mentre in italiano non sono in uso formule corrispondenti e parlare di «diritti giuridici» suona quanto meno cacofonico. Più comune è l'uso di «diritti positivi», con cui si intendono diritti che si traducono in aspettative fondate su una o più norme giuridiche, cioè di diritto positivo.

Diritti in senso morale e diritti in senso giuridico sono dunque concetti distinti ma correlati: in generale un diritto giuridico incorpora un diritto morale che ne costituisce l'origine e il fondamento. L'aspirazione di chi sostiene un diritto morale è solitamente quella di trasformarlo in un diritto giuridico e ciò emerge con evidenza nella storia dei diritti a partire dalle prime formulazioni di diritti soggettivi come diritti naturali.

Ad un diritto corrispondono uno o più doveri. Un diritto positivo si traduce dunque nella pretesa di un soggetto (o meglio di una classe di soggetti che corrisponde al carattere di generalità della legge) a cui corrisponde un

obbligo (dovere) di altri soggetti⁵. Questi soggetti possono essere privati: individui, collettività, persone giuridiche e/o pubblici: funzionari e istituzioni dello Stato.

Un diritto positivo si fonda su diversi tipi di norme giuridiche.

Un primo livello è quello dell'affermazione di un diritto nelle Costituzioni, in atti sovranazionali o da parte della giurisprudenza costituzionale; un secondo è quello della sua attuazione attraverso norme giuridiche che predispongono obblighi, divieti e procedure; un terzo è quello della sua giustiziabilità, che avviene attraverso la predisposizione di norme e istituzioni che permettano ad un soggetto che consideri leso quel diritto di ricorrere ad un organo pubblico.

La dichiarazione di un diritto non implica di fatto la sua attuazione e tanto meno la sua giustiziabilità: uno dei casi più noti è quello del diritto al lavoro previsto dalla Costituzione italiana⁶. Inoltre, anche se corredato di tutte le norme e le istituzioni necessarie, anche se giustiziabile, un diritto può essere ineffettivo, nel senso che le norme che lo dispongono, attuano e garantiscono non producono effetti⁷.

Sia nel linguaggio scientifico – giuridico, filosofico, sociologico – sia nel linguaggio comune si fa costante riferimento a particolari tipi di diritti: «soggettivi», «umani», «fondamentali», «inviolabili».

«Diritti soggettivi», locuzione utilizzata già nelle teorie giusnaturaliste seicentesche e consolidatasi nella dottrina giuridica ottocentesca, indica la classe più ampia di diritti, in quanto si riferisce al diritto come attributo di un soggetto senza nulla specificare sulla sua natura, sui titolari, sulle norme in cui si traduce, ecc. Tra i diritti soggettivi si distinguono diritti che possono realizzarsi attraverso l'astensione di altri soggetti e diritti che si traducono in prestazioni di altri soggetti. I primi corrispondono a libertà di fare o non fare qualcosa e si traducono in obblighi che limitano le azioni di altri; i secondi corrispondono a pretese che altri facciano qualcosa e si traducono in obblighi di azioni e servizi. Una distinzione fondamentale è poi quella tra diritti soggettivi privati che si fondano su norme di diritto privato, derivano da accordi e concernono rap-

porti tra soggetti privati, e diritti soggettivi pubblici che concernono in prima istanza rapporti delle persone con lo Stato e i suoi organi e si fondano su norme di diritto pubblico⁸.

Diritti pubblici soggettivi sono anche i «diritti umani» o «diritti dell'uomo», espressione molto diffusa, sia in riferimento all'ambito delle Dichiarazioni e della tutela internazionale dei diritti, sia a quello della discussione filosofica sui loro fondamenti. Essa si ricollega alla tradizione dei *droits de l'homme* e indica quei diritti di cui sono titolari tutti gli esseri umani, in questo senso universali⁹, che valgono in ogni territorio e che possono essere fatti valere nei confronti di tutti i soggetti, pubblici e privati. Mentre secondo un punto di vista il criterio per identificare i diritti umani è la fonte e dunque essi vengono a coincidere con quei diritti riconosciuti come tali negli ordinamenti nazionali e sovranazionali, secondo un altro ha senso parlare di diritti umani solo «come diritti che ineriscono alla persona in quanto tale a prescindere dal riconoscimento o dall'attribuzione di qualche potere pubblico» [Viola e Zaccaria 2003, 88]. In questo senso i diritti umani sono espressione di valori e bisogni essenziali della persona umana¹⁰. Sul piano costituzionale si distinguono i diritti dell'uomo, o della persona, che spettano a tutti indipendentemente dalla nazionalità, tipicamente le libertà e i diritti sociali fondamentali, dai diritti del cittadino, legati all'appartenenza ad una comunità politica, tipicamente il diritto di voto, ma anche alcuni diritti di libertà e sociali.

Nella Costituzione italiana, e nella dottrina giuridica, si parla di «diritti inviolabili» per indicare quei diritti che tutti sono tenuti a rispettare, compreso il legislatore, ai quali lo Stato è vincolato a dare attuazione e giustiziabilità. I diritti inviolabili non possono essere sottoposti ad altre valutazioni o valori, hanno sempre la precedenza.

Diritti umani e diritti inviolabili sono generalmente considerati anche diritti imprescrittibili, dunque che non sono soggetti a prescrizione e inalienabili, dunque che non possono essere alienati dal titolare: la loro eventuale alienazione non è valida. A fondamento di questi caratteri è l'idea che esistono beni come la libertà, l'integrità fisica

o la salute che spettano alla persona indipendentemente dalla sua volontà. In questo senso si distinguono dai diritti patrimoniali che possono essere prescritti, sono alienabili e disponibili.

La locuzione più diffusa, benché non del tutto definita, per indicare i diritti pubblici inviolabili e inalienabili è «diritti fondamentali». Si parla di diritti fondamentali in due sensi: il primo fa riferimento a quei diritti che sono enunciati in testi fondamentali sia sul piano nazionale sia sovranazionale o che sono dichiarati fondamentali da Corti costituzionali. Nel secondo senso, che si sovrappone al primo, si dicono fondamentali quei diritti che sono espressione di valori fondamentali e dunque che tutelano i beni considerati più significativi per un dato ordine sociale o per l'umanità.

I diritti fondamentali vengono generalmente considerati anche diritti universali, nel senso che ne sono titolari classi di soggetti come esseri umani, persone o cittadini¹¹. Umani, universali, fondamentali, inviolabili sono dunque attributi dei diritti soggettivi il cui uso spesso si sovrappone: tradizionalmente si sono considerati questi caratteri tipici dei diritti di libertà, detti anche libertà civili. Ciò riconduce ad una delle classificazioni più consolidate e note nell'ambito dei diritti pubblici soggettivi, sancita in Costituzioni e atti internazionali: quella tra diritti civili, politici e sociali.

La formula «diritti civili» si diffonde nel XIX secolo per indicare tutti i diritti che non sono diritti politici. Nei diritti civili, detti anche di prima generazione, confluiscono i diritti di libertà personale (di pensiero, religione, parola, circolazione, stampa, ecc.), i diritti di autonomia contrattuale e d'azione processuale, i diritti di tutela contro l'uso illegittimo della forza, tra cui il diritto ad un giusto processo e le garanzie dell'imputato, il diritto di proprietà. Si tratta di diritti di varia natura, accomunati dall'essersi affermati come diritti di tutela dell'individuo nei confronti dei poteri pubblici e privati¹².

I diritti politici corrispondono invece ai diritti della persona in quanto membro di una comunità politica e si affermano come requisito delle forme di governo democratico. Sono dunque diritti di partecipazione, in primo

luogo il diritto di eleggere i propri rappresentanti e di essere eletti (elettorato attivo e passivo), a cui se ne aggiungono altri, più o meno sviluppati secondo la forma di democrazia. Benché siano per eccellenza diritti il cui esercizio spetta al cittadino, nella Dichiarazione universale dei diritti del 1948 la loro titolarità è attribuita a tutti gli individui¹³.

I diritti sociali, ai quali sono spesso affiancati o ricondotti anche i diritti economici e i diritti culturali, sono invece di affermazione successiva¹⁴. Tra i diritti sociali vengono collocate situazioni molto diverse: diritto al lavoro e diritti dei lavoratori, all'organizzazione sindacale, all'assistenza sociale, alla salute, all'istruzione, alla famiglia, ecc.

Senza far riferimento ai valori su cui si fondano, i diritti sociali si caratterizzano fundamentalmente in base a due criteri: il radicamento sociale e la natura dell'obbligo corrispondente. Sotto il primo aspetto si dicono sociali poiché ne è titolare la persona in quanto appartenente ad un gruppo sociale, o il gruppo stesso, tipicamente i diritti del lavoratore e della famiglia. Un secondo criterio è quello che identifica i diritti sociali con diritti a cui corrisponde un obbligo di prestazione a cui sono tenuti in prima istanza lo Stato o i suoi organi, ma che comportano anche obblighi gravanti su soggetti privati, tipicamente il diritto all'istruzione, alla salute, al lavoro, alla previdenza sociale¹⁵.

L'essere diritti a prestazioni caratterizza i diritti sociali ed economici rispetto ai diritti civili, tradizionalmente concepiti come diritti di non subire ingerenze e dunque corrispondenti ad obblighi di astensione [cfr., ad esempio, Casese 2005; Matteucci 1983]¹⁶.

In quanto traducibile in prestazioni e servizi l'attuazione dei diritti sociali dipende dalle risorse disponibili e da scelte economiche e politiche. Nella tradizione degli Stati liberali i diritti sociali ed economici sono soggetti a forme di applicazione molto differenziate, lasciate alla discrezionalità dei poteri dello Stato, e raramente sono giustiziabili. Difficile è anche l'identificazione di standard minimi per affermare l'attuazione di diritti come quello

all'istruzione, all'assistenza medica, sociale, all'alloggio, ecc.¹⁷.

Questi caratteri di discrezionalità e ineffettività rendono i diritti sociali una categoria problematica per la teoria del diritto, spingendo alcuni autori a non considerarli veri diritti, al pari dei diritti civili¹⁸. Sempre più diffusa è però la posizione secondo la quale la scarsa giustiziabilità ed effettività dei diritti sociali non siano argomenti sufficienti a negarne l'esistenza normativa, dunque la natura di diritti e il carattere vincolante, ma semmai a metterne in luce le maggiori difficoltà di attuazione¹⁹.

È evidente l'implicazione di considerare o meno i diritti sociali come veri diritti, in alcuni casi diritti fondamentali, e non come opzioni politiche: nel primo caso essi si pongono come vincoli alle azioni dei governi, rilevabili ed eventualmente sanzionabili sia sul piano nazionale che su quello internazionale, al pari dei diritti di libertà; nel secondo si traducono in scelte lasciate all'opportunità politica, al calcolo costi-benefici, alla discrezionalità dei governi e del legislatore²⁰.

NOTE ALL'INTRODUZIONE

¹ Per una trattazione del linguaggio dei diritti nelle attuali dimensioni transnazionali cfr. Ferrarese [2002, cap. III].

² Sull'analisi del termine «diritto» nell'uso del linguaggio ordinario cfr. White [1984] e Comanducci [1987].

³ Trattazioni più ampie dei vari usi del termine «diritto» si trovano in Barberis [2006]; Guastini [1996; 2006]; Peces-Barba Martínez [1993].

⁴ Ricordo in proposito una distinzione fondamentale nella teoria del diritto: quella tra concezioni che considerano elemento costitutivo del diritto soggettivo la volontà, e dunque la scelta, del soggetto che ne è titolare (*will/choice theories*) e concezioni che invece considerano come elemento costitutivo l'interesse protetto e dunque il beneficio che deriva al soggetto (*interest/benefit theories*). La prima concezione, che appare più rispondente all'antropologia soggiacente ai diritti soggettivi, rende difficile riconoscere diritti a chi non ha la capacità di rivendicarli ed eventualmente farli valere in proprio. Essa si scontra dunque con il fatto che sono riconosciuti diritti a soggetti senza queste caratteristiche: in primo luogo i minori, ma anche i malati terminali, i portatori di gravi handicap, ecc. Soggetti che sono anche quelli più bisognosi di tutela attraverso i diritti: proprio perché in posizioni

deboli non possono misurarsi direttamente nel confronto di potere. La seconda concezione che fa valere l'esistenza di un diritto come tutela giuridica di interessi permette invece di includere i diritti di tutti i soggetti, eventualmente interpretati e rivendicati da altri in loro nome. Su queste concezioni e più in generale sui diritti nella teoria giuridica anglosassone del Novecento cfr. Celano [2001].

⁵ Secondo la nota classificazione di Wesley N. Hohfeld (1879-1918), un diritto corrisponde a quattro situazioni giuridiche elementari: *a*) pretesa intesa come capacità giuridica di esigere qualcosa da qualcuno; *b*) libertà, intesa come possibilità per il soggetto di fare (o non fare) qualcosa, di tenere o non tenere un comportamento; *c*) potere, inteso come capacità di creare obblighi e diritti in capo ad altri soggetti; *d*) immunità, intesa come assenza di soggezione ad un potere. Queste quattro situazioni e gli obblighi corrispondenti costituiscono il minimo comun denominatore di ogni rapporto giuridico. Un diritto positivo si traduce generalmente nella combinazione di due o più situazioni giuridiche elementari [cfr. Guastini 2006, cap. VII; Celano 2001].

⁶ Secondo alcuni autori un diritto che non sia giustiziabile è un diritto «inesistente» [Zolo 1994, 33]; secondo altri il diritto dichiarato rimane vincolante, l'assenza di norme di attuazione e garanzie va considerata un problema di lacune nell'ordinamento giuridico [Ferrajoli 2002, 26-33]. Guastini distingue i veri diritti dai diritti «di carta» in quanto rispondono congiuntamente a tre condizioni: «*a*) sono suscettibili di tutela giurisdizionale; *b*) possono essere esercitati o rivendicati nei confronti di un soggetto determinato; *c*) il loro contenuto è costituito da un obbligo di condotta non meno determinato del soggetto in questione» [Guastini 1996, 152].

⁷ Le questioni connesse alla giustiziabilità e all'effettività dei diritti da un lato, e alla loro origine sociale dall'altro, rappresentano un ambito privilegiato per l'approccio socio-giuridico; questo aspetto, già rilevato da Bobbio [1997, 73] e da Treves [1989], è oggi al centro di ricerche come quelle di Pannarale [2002] e Ferrari [1995].

⁸ Vi sono altre distinzioni giuridicamente molto rilevanti, come quella tra diritti relativi e assoluti o tra diritti reali e diritti d'obbligazione, che sarebbe però ridondante considerare in questa sede.

⁹ Per la distinzione tra universalità riferita ai titolari e universalità riferita ai fondamenti cfr. Baccelli [1999].

¹⁰ Sulle difficoltà di definire i diritti umani e sulla loro variabilità storica cfr. Bobbio [1997, 5-16]. Per una sintesi dei problemi inerenti alle molteplici concezioni di diritti umani (e dei diritti soggettivi di cui fanno parte) cfr. Comanducci [1998, 36-43].

¹¹ In questa direzione va la definizione proposta da Ferrajoli: «Sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, cittadini o persone capaci d'agire; inteso per "diritto soggettivo" qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica positiva» [Ferrajoli 2002, 5]. Da questa definizione derivano quattro tesi, che qui sempli-

fico: la prima è la radicale differenza tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali: i primi universali e indisponibili, i secondi singolari e disponibili. La seconda è che i diritti fondamentali, corrispondendo «a interessi e aspettative di tutti, formano il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica». La terza «riguarda l'odierna natura sovranazionale di gran parte dei diritti fondamentali», che li qualifica come diritti indipendenti dalla cittadinanza. La quarta è la distinzione tra diritti e garanzie dalla quale discende che «l'assenza delle relative garanzie equivale a un'inadempienza dei diritti positivamente stipulati e consiste perciò in un'indebita lacuna che è compito della legislazione colmare» [*ibidem*, 10-33].

¹² Ferrajoli rileva come la commistione nella categoria dei diritti civili di diritti di libertà e proprietà, già presente in Locke ma consolidatasi nella cultura giuridica liberale, si fondi sul carattere polisenso del termine «diritto di proprietà» che comprende sia il diritto di diventare proprietario, sia i diritti di disporre di beni specifici di cui si è proprietari, accomunando così un diritto di autonomia privata indisponibile con diritti patrimoniali per loro natura disponibili [in Zolo 1994, 268-272].

¹³ Nel quadro attuale definito da un lato dall'appartenenza delle persone a istituzioni sovranazionali, come l'Unione europea, e dall'altro, dalla residenza sui territori nazionali di stranieri migranti, il legame tra cittadinanza giuridica ed elettorato viene sempre più messo in discussione [cfr. Benhabib 2004].

¹⁴ Alle categorie dei diritti civili, politici e sociali si sono aggiunti i cosiddetti diritti di ultima generazione che esulano dal percorso storico tracciato in questo testo. Si tratta di una categoria ancor più indefinita ed eterogenea nella quale vengono ricompresi sia diritti di gruppi specifici (donne, minori, malati, consumatori), sia diritti di nuovi soggetti come le generazioni future o l'embrione, sia nuovi diritti come il diritto all'ambiente, diritti al patrimonio genetico, diritto alla tutela dei dati personali, legati al cambiamento scientifico e tecnologico o a nuove sensibilità sociali e culturali. In gran parte si tratta di diritti riconducibili alle categorie dei diritti civili e sociali, ma sprovvisti di tutela giuridica e rispondenti a proclamazioni politiche e a rivendicazioni sociali.

¹⁵ I due criteri spesso si sovrappongono: ad esempio la Costituzione italiana unisce, sotto il titolo *Rapporti etico-sociali*, i diritti della famiglia, il diritto all'istruzione e quello alla salute e sotto quello relativo ai *Rapporti economici* tutti i diritti dei lavoratori, alcuni dei quali si traducono in servizi, altri in garanzie e libertà. D'altronde il diritto all'istruzione comprende la libertà d'insegnamento e di istituire scuole private, il diritto a trattamenti sanitari comprende la libertà di non sottoporsi a trattamenti sanitari, ecc. Per una trattazione dei diritti sociali con riferimento alla Costituzione italiana cfr. Baldassarre [1989].

¹⁶ Questa visione è collegata all'idea che i diritti civili non avendo (o quasi) costi possano essere attuati in modo uniforme e indipendente dalle condizioni economiche dei singoli Stati. Se è vero che in linea astratta per attuare i diritti civili basta la non ingerenza, è anche vero

che di fatto essi richiedono prestazioni volte ad organizzare l'apparato di controllo, sicurezza e sostegno. In questo senso Diciotti [2006] mette in luce la difficoltà di individuare caratteri che differenzino strutturalmente diritti sociali e diritti civili.

¹⁷ Per un'analisi chiarificatrice della nozione di diritti sociali in riferimento alle più consolidate classificazioni di diritti cfr. Trujillo Pérez [in Schiavello e Trujillo Pérez 2000, 43-63], che riconduce le principali critiche ai diritti sociali «alla loro non giustiziabilità, al carattere non universale dei diritti in un doppio senso con riferimento al titolare e con riferimento al contenuto, al loro valore politico costituzionale e non giuridico costituzionale, alla dipendenza da circostanze di fatto» [*ibidem*, 45].

¹⁸ Secondo Zolo si potrebbe parlare di diritti sociali solo per una «pretesa a prestazioni pubbliche garantite dalla possibilità di agire efficacemente in giudizio per la sua soddisfazione»; se questo non si verifica è più corretto parlare di «servizi sociali» [Zolo 1994, 32-33]. Sulla stessa linea Barbalet [1992].

¹⁹ Questa posizione è sostenuta, tra gli altri, da Ferrajoli [2002]. A sostegno dell'inclusione dei diritti sociali ed economici nei diritti umani vincolanti per i governi anche Sen [2004].

²⁰ Cavallaro [in Schiavello e Trujillo Pérez 2000, 41] sottolinea come la Corte costituzionale italiana si sia trovata a contemperare le esigenze da un lato dei vincoli costituzionali imposti al legislatore «che essa stessa è chiamata a far rispettare (...) d'altro lato della discrezionalità legislativa che si manifesta soprattutto in materia di finanza pubblica».

TRA CINQUECENTO E SEICENTO: LA TEORIZZAZIONE DEI DIRITTI

1. *La tradizione inglese e gli «jura et libertates»*

Il diritto soggettivo ha un'origine abbastanza recente: il termine *ius*, nel senso di pretesa legittima di cui è titolare un soggetto, si diffonde all'inizio dell'età moderna. Fino ad allora era comunemente riferito a disposizioni contenute in leggi, consuetudini, giudizi. Anche il diritto romano non conosceva la nozione piena di diritto soggettivo: *ius* indicava o il diritto oggettivo, o, se riferito al soggetto, una situazione di intreccio di «vantaggi e svantaggi, beni e gravami» [Villey 1983, 78]¹.

Questo cambiamento nell'uso di un termine ha alle proprie spalle una profonda trasformazione della visione dell'uomo nel mondo, una visione che qualifica l'epoca moderna e che è ancora dominante nella cultura occidentale. La nascita dell'idea di diritto come pertinenza di un soggetto implica una concezione della persona come entità autonoma, appunto come individuo, e implica che «il legame sociale sia ripensato nei termini di un'aggregazione volontaria di individui» [La Torre 1996, 44].

Il processo che conduce alla formulazione teorica e istituzionale dei diritti di libertà si costruisce attraverso l'interazione tra catene di eventi e di teorie. Sul piano sociale si distinguono due percorsi di resistenza all'oppressione, storie di conflitti di soggetti deboli contro soggetti più forti, di rivendicazioni e conquiste di libertà individuali che assumono valenze politiche: la libertà religiosa, che poi diventa libertà di coscienza e d'opinione, e la libertà come sovranità di ciascuno sul proprio corpo e sui propri beni. Oggi si considerano i diritti di libertà come un unico insieme, ma la loro affermazione storica avviene attraverso percorsi di conflitto diversi, benché intrecciati

in vari momenti tra loro. L'origine sociale dei diritti umani si trova nelle «richieste di libertà che provenivano da coloro che combattevano contro il dogmatismo delle chiese e contro l'autoritarismo degli Stati» [Bobbio 1997, 75].

Dalla lotta contro il dogmatismo delle chiese deriva l'affermazione della libertà religiosa o più ampiamente della libertà di coscienza, cioè la libertà di riconoscersi in una fede che significa anche aderire ai suoi riti, ai suoi valori, associarsi in suo nome.

Le prime manifestazioni di questa lotta sono riconoscibili nelle eresie medievali e in correnti religiose minoritarie, spesso sanguinosamente represses dalla Chiesa cattolica che non ammetteva la diffusione di credenze contrarie al dogma stabilito dal papato e di movimenti che ne mettessero in discussione il dominio spirituale e politico. È soltanto con la Riforma protestante e con la sua diffusione nel XVI secolo che questo dominio viene spezzato affermando una religione, con un proprio clero e istituzioni che, pur richiamandosi alle radici comuni cristiane, si contrappone al cattolicesimo della Chiesa romana. All'impegno e alle dottrine dei riformatori, alle lotte che li contrappongono prima ai cattolici e poi al loro interno, all'intreccio tra conflitti religiosi e politici, alla capacità di pensare a dei valori che si impongono al potere politico in quanto superiori ad esso si può ricondurre, secondo una lettura consolidata, l'affermazione di quei valori di libertà individuale che confluiranno nei diritti dell'uomo.

La lotta contro l'autoritarismo dei sovrani – condotta nel corso di vari secoli da differenti gruppi sociali – si traduce anche nella conquista di spazi di libertà personale, che significavano in concreto garanzie contro provvedimenti arbitrari che colpissero la vita, il corpo, le attività, i beni. Questa lotta si intensifica nel periodo che porta alla costruzione dello Stato moderno con il corrispondente accentramento dei poteri nei sovrani assoluti e l'indebolimento delle classi aristocratiche. Si tratta di conflitti di resistenza che furono particolarmente acuti in quei territori in precedenza dominati dalla frammentazione politica feudale, ma che si estesero in tutta Europa. Alle rivendicazioni di autonomia e di nuovi spazi portate avanti dai

componenti dell'aristocrazia si affiancavano quelle del clero, degli ordini professionali, delle corporazioni e delle città. Queste ultime erano spesso entità politiche con una relativa autonomia, dunque con statuti particolari, come nel caso dei comuni italiani.

Numerosi atti e dichiarazioni testimoniano della costituzione nei territori dell'Europa medievale di ambiti di autonomia e tutele speciali per determinati gruppi sociali. Si trattava spesso della formalizzazione di prassi già esistenti, messe in pericolo dall'espandersi del potere dei sovrani. Tra questi documenti i più significativi appartengono alla storia dell'Inghilterra e sono il prodotto della secolare contrapposizione tra monarchia e aristocrazia, alla quale si sovrappongono i conflitti tra cattolici e protestanti, tra Chiesa anglicana e movimenti puritani, fino ad arrivare a quelli che accompagnano l'affermazione della borghesia di piccoli proprietari, artigiani e commercianti, cioè di quei ceti produttivi che porteranno alla rivoluzione industriale.

La *Magna Charta Libertatum*, emanata nel 1215, contiene l'affermazione giuridica delle libertà della persona; in essa si enuncia il cosiddetto principio dell'*habeas corpus*:

Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, spossessato della sua dipendenza, della sua libertà o libere usanze, messo fuori dalla legge, esiliato, molestato in nessuna maniera, noi non metteremo, né faremo mettere la mano su di lui se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese (art. 39).

Si tratta della prima affermazione ufficiale di un valore – l'integrità del corpo umano – opposto ad ogni potere, compreso quello del sovrano, e della prima istituzionalizzazione di una sfera di autonomia individuale rispetto alla quale l'ingerenza esterna deve essere giustificata dal diritto.

La *Magna Charta* contiene, se pur embrionalmente, alcuni principi che saranno fondamentali nello sviluppo del diritto moderno e dei diritti di libertà. Oltre al principio di legalità, espresso nell'affermazione che nessun provvedimento di limitazione della libertà personale può essere adottato senza un giudizio emesso «secondo la legge del

paese», vi sono quello della necessaria proporzionalità tra reato e sanzione, quello del giusto processo, che – si afferma – non può essere venduto, né negato a nessuno, né differito nel tempo, e quello della libertà di movimento, garantita ai mercanti sia come circolazione all'interno dell'Inghilterra, sia come possibilità di uscirne e rientrarne.

Le libertà e le garanzie espresse in questo storico documento, benché riferite solo agli uomini liberi e non sempre applicate, saranno un punto di riferimento costante per l'aristocrazia e il Parlamento nelle fasi alterne del secolare conflitto con la Corona².

Lo *Statuto de Tallagio non concedendo* del 1297 segna un altro passaggio nel percorso di ampliamento delle garanzie della persona di fronte al potere sovrano. In particolare l'art. IV prevede che ogni limitazione della libertà successiva, anche stabilita per legge, e ogni previsione contraria «a qualche articolo del presente statuto» sia «nulla e senza effetti per l'avvenire», affermando implicitamente l'esistenza di norme di tale importanza da non poter essere soppresse o modificate.

È evidente la preoccupazione di fissare delle tutele forti contro la possibilità che un rovesciamento di poteri permettesse alla Corona di sopprimere libertà e garanzie acquisite.

In questi documenti, così come in vari altri emanati nei secoli successivi nei territori europei³, la nozione di diritti soggettivi non è ancora compiuta, e ancor meno si può parlare di diritti dell'uomo. Essi sanciscono gli *jura et libertates*. Se la nozione di *jura* prefigurava quella di diritti soggettivi, *libertates* invece indicava varie forme di esenzioni o immunità, dunque libertà da imposizioni gravanti su tutti gli altri soggetti, cioè quelle misure che saranno in seguito chiamate, in senso dispregiativo, «privilegi» e saranno abolite in nome dell'eguaglianza dei diritti.

Le garanzie di autonomia e le tutele sancite nelle Carte medievali non riguardavano tutti, ma solo gli uomini liberi, cioè i membri dell'aristocrazia, del clero, e in alcuni casi di ordini professionali e delle comunità cittadine. Non si riferivano all'individuo come entità autonoma, universale, ma solo in quanto membro di un gruppo o di un'istituzione: si traducevano dunque in attributi di status sociale ricono-

sciuti ad alcune persone in quanto appartenenti a determinate collettività⁴. Erano «diritti» particolari.

I diritti dell'uomo intesi come facoltà spettanti a tutti gli individui si fondano all'opposto sull'idea di eguaglianza naturale di tutti gli uomini. La loro affermazione presuppone un rovesciamento della prospettiva, una rivoluzione concettuale prima che sociale: non più privilegi attribuiti in quanto appartenenti ad un determinato gruppo sociale, ma diritti riconosciuti in quanto uomini a prescindere dalle appartenenze, fossero esse di nascita o successivamente acquisite. La teorizzazione e la rivendicazione di diritti dell'uomo, come libertà spettanti a tutti, corrispondono all'affermazione della classe borghese, alla conquista da parte di una larga parte della popolazione di nuove prerogative e di uno status di uomini liberi.

Si può dunque individuare un percorso di ampliamento del numero delle persone che rivendicano libertà e tutele: dai pochi membri dell'aristocrazia o dei ceti privilegiati in conflitto con i monarchi, al popolo dei cittadini in conflitto con la monarchia e quegli stessi ceti. I diritti affondano le loro radici in un movimento di resistenza, ma si affermano attraverso un movimento di trasformazione sociale, culminante nella Rivoluzione francese e nel rovesciamento dell'Ancien Régime. Un percorso che non tocca le donne, le distinzioni sociali infatti non le riguardano dal momento che la loro esclusione è complessiva: il potenziale titolare di libertà e diritti è inteso unicamente come essere umano di sesso maschile⁵.

2. *L'idea di diritti naturali dell'uomo*

Come tutte le idee, anche quella di diritti dell'uomo ha avuto una formazione progressiva, che può venire ricostruita risalendo indietro nei secoli⁶. Il presupposto teorico che ne ha permesso la nascita è l'eguaglianza naturale di tutti gli uomini. Quest'idea, rivoluzionaria per le società antiche, è stata sostenuta alle origini della cultura occidentale dai filosofi stoici nel III secolo a.C. Lo Stoicismo influenzò largamente i giuristi della Roma antica e fu oggetto

di rinnovato interesse nell'Europa del Basso Medioevo e del Rinascimento⁷.

L'eguaglianza di tutti gli uomini di fronte a Dio venne poi sostenuta dal cristianesimo delle origini e costituisce un fondamento della visione cristiana dell'umanità. Secondo gli insegnamenti dei Padri della Chiesa, poi variamente ripresi nell'elaborazione teologico-politica medievale, tutti gli uomini sono figli di Dio, creati a sua immagine. Tutti gli uomini sono dunque eguali e i beni della natura sono comuni. Il riconoscimento di eguale dignità a tutti gli uomini ha come prima, fondamentale, conseguenza la negazione della legittimità naturale della schiavitù, da cui deriva anche una visione della libertà: «libertà e schiavitù sono nozioni strettamente connesse (...) le prime concettualizzazioni della libertà sono relative all'istituto della schiavitù» [Barberis 1999, 15].

Valori a fondamento dei diritti dell'uomo si ritrovano dunque nel cristianesimo antico e tra le prime rivendicazioni di libertà vi furono quelle di libertà religiosa: l'origine dei diritti è strettamente legata alla storia della religione in Europa. La compiuta idea di diritti dell'uomo si afferma tuttavia all'interno del giusnaturalismo moderno, cioè di una visione del diritto naturale che si svincola dall'origine religiosa.

Secondo la dottrina giusnaturalista esistono norme, precetti, principi con una validità superiore al diritto vigente in quanto appunto «naturali». Il diritto degli uomini deve rispettare questi precetti che in quanto naturali sono «giusti» e tendenzialmente universali. Il diritto naturale si pone dunque come metro, come elemento di costante confronto per il diritto positivo, ossia per il diritto posto in essere dagli uomini in un determinato momento e luogo. Il richiamo al diritto naturale costituisce da sempre un'importante fonte di legittimazione di scelte politiche e giuridiche che può assumere una funzione di volta in volta conservatrice – per giustificare lo stato di cose esistente – o rivoluzionaria – per sostenere un cambiamento sociale⁸. La sua origine, dunque l'autorità superiore su cui si fonda, può essere Dio, la natura, la ragione umana, la storia.

Il diritto naturale ha una storia antica, si ritrova già nel pensiero greco e romano. Aristotele nell'*Etica Nicomachea*, e dopo di lui i sofisti, distinguevano tra giusto per natura e giusto per legge. Nella Roma imperiale il diritto naturale viene ad essere sovrapposto allo *ius gentium*, diritto di tutti i popoli proprio perché esprime la natura umana, a prescindere da tempo e luogo. Quest'ultimo non è una concezione rivoluzionaria, ma ha la funzione di intervenire sul diritto vigente nei vari territori dell'Impero adattandolo all'espansione romana.

L'importanza delle funzioni che può assumere il diritto naturale è ancora più evidente nel Medioevo e nel Rinascimento quando diventa il parametro sul quale elaborare soluzioni per i casi dubbi e per creare nuove norme. La Scuola del diritto naturale assume la funzione di risolvere i conflitti tra sovrani, di colmare le lacune nel diritto esistente, di rinnovarlo e legittimarlo a fronte di cambiamenti storici, sociali, culturali [cfr. Barberis 2004, 23-28].

Nell'Europa medievale all'interno della dottrina teologico-politica cristiana fiorisce la discussione sul diritto naturale e sui suoi rapporti con il diritto positivo. Una discussione che si basa sull'idea di una giustizia divina preesistente alla politica e al diritto. Il diritto naturale dell'Alto Medioevo è infatti essenzialmente composto da prescrizioni di origine divina, trasmesse dagli insegnamenti di Cristo e dei Padri della Chiesa. Progressivamente alla rivelazione divina si sostituisce la ragione umana: in Tommaso d'Aquino (XIII sec.) è chiaramente enunciata la distinzione tra legge divina (norme dettate dalla divinità e contenute nella Bibbia e nei Vangeli), legge naturale (norme prodotte dalla ragione divina e conosciute da quella umana) e legge umana (norme prodotte dai legislatori, che spesso derivano dall'applicazione delle prime due).

Diritto naturale è comunque ancora inteso in senso oggettivo. L'idea di *diritti* naturali, cioè il riferimento ad un soggetto di norme che derivano dalla natura, è stata rintracciata per la prima volta in uno scritto di Guglielmo di Ockham (1290-1359), il quale intervenendo in difesa dell'ordine francescano contro il papato menziona diritti naturali di libertà attribuiti da Dio ai mortali che dovrebbero prevalere sul diritto stabilito dagli uomini⁹. Questa menzione,

peraltro controversa [cfr. ad esempio Tuck 1979, 22-23], non è comunque sviluppata come teoria. L'affermazione esplicita di diritti soggettivi di tutti gli uomini è attribuita a Francisco de Vitoria (1483?-1546), teologo e giurista, fondatore della seconda scolastica spagnola. In una relazione tenuta nel 1539 a Salamanca, la *Relectio De Indis insularis prior*, egli si pone il problema della legittimazione della conquista spagnola dell'America latina e della posizione da tenere nei confronti delle popolazioni indigene¹⁰. Si trattava di una questione dibattuta allora, ma per la prima volta si argomenta in termini di diritti soggettivi. Vitoria infatti sostiene che sono diritti di tutti gli uomini lo *ius peregrinandi*, lo *ius degendi*, e lo *ius occupationis* di terreni e beni «che non appartengono ad alcuno» [Vitoria 1996, 83]. «Gli Spagnoli hanno diritto a percorrere quei territori e a rimanere in essi senza che gli Indios possano impedirlo, ma senza arrecare ad essi alcun danno» [*ibidem*, 77-78]. In nome di questi diritti universali, che varrebbero anche per gli indigeni se fossero in condizione di esercitarli, gli spagnoli sono giustificati nella loro conquista, nella colonizzazione e nella difesa dei loro diritti anche con la forza. D'altro lato Vitoria ritiene che dal principio dell'eguaglianza e della libertà naturali discenda un diritto di tutti gli uomini, anche non cristiani, ad un *dominium*, dunque alla conservazione della propria vita, terra e beni. Questi diritti portano a non ammettere la schiavitù e la spoliazione completa delle popolazioni indigene¹¹.

Vitoria formula dunque l'idea di diritti universali: l'uomo titolare di diritti non è solo il cristiano, ma l'essere umano dotato di ragione, a prescindere dalla sua collocazione geografica, politica, religiosa. La nascita dell'idea di diritti dell'uomo è dunque direttamente collegata al grande evento storico che segna l'apertura del Nuovo mondo alla cristianità.

Il pensiero di Vitoria e dei successivi esponenti della seconda scolastica spagnola, che ancor più posero l'accento sull'eguaglianza e sulla libertà di tutti gli uomini, ebbe grande influenza nelle formulazioni giusnaturaliste. Nei loro scritti erano già presenti i tre valori fondamentali che saranno compiutamente teorizzati come diritti dell'uomo nei secoli successivi: vita, libertà e proprietà.

La compiuta elaborazione della nozione di diritti naturali dell'uomo, cioè di diritti soggettivi individuali che esprimono ciò che è giusto per natura e che sono comuni a tutti gli uomini, risale alla dottrina del cosiddetto «diritto naturale moderno», ed è strettamente connessa ai suoi presupposti individualisti e razionalisti. Come è stato sottolineato, la portata rivoluzionaria della visione moderna del diritto naturale si deve anche al fatto che essa non è più riferita soltanto al diritto oggettivo, come quella antica, ma che viene sempre più a coincidere con una teoria dei «diritti» naturali [cfr. Passerin D'Entrèves 1954, 79]¹².

L'idea di diritto soggettivo, la nozione di *ius* come diritto riferito alla persona, costituisce il fulcro della teoria di Ugo Grozio (1583-1685), considerato il fondatore del moderno diritto naturale [cfr. Tuck 1979, 66-67]. Nel *De iure belli ac pacis* (1625) Grozio qualifica il diritto naturale come un «complesso di norme che l'uomo riesce a scoprire mediante la ragione». Queste norme sono valide di per se stesse indipendentemente dalla volontà divina «anche se ammettessimo – cosa che non può farsi senza empietà gravissima – che Dio non esistesse o non si occupasse dell'umanità». Con questa notissima affermazione si fa correntemente coincidere l'inizio del processo di laicizzazione del diritto; essa è in realtà un momento del lungo percorso attraverso il quale il diritto naturale passa progressivamente dal fondamento divino al fondamento umano e più precisamente a quello della ragione umana.

Nell'Europa del XVII e del XVIII secolo si diffondono le cattedre di Diritto naturale, formulazione originaria dell'odierna Filosofia del diritto. Il primo docente è Samuel Pufendorf (1632-1694) il quale, partendo dalla concezione di tutti gli uomini come esseri liberi e dotati di capacità di scelta e giudizio, ne fa derivare un'eguaglianza di diritto naturale a fondamento dei diritti naturali di ciascuno.

I diritti umani sono dunque all'origine diritti naturali. Sono cioè intesi come diritti che l'uomo ha per natura, individuabili con la ragione, che esistono a prescindere da ogni volontà (quella degli stessi titolari, quella del sovrano,

quella di Dio) e a prescindere dalla loro realizzazione attraverso norme giuridiche positive¹³.

3. *Le teorie contrattualiste e la funzione politica dei diritti*

L'idea di diritti naturali si sviluppa nelle sue valenze politiche attraverso l'incrocio – che diventa sovrapposizione – tra dottrine giusnaturaliste e teorie contrattualiste. Con questo nome si indicano quelle teorie accomunate dall'ipotesi che l'umanità sia passata da uno stato di natura ad uno stato civile e che questo passaggio sia avvenuto attraverso uno o più patti sociali. Le teorie del patto sociale, pur nelle loro differenti versioni, spiegano infatti la nascita dei popoli come comunità e delle autorità politiche che li governano riconducendola ad uno o più accordi tra individui. Questi accordi non sono necessariamente da intendersi come realmente avvenuti, ma piuttosto come un passaggio ideale, immaginato dai contrattualisti per spiegare la vita associata e l'assoggettamento del popolo al potere del sovrano.

L'idea di uno stato di natura caratterizzato da un diritto che esprime l'eguaglianza e la libertà originarie di tutti gli uomini si salda con la tradizione di pensiero secondo la quale il potere dei sovrani si fonda su un patto con i sudditi, già presente nell'Europa della fine del Medioevo e del Rinascimento [cfr. Kelly 1996, 123-132]. È però nel pensiero inglese del XVII secolo, in particolare con Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704), che la fusione tra questi due presupposti raggiunge le sue più compiute e importanti formulazioni.

Il quadro storico in cui si inseriscono le teorie del contratto sociale è quello della concentrazione di poteri e funzioni all'origine dello Stato moderno. Tramontata l'idea medievale di un fondamento divino del potere dei monarchi, su cosa fondare la legittimazione del potere politico e dunque l'obbedienza dei popoli ai sovrani?

L'assunto iniziale, comune alle varie versioni, è la condizione di libertà e l'eguaglianza degli uomini nello stato di natura. Ma perché gli uomini vi rinunciano? Come si spiega che i sovrani detengano tutti quei poteri che per

natura spetterebbero ai popoli? Come si legittimano quei poteri? Le teorie del contratto sociale sono un tentativo di rispondere a queste domande, di spiegare razionalmente al contempo la società, cioè le ragioni per cui gli uomini vivono insieme, e l'obbedienza ad un capo, che deve essere riconducibile ad un atto di volontà dal momento che gli uomini nello stato di natura nascono liberi. Nel mutato quadro sociale e culturale il potere politico si fonda in ultima analisi sulla volontà e sulla ragione individuale che trovano nel contratto la loro forma di espressione.

Le teorie contrattualiste rispondono dunque ad una duplice esigenza: da un lato fornire una legittimazione all'autorità politica che si sostituisca all'investitura divina e papale, dall'altro fornire agli individui una tutela nei confronti del potere dei sovrani che si traduce nella teorizzazione dei diritti naturali. Questo secondo aspetto è quello che dal XVII secolo fino ad oggi avrà gli sviluppi storici e teorici più significativi. La prospettiva contrattualista si diffonde in tutta Europa come fondamento di richieste di libertà religiosa e politica.

La preoccupazione di legittimare la concentrazione di poteri nel sovrano, evitando così le guerre civili, raggiunge la sua massima espressione nel *Leviatano* del filosofo inglese Thomas Hobbes, testo di fondazione dello Stato moderno. Per Hobbes gli uomini nello stato di natura sono titolari di illimitata libertà, tutti hanno diritto a tutto (*ius omnium in omnia*), ma sono anche in una situazione di costante instabilità, paura e violenza, di «guerra di tutti contro tutti». Per uscire da questo stato i singoli individui stringono un patto che è al contempo d'unione tra loro e di assoggettamento al sovrano al quale trasferiscono tutti i loro poteri. L'autorità del sovrano deriva dunque dal diritto naturale che ha ciascuno di disporre della propria libertà. È un'autorità assoluta, senza limiti né obblighi: egli non ha assunto alcun impegno, il suo potere deriva da un impegno altrui. Con questa «convenzione» gli uomini rinunciano una volta per tutte alla libertà illimitata e ai diritti dello stato di natura e sanciscono la loro completa e irrevocabile sottomissione al sovrano, nei cui confronti non conservano più diritti, ma che garantirà la sicurezza delle loro

persone e dei loro beni (sulla teoria politica di Hobbes, cfr. Bobbio [1989]).

Benché riduca drasticamente il valore dei diritti naturali nella società civile, Hobbes formula una chiara definizione di diritto soggettivo, come *ius* distinto da *lex*, o *right* distinto da *law*. Questi termini vengono infatti identificati con due concetti e corrispondenti ambiti giuridici non solo distinti, ma anche potenzialmente in contrasto tra loro: «il diritto consiste nella libertà di fare o di astenersi dal fare, mentre la legge determina e obbliga a una delle due cose. Perciò la legge e il diritto differiscono tra loro come l'obbligazione e la libertà, che sono incompatibili nella stessa situazione» [Hobbes 2001, 105 (I, 14)]. Egli coglie dunque all'origine l'idea di diritti come garanzie, come elementi costitutivi di una sfera individuale di libertà, che si contrappone alla sfera di coercizione del diritto e dello Stato.

Classicamente contrapposta a quella di Hobbes, teorico dell'assolutismo, è la visione del patto sociale e dell'ordine politico che ne deriva formulata da John Locke, teorico del liberalismo. Nella teoria di Locke i diritti individuali di libertà, proprietà, sicurezza e resistenza all'oppressione diventano l'elemento centrale del rapporto tra governanti e governati.

L'opera in cui è compiutamente espressa la teoria politica di Locke è il *Secondo trattato sul governo*, scritto tra il 1679 e il 1683. Lo stato di natura vi è disegnato come uno stato di «perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri beni e persone come meglio credono entro i limiti della legge di natura» [Locke 1998, 65 (II, 4)]. È caratterizzato da un'eguale distribuzione del potere, della libertà e della proprietà tra tutti gli uomini, e dal potere di ciascuno di tutelare i propri diritti punendo le infrazioni alla legge di natura. In questa situazione i diritti degli individui sono tuttavia sempre precari e minacciati dalle possibili sopraffazioni dell'uno sull'altro. Il potere politico nasce quando gli uomini rinunciano a farsi giustizia da soli e delegano ad un'autorità il compito di proteggerli, attraverso la fissazione di norme eguali per tutti e la loro applicazione da parte di alcuni soggetti autorizzati dalla comunità.

Il solo modo in cui un uomo si spoglia della sua libertà naturale e assume su di sé i vincoli della società civile consiste nell'accordarsi con altri uomini per associarsi e unirsi in una comunità al fine di vivere gli uni con gli altri in comodità, sicurezza e pace [*ibidem*, 189 (VIII, 95)].

Locke adotta la formulazione classica del contrattualismo che vede il passaggio dallo stato di natura allo stato civile avvenire attraverso due distinte fasi. La prima è quella del *pactum societatis* (detto anche *pactum unionis*) che è un patto di associazione attraverso il quale gli uomini abbandonano lo stato di natura e la frammentazione sociale che lo caratterizza, scegliendo di vivere insieme e costituendo una comunità definita e regolata dal patto stesso. Al *pactum unionis* segue il *pactum subiunctionis* che intercorre tra il popolo nel suo complesso e il sovrano o, più generalmente i governanti, ed è quello attraverso il quale il popolo istituisce il proprio capo e si assoggetta al suo potere¹⁴. Il potere politico nasce con la funzione di garantire il rispetto dei diritti che l'uomo ha per natura: il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà privata. Appare evidente il rovesciamento della posizione del sovrano che diventa un funzionario, sostituibile se non adempie al proprio compito.

Il popolo, che si esprime tramite la maggioranza, ha infatti il diritto di opporsi e ribellarsi al sovrano che non rispetti il patto. Quando il potere politico «agisce contro il mandato affidatogli» e tenta «di sottrarre o di distruggere la proprietà del popolo o di ridurlo in schiavitù sotto un potere arbitrario si pone in uno stato di guerra con esso ed esso è perciò esentato da ogni ulteriore obbedienza» [*ibidem*, 363 (XIX, 221-222)]. Il governo perde dunque il potere che il popolo gli ha conferito e quest'ultimo ha il diritto di riprendersi la propria libertà e di istituire un nuovo governo: «Chi giudicherà se il principe o il legislativo agiscono contro il mandato ricevuto? (...) A ciò rispondo: il popolo sarà giudice» [*ibidem*, 395 (XIX, 240)]¹⁵. In questo modo Locke fornisce una giustificazione della rivoluzione popolare e della deposizione dei sovrani, teorizzando compiutamente il cosiddetto diritto di resistenza.

Lo Stato sorge per difendere i diritti dell'uomo che costituiscono insieme la ragione e il limite del suo potere legittimo. L'affermazione dei diritti naturali come limite al potere dei sovrani si può inquadrare in un più ampio processo che conduce dal *princeps legibus solutus*, e cioè dal sovrano assoluto svincolato dall'osservanza alle leggi¹⁶, allo Stato di diritto, quella forma politica secondo la quale anche chi governa è soggetto al diritto. La previsione della legge come fondamento del governo, cioè il governo della legge, sarà uno dei principi consacrati nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

I diritti che ogni essere umano ha per natura sono fondamentalmente quelli sulla propria libertà, sulla propria vita, dunque sulla propria integrità fisica, e sui propri beni. Questi diritti richiedono di essere protetti contro le aggressioni di altri uomini: il diritto alla sicurezza ne è dunque un necessario complemento. Garantire la sicurezza delle persone, dei loro beni e della loro libertà è il compito fondamentale dello Stato.

Anche la libertà religiosa è per Locke un diritto individuale, un ambito che riguarda la coscienza di ognuno, in cui i poteri pubblici non si devono intromettere e la cui integrità devono garantire.

Il fondamento dei diritti è nello stato di natura e nella ragione umana che lo governa e il compito di assicurarne il rispetto è del potere politico: il diritto naturale divino non entra nella sfera dei diritti dell'uomo.

In Locke la nozione di diritti dell'uomo giunge a compimento nei suoi tratti essenziali. I diritti sono diritti naturali nel senso che appartengono all'uomo per natura, prima della nascita di una società e dunque prima della formazione di un potere politico. Quest'ultimo li deve riconoscere, garantire e proteggere. Sono personali e individuali, cioè spettano al singolo uomo per il solo fatto di essere uomo. Di essi sono dunque titolari tutti gli uomini indipendentemente dalla nascita, e dall'appartenenza ad un cetto, ad un'istituzione, a un gruppo. In quanto diritti naturali non possono essere ceduti, neanche dagli stessi titolari: sono, cioè, inalienabili.

L'opera di Locke è direttamente legata agli eventi della storia inglese del Seicento che vede l'affermazione, anche sul piano istituzionale, dei diritti di libertà e la loro costituzione come elementi fondamentali nel rapporto tra potere politico e cittadini. Nel 1628 il Parlamento inglese con la *Petition of Rights* ribadisce le antiche libertà, garanzie, tutele delle persone e dei beni nei confronti del potere sovrano. Nel 1679 viene emanato l'*Habeas Corpus Act*, in cui si precisano ed estendono a tutti gli inglesi quelle garanzie in caso di arresto e detenzione che erano affermate nella *Magna Charta*. Garanzie che costituiscono ancora il nucleo fondamentale della procedura penale per quanto concerne la tutela dell'imputato.

A conclusione di un periodo di lotte civili, in cui emerge il movimento democratico dei *Levellers*, culminato nella cosiddetta *Glorious Revolution* e nell'incoronazione di Guglielmo e Maria d'Orange, appare nel 1689 il *Bill of Rights*. Si tratta del primo documento in cui si stabiliscono esplicitamente «diritti» del popolo inglese e la subordinazione della monarchia alle leggi fatte dal Parlamento, sancendo la fine del potere assoluto della Corona¹⁷.

In questo testo si dispone che l'autorità reale non potrà più sospendere le leggi o dispensare dalla loro applicazione; si proclamano come «diritti e libertà incontestabili» la libertà di parola, di discussione e di procedura all'interno del Parlamento, che diventa il garante della religione, delle leggi e delle libertà dei sudditi. A questi ultimi è riconosciuto «il diritto di avanzare petizioni al re», precisando «che gli imprigionamenti a causa di queste petizioni sono illegali» (art. 5), disponendo limiti alle pene che non possono essere «crudeli e inusitate» e garanzie sulla composizione delle giurie. Il *Bill of Rights* rappresenta però ancora la continuità con le conquiste dei secoli precedenti, si richiama alla tradizione, riaffermando e garantendo «antichi diritti e libertà». È un atto che, pur rappresentando il più immediato precedente delle Dichiarazioni settecentesche, soprattutto di quelle nordamericane, non si presenta come rivoluzionario, né ha pretese di universalità, non proclama «diritti dell'uomo», ma diritti degli inglesi derivanti dalla loro storia.

4. *La proprietà individuale come archetipo del diritto soggettivo*

La formazione dell'idea di diritto soggettivo avviene in stretta connessione con la concezione moderna di proprietà. Una connessione originaria che ha lasciato tracce importanti e ancora significative nella teoria occidentale dei diritti umani.

Per Francisco de Vitoria, che segue una corrente dottrina diffusa, avere un *dominium* vuol dire «avere un diritto ad usare una cosa per la propria utilità» [Vitoria 1996, 26].

Nel XVI secolo in vari autori l'idea di proprietà, *dominium* di un soggetto, è intesa come potere di disposizione esclusiva che ha la persona sui propri beni, non solo materiali. Lo schema concettuale che costituisce il rapporto di proprietà si estende alle libertà personali, alla vita, all'integrità fisica che sono concepite come un'estensione dell'individuo sulle quali egli può esercitare un tipo di potere affine a quello che esercita sui propri beni materiali¹⁸.

L'uomo è libero in quanto proprietario di se stesso, «libertà è infatti *dominium* proprio perché è logicamente l'antitesi della servitù» [Grossi 1972, 310].

Questa visione è confermata dal frequente uso degli stessi termini per indicare il rapporto dell'individuo con la propria persona, beni, libertà, vita e onore. Si ritrova anche in Locke che usa il termine «proprietà» per indicare «quella che gli uomini hanno tanto delle loro persone quanto dei loro beni» [Locke 1998, 303 (XV, 173)]. Egli però, a differenza di altri autori, sottrae alcuni beni alla libertà contrattuale, costituendoli così come diritti indisponibili: «un uomo non può né per contratto, né con il suo consenso farsi schiavo di chicchessia, né sottomettersi al potere assoluto e arbitrario di un altro» [*ibidem*, 91 (IV, 23)].

La proprietà individuale di beni materiali è a partire dal XVII secolo annoverata tra i diritti naturali dell'uomo. Questa consacrazione deriva da un percorso storico secolare che accompagna la nascita e l'affermazione della classe imprenditoriale borghese.

La tutela della proprietà privata – che comincia ad essere intesa non più solo come libera disponibilità di un bene ma anche come capacità dell'individuo di avere relazioni commerciali e intraprendere attività economiche – è una preoccupazione diffusa nel pensiero politico seicentesco. Essa si pone a sostegno della nascente classe di artigiani, imprenditori e commercianti contro i vincoli e i limiti che costituivano i retaggi del sistema feudale. Come la libertà personale, anche il diritto di proprietà si realizza in forme differenti: il diritto originario di disporre liberamente dei propri beni si specifica nel diritto ad acquistarli con il proprio lavoro o per trasmissione ereditaria, e successivamente in quello di accumularli e farne commercio.

La costruzione del diritto di proprietà ha incontrato però degli ostacoli. Nei testi originari del cristianesimo la proprietà non è considerata riconducibile al diritto naturale, ma al diritto umano; è legittima, ma assoggettata a determinate condizioni. Nel Medioevo l'istituto della proprietà, benché accettato, è comunque soggetto a discussioni dal momento che i beni terreni secondo la dottrina cristiana appartengono per diritto naturale a tutta l'umanità, ma già in Tommaso si trova una sua giustificazione: la proprietà è creazione del diritto umano ma fondata sul bene comune [cfr. Kelly 1996, 194-197].

Anche nelle prime versioni delle teorie giusnaturaliste la proprietà non corrisponde ad un diritto naturale, ma ad un diritto acquisito con il passaggio alla società civile. La rappresentazione dello stato di natura come una situazione dominata dalla comunione dei beni si ritrova, se pur con valenze differenti, sia in Grozio, sia in Pufendorf, sia in Hobbes. Solo con le leggi civili, dopo il patto sociale, viene istituita una proprietà individuale. Il diritto di proprietà è dunque un diritto fondato, regolato e garantito dal sovrano¹⁹.

Con Locke la proprietà assurge invece a diritto naturale per eccellenza e la sua tutela diventa il compito primario dell'autorità politica: «Il grande e principale fine per cui dunque gli uomini si uniscono in Stati e si assoggettano a un governo è la salvaguardia della loro proprietà» [Locke 1998, 229 (IX, 124)]. Il potere politico istituito con il patto

sociale ha il compito di garantire la sicurezza dei beni individuali anche attraverso l'uso della forza organizzata. Al governo «il potere è dato (...) sotto questa condizione e a questo fine: che gli uomini abbiano proprietà e sicurezza delle loro proprietà» [*ibidem*, 253 (XI, 139)].

Il diritto alla proprietà va comunque giustificato in quanto costituisce una deroga all'eguaglianza originaria; la giustificazione che Locke ne fornisce si fonda da un lato sul diritto dell'uomo a garantirsi la sopravvivenza, dall'altro sul diritto ad acquisire e godere dei frutti del proprio lavoro. Il fondamento della proprietà nel lavoro rappresenta una rottura drastica di un ordine sociale nel quale, al contrario, «proprietario» e «lavoratore» erano caratteri costitutivamente disgiunti. Nel *Secondo trattato sul governo* Locke sostiene che l'uomo ha un diritto naturale non soltanto sulla propria vita, sulla propria persona e su ciò che la natura gli offre per la sussistenza, ma anche su ciò che le sue mani e il suo corpo producono e, di conseguenza, sul proprio lavoro e sui suoi frutti. Tra le proprietà degli uomini vi sono anche le azioni; attraverso le azioni che può compiere, quindi attraverso il lavoro, l'individuo può acquisire altri beni, dunque ampliare la sfera del proprio dominio [cfr. Viola e Zaccaria 2003, 82-85].

La proprietà individuale non solo dei frutti della terra, ma della terra stessa, è giustificata da Locke attraverso il lavoro ad essa applicato. Ciò in una situazione di abbondanza di beni naturali, tale per cui così l'appropriazione della terra al fine di coltivarla e migliorarla non è di pregiudizio ad altri «poiché ve n'era ancora a sufficienza e di altrettanto buona» [Locke 1998, 103 (V, 33)]. Inoltre il lavoro aumenta la ricchezza generale: un pezzo di terra cintata e coltivata produce molti più beni della stessa terra incolta e lasciata in comune.

In una successiva fase della storia dell'umanità, secondo Locke, attraverso un tacito consenso si introdurrà la possibilità di possedere la terra in modo ineguale, di accumulare beni, di scambiarli e di trasformarli in oro e argento, inventando la moneta, bene non deperibile. Questo è il passaggio che introduce nell'organizzazione sociale la diseguaglianza economica.

Non soltanto la proprietà è tra i diritti teorizzati come naturali, ma la nozione stessa di proprietà esprime il rapporto tra l'individuo e la sua sfera di libertà.

Nella teoria politica inglese del 1600 si consolida la teorizzazione dell'individuo libero, proprietario della propria persona, capacità e beni, attraverso i quali realizzerà la propria vita e ne sarà responsabile. Nel periodo di formazione dello Stato moderno si afferma il principio secondo il quale «la tutela dei diritti è piena in ambito economico, tanto che si costruisce la proprietà come un potere assoluto destinato a limitare l'altro assoluto, il potere sovrano» [Rodotà 1997, 14].

Nella nozione di diritti dell'uomo confluiscono dunque la tradizione patrimonialista dei diritti soggettivi e i valori di libertà ed eguaglianza soggiacenti alle rivendicazioni sociali e alle teorie contrattualiste²⁰.

La formazione dell'idea di diritti dell'uomo è d'altronde inscindibile dalla «rivoluzione copernicana» che nella storia europea ha portato l'individuo al centro del mondo. Solo nel momento in cui l'individuo assume una rilevanza etica autonoma è possibile pensarlo come portatore di diritti, indipendenti dal gruppo, dalla comunità, dalla stessa specie umana. L'individualismo moderno è frutto di un lungo e complesso processo, ma le teorie del contratto sociale segnano la sua consacrazione [cfr. Laurent 1994]. Esse infatti pongono in primo piano le persone singole e la loro libera volontà, assunta come presupposto necessario di ogni accordo. L'impostazione individualista si fonde con il razionalismo in un implicito riferimento alla persona singola, preesistente ai rapporti sociali, dotata di ragione, capace di distinguere da sola il bene e il male. Non è un caso che il nuovo ordine della società civile venga fondato sul contratto sociale. Il contratto è la manifestazione per eccellenza dell'autonomia individuale, in quanto presuppone un individuo libero, capace di giudicare il bene e il male per sé e capace di vincolarsi, di assumere un impegno e mantenerlo. È l'espressione di una razionalità strumentale, che calcola costi e benefici, della volontà libera dell'uomo che si autolimita attraverso l'esercizio della ragione.

¹ Questa tesi, ora diffusa, è stata formulata da Michel Villey: *Le droit subjectif et la science juridique romaine* e *Sur l'inexistence des droits de l'homme dans l'antiquité* in Villey [1983], ma si ritrova già in H.S. Maine [1883, 390]. Per una ricostruzione che problematizza questa tesi cfr. Tuck [1979, 7-15] e Cesarini Sforza [1964]. Per La Torre [1996, 51-57] la nascita della nozione di «diritto soggettivo» deriva dalla confluenza di due innovazioni: la distinzione tra titolo giuridico e azione processuale, realizzata dalla Scuola dei glossatori bolognesi, e il riferimento del titolo giuridico all'individuo, come sua libertà o potere, realizzata dal giusnaturalismo e dall'Umanesimo giuridico.

² Per una chiara sintesi dell'evoluzione delle istituzioni giuridiche di *common law* cfr. Losano [2000, 262-280].

³ Uno dei più importanti fu la Convenzione di Tubinga (1514) che proteggeva la vita, l'integrità fisica e l'onore, da qualsiasi intervento non fondato su una sentenza. Cfr. Östreich [2001, 28-29].

⁴ Cfr. Barberis [1999, 50-54], anche sulla distinzione tra le diverse forme di libertà feudali e cetuali.

⁵ Un'eccezione è quella di Poullain de la Barre che nel 1673 scrisse *De l'égalité des deux sexes: discours physique et moral*, dove analizzava l'idea della superiorità maschile considerandola un pregiudizio [Poullain de la Barre 1994].

⁶ Mi limito qui soltanto a ricordare i passaggi riconosciuti come più significativi di questo processo. Per un'analisi storiografica accurata dei diritti naturali nel Medioevo cfr. Tierney [2002] e per un approfondimento dei fondamenti filosofici Peces-Barba Martínez e Fernández García [1998].

⁷ L'influenza del Neostoicismo nella costruzione di un nuovo ordine etico-politico a cui si ricollega la nascita dell'idea di diritti umani è messa particolarmente in evidenza da Östreich [2001, 15-17]. Sull'importanza del cristianesimo e delle sue dottrine umanitarie nel pensiero politico del Medioevo e del Rinascimento cfr., invece, Kelly [1996, capp. III-V]. Sulle radici teologiche della nozione dei diritti dell'uomo cfr. Villey [1983, 131] che la fa risalire alle origini cristiane della filosofia del XVII secolo.

⁸ Il giusnaturalismo, cioè la corrente teorica che sostiene il diritto naturale, collega il diritto alla morale, alla giustizia, ma non deve portare a sovrapporre le due sfere. Solo se sono distinte si può giudicare una legge immorale, o una norma morale illegittima «l'assunto fondamentale del diritto naturale è l'intimo legame tra diritto e morale (...) ma in realtà la storia del diritto naturale è una storia di sforzi laboriosi per delimitare le due sfere e giungere al cuore della loro differenza», Passerin D'Entrèves [1954, 113].

⁹ L'identificazione di Ockham come primo teorico dei diritti soggettivi, autore di una rivoluzione concettuale e semantica, è di Villey [cfr. 1983, 123-124]. Quest'ipotesi è stata poi ripresa da vari auto-

ri (cfr. Kelly [1996, 188 e 285-287]) ma anche contestata: si veda in particolare Tierney [2002], che rintraccia le prime occorrenze di *ius naturale* riferite a capacità soggettive nella giurisprudenza canonistica dei secoli XII e XIII.

¹⁰ Per una chiara analisi della «questione americana» e della «dottrina della guerra giusta» nelle opere di Vitoria, si veda C. Galli, *Introduzione alla «Relectio de Iure belli»* [Vitoria 2005]. Vitoria in questa «lezione» analizza quattro principali questioni: «se in generale sia lecito ai Cristiani fare la guerra; chi abbia l'autorità di condurre o di dichiarare la guerra (...) quali possano e debbano essere le cause di una guerra giusta; che cosa ai Cristiani sia lecito fare, e in quale misura, contro i nemici» [*ibidem*, 3-5].

¹¹ Sottolinea i diritti dei popoli indigeni, Östreich [2001, 35-36], quello dei diritti di «conquista» degli spagnoli, Ferrajoli [1995, 15-18].

¹² Secondo Passerin D'Entrèves [1954, 76-78] il termine *ius* coprì un cambiamento essenziale dalla teoria del diritto naturale oggettivo a quella del diritto naturale soggettivo; quest'ultimo nel XVIII secolo verrà a costituire il significato più diffuso di *ius naturae*.

¹³ Sulle origini giusnaturaliste dei diritti umani la letteratura è molto vasta, così come il dibattito su singoli aspetti e autori. Per una sintesi cfr. Östreich [2001]; Kelly [1996]; Costa, in Fioravanti [2002, 38-44] e Ferlito [2003].

¹⁴ Il *pactum unionis* coincide con la nascita del diritto privato, cioè delle norme che regolano i rapporti tra persone, e il *pactum subiectionis* con la nascita del diritto pubblico, cioè delle norme giuridiche che regolano i rapporti tra il sovrano e i sudditi.

¹⁵ Un'anticipazione del diritto di resistenza spettante al popolo il cui sovrano viola il patto di fedeltà e buon governo si trova in Manegold di Lautenbach, monaco tedesco che nell'XI secolo appoggia il papa Gregorio VII contro l'imperatore Enrico IV [cfr. Kelly 1996, 131].

¹⁶ La dottrina dell'assolutismo, che ha in Jean Bodin (1530-1596) il più compiuto esponente, vede l'essenza della sovranità nel non essere soggetto alla legge. Questa posizione in epoca medievale si era sempre affiancata a quella opposta che considerava anche il principe, per obbligo morale o giuridico, soggetto all'obbedienza delle leggi [Kelly 1996, 225-229].

¹⁷ Il *Bill of Rights* fa riferimento al tentativo di Giacomo II «di sovvertire e di estirpare la religione protestante e le leggi e le libertà di questo paese» ed esclude dalla successione al trono «qualsiasi persona che si sia riconciliata o che si dovesse riconciliare o tenere in comunione con la sede o la Chiesa di Roma, o che dovesse professare la religione papista».

¹⁸ Sulla presenza di questa concezione ampia della proprietà nel movimento dei *Levellers* e negli accordi di Putney di metà del Seicento, cfr. Macpherson [1973].

¹⁹ Sulla storia dell'istituto della proprietà cfr. Rodotà [1990], Pellegrino [2004].

²⁰ Questa affermazione semplifica questioni complesse e controverse. Ad esempio Viola e Zaccaria [2003, 81-96] individuano una netta divaricazione tra il piano teorico dei diritti soggettivi e quello istituzionale dei diritti umani.