

Premessa

Questo lavoro nasce dall'idea che la storia, la teoria e la protezione dei diritti fondamentali siano particolarmente eloquenti per almeno tre motivi. Innanzitutto, lo studio delle radici storiche e delle basi filosofiche e giuridiche dei diritti fondamentali conferma l'esigenza di superare la retorica di una generica universalità dei diritti umani. In secondo luogo, il progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali segna alcune tappe tipiche e significative del costituzionalismo moderno e contemporaneo. Infine, la terza ragione è legata alla esigenza della tutela effettiva dei diritti fondamentali nelle società contemporanee multiculturali.

Il costituzionalismo e la "forza" normativa dei suoi principi sono sollecitati a confrontarsi sia con le nuove dimensioni che ha assunto il fenomeno del multiculturalismo, sotto la spinta della inarrestabile crescita dei flussi migratori, sia con i problemi connessi ai processi di globalizzazione economica, di mercificazione e di violazione dei diritti individuali e dei diritti di gruppi e comunità.

Nella complessa realtà internazionale prevalgono, troppo spesso, le regole dei principali attori economici che si configurano come "costituzioni" indipendenti e settoriali, in grado di sottrarsi al controllo dei pubblici poteri e dei cittadini, vanificando i principi e i valori del costituzionalismo (dignità umana, principio di eguaglianza, rappresentanza, partecipazione democratica, ecc.). Così, nell'affermarsi di queste dinamiche settoriali, vi è il rischio di far sbiadire il concetto stesso di costituzione, che deve rimanere invece profondamente legato a quello di costituzionalismo per non smarrire il senso della sua unità e della sua chiara finalità pratica: il riconoscimento dei diritti fondamentali e la loro protezione.

La tutela dei diritti fondamentali per essere effettiva non può essere frammentata, settorializzata. Essa necessita: *a)* di un ragionevole bilanciamento tra diverse, o persino opposte, esigenze che, però, devono essere tutte costituzionalmente riconosciute e tutelate in un quadro unitario di principi; *b)* di una separazione dei poteri (verticale e orizzontale); *c)* di un ampio sistema di garanzie costituzionali, riconducibile alla sua funzione di mantenimento dell'ordinamento costituzionale, come, ad esempio, la previsione di uno speciale procedimento per la revisione costituzionale, che fissa i limiti non soltanto formali ma anche materiali alla revisione stessa: i principi e i diritti fondamentali.

A mettere in discussione gli assetti degli Stati democratici e la stessa scienza del diritto costituzionale non è soltanto il prevalere dell'economia sulla politica e il diritto, ma anche, come si è detto, l'inarrestabile crescita dei flussi migratori. Ciò pone problemi vecchi e nuovi di coesione sociale che necessitano non di un abbandono dei principi costituzionali fondamentali – a cominciare da quelli di libertà, eguaglianza e solidarietà – ma semmai di una loro rilettura in chiave interculturale, per contrastare fenomeni di fanatismo ideologico e di estremismo religioso che nulla hanno a che vedere con la politica e la religione.

Le società multiculturali, infatti, richiedono una reinterpretazione dei principi costituzionali, in grado di favorire la coesione sociale, innanzitutto, attraverso l'estensione dei diritti fondamentali ai "non cittadini". Si tratta di riconoscere all'individuo in quanto tale uno *status* di diritti fondamentali, così affermando, in relazione ai diritti, il carattere oltre che morale anche giuridico della dignità della persona. Soltanto valorizzando tale connessione tra dignità e diritti possiamo destrutturare la nozione tradizionale di cittadinanza, ridefinendone il significato in termini più inclusivi, cioè come cittadinanza dei diritti fondamentali. Inoltre, è importante che oltre all'estensione dei diritti fondamentali della persona vi sia anche il riconoscimento di nuovi diritti individuali, di gruppi e comunità. In questo modo, la riflessione contenuta in questo libro intende integrare la prospettiva del multiculturalismo liberale, saldamente ancorata ai diritti individuali, con

quella del multiculturalismo democratico che valorizza le differenze culturali e sociali nell'ambito dei principi e dei diritti fondamentali e, altresì, nell'assetto politico-istituzionale.

SB

Roma, marzo 2016

Parte Prima
*I diritti fondamentali
visti nella loro evoluzione*

Capitolo Primo

I diritti fondamentali tra “natura” e storia

1. *Introduzione*

Nel 2015 si sono celebrati gli Ottocento anni della *Magna Carta* del 1215. Si è trattato di un evento di grande rilevanza, perché ricorda l'importanza del primo¹ o, comunque, più noto documento costituzionale che in epoca pre-moderna ha dato inizio al processo di positivizzazione dei diritti fondamentali in ambito europeo².

In una prospettiva di ricerca non eurocentrica³, però, è opportuno ricordare che anche in altri contesti culturali furono redatti *carte* o *codici* volti alla razionalizzazione dei diritti fondamentali, assumendo in alcuni casi la connotazione di proto-Costituzioni. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla *Costituzione* o *Carta di Medina* concepita da Maometto nel 622, in cui si stabiliva una serie di diritti e responsabilità a carico dei musulmani, si contemplava la libertà religiosa, si prevedevano norme procedurali a favore della protezione dei singoli e, altresì, un apparato giurisdizionale per la risoluzione delle controversie.

Dal punto di vista della teoria del diritto e dello Stato, i diritti fondamentali assumono una specifica rilevanza in epoca

¹ La *Magna Carta* del 1215 fu preceduta dalla *Charter of Liberties* di Enrico I del 1100.

² A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, X ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 110 ss.

³ L. Mezzetti, *Storia dei diritti umani*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 10 ss.

moderna, quando il loro riconoscimento è concettualizzato come limite al potere statale (alla sua sovranità interna ed esterna). Ciò si verifica, dunque, a cominciare dalla formazione dello Stato moderno e dalla sua evoluzione sino allo Stato di diritto che, nel continente europeo, si afferma pienamente soltanto dietro la spinta della filosofia illuminista e del costituzionalismo. In quest'ottica, la teoria dei diritti umani e la teoria dei diritti fondamentali⁴ sono *prevalentemente* legate al processo di secolarizzazione, all'individualismo moderno e alle rivoluzioni borghesi del XVII e XVIII secolo⁵.

Tuttavia, per la prima volta in epoca moderna, il tema dei diritti dell'uomo fu posto, anche se con molte contraddizioni, in termini teologici e giuridici per affrontare il problema degli *indios*, dopo la conquista delle Americhe. Potremmo dire che la *questione* dei diritti umani nacque con la prima "globalizzazione" in età moderna, sotto il segno del colonialismo e di un genocidio-etnocidio⁶, da un lato, e della genesi del diritto internazionale, dall'altro.

⁴ In queste pagine le espressioni diritti dell'uomo (dalla traduzione francese di *droits de l'homme*) e diritti umani (dalla traduzione inglese *human rights*) verranno utilizzate con lo stesso significato. Più rilevante è invece la distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali: i primi hanno un significato più ampio e, in alcuni casi, anche più impreciso; gli altri hanno un contenuto più definito in quanto garantiti dall'ordinamento giuridico positivo e, soprattutto, dalle costituzioni moderne e contemporanee che ne prevedono una tutela rinforzata. La rilevanza teorica e pratica di questa distinzione è ancora valida, ma, come vedremo, tende oggi ad attenuarsi nella riflessione giuridica sulle radici storiche (*ergo*, fondamentali) dei diritti umani, nell'analisi di diritto comparato sulla circolazione dei modelli costituzionali (*ergo*, fuori dai confini statali) e, altresì, negli studi sulla protezione di alcuni diritti fondamentali in ambito regionale (CEDU, UE, ecc.).

⁵ F. Viola, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 276; G. Oestreich, *La storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 38 ss.; C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005. Per Jellinek, invece, la base della fondazione di una cultura dei diritti umani è connessa alla proclamazione e alla tutela dei diritti dell'uomo nella vicenda del costituzionalismo nordamericano riconducibile alla lotta per la libertà religiosa (G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* [1895], a cura di Giorgio Bongiovanni, Laterza, Roma-Bari, 2002).

⁶ L. Ferrajoli, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in *Meridiana*, n. 15, 1992, p. 18.

2. La concezione universale dei diritti naturali dell'uomo su basi teologiche e morali

Fu Francisco de Vitoria⁷, erede e continuatore del tomismo⁸, teologo e giurista presso la prestigiosa Università di Salamanca, a formulare nel 1539 una teoria del diritto naturale in difesa degli *indios*⁹. Egli può essere considerato certamente una delle figure più significative del Rinascimento spagnolo¹⁰ e il primo teorico del diritto internazionale¹¹.

Vitoria fece tesoro della filosofia di Tommaso d'Aquino¹² e, soprattutto, della sua proposta di sintesi di fede e ragione che aveva lasciato una forte e innovativa impronta nel cristianesimo medievale attraverso il riconoscimento dell'importanza delle opere di Aristotele¹³. La concezione della vita sociale del teologo e giurista spagnolo rientra, come per Tommaso d'Aquino, direttamente nel più ampio sistema

⁷ Si veda di L. Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.

⁸ Sempre nell'ambito delle concezioni moderne post-tomiste di ispirazione cristiana si colloca l'opera di un altro spagnolo: Francisco Suarez.

⁹ F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, edición crítica bilingüe por L. Pereña y J.M. Pérez Prendes y estudios de introducción por V. Beltrán de Heredia, R. Agostino Iannarone, T. Urdánoz, A. Truyol y L. Pereña, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

¹⁰ A. Gómez Robledo, *Politica de Vitoria*, Imprenta Universitaria, México, 1940, p. 73; e dello stesso a., *Introducción*, in F. de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, p. XVI.

¹¹ J.B. Scott, *Law, the State, and the International Community*, vol. II: *Extracts Illustrating the Growth of Theories and Principles of Jurisprudence, Government, and the Law of Nations*, Columbia University Press, New York, 1939.

¹² A. Truyol Serra, *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946, pp. 30-31.

¹³ Molti studi sulle fonti del pensiero di Francisco de Vitoria mettono in evidenza il suo forte legame con san Tommaso, san Agostino e i teologi scolastici, nonché l'uso considerevole dei testi del diritto romano e del diritto canonico. Sul punto vedi M. Barbier, *Introduction*, in F. de Vitoria, *Leçon sur les Indiens et le droit de guerre*, Librairie Droz, Genève, 1966, p. XXVI ss.

dell'universo, in cui la natura umana è *unica* tra gli esseri creati: l'uomo possiede non soltanto una natura materiale ma anche un'anima razionale e spirituale che, proprio per tale motivo, lo rende simile a Dio.

Come ogni uomo, così gli *indios* sono *simili* a Dio. Una concezione dei diritti umani fondata, innanzitutto, sul riconoscimento del *simile*, ancor prima che sul rispetto dell'*altro* in base alle diverse culture di appartenenza. In effetti, potremmo dire che su queste basi teologiche il rispetto del *simile* non è *altro* che il riconoscimento di ogni uomo (e della sua natura unica) *simile* a Dio. In tal modo la teorizzazione della "natura unica" prevale sulle differenze culturali, per affermare la dignità dell'uomo, perché nel cristianesimo Dio stesso si fa uomo. Ma la dignità stessa, intesa e concettualizzata come dignità della "persona", pur esistendo in "natura", deve essere riconosciuta all'essere umano da un'autorità religiosa e/o politica, così facendone un soggetto di diritto. Basti pensare al riguardo che, soltanto due anni prima della *Relectio de Indis*, nella bolla papale del 1537 gli Indiani d'America venivano riconosciuti come «*veri homines*» in quanto «*fidei catholicae et sacramentum capaces*».

La teoria dei diritti umani di Francisco de Vitoria va pertanto contestualizzata per riconoscerne appieno l'importanza. Si pensi, ad esempio, alla schiavitù che il nostro autore contrasta tenacemente, affermando che gli *indios* dovevano essere trattati come uomini liberi. Certo, riconfermato l'interesse per la sua teorizzazione dei diritti umani, sorge comunque quasi spontaneo chiedersi se in essa si riconosceva pari dignità, oltre che agli individui e agli Stati nel diritto internazionale, anche alle diverse culture (anche a quelle non cristiane). Oppure se questa difesa degli *indios* era, piuttosto, una sorta di *colonialismo spirituale* presentato sotto forma di una concettualizzazione teologica e giuridica dell'universalità dei diritti.

Il diritto degli spagnoli di andare nelle Indie (lo *jus migrandi*) e, al tempo stesso, il riconoscimento dei diritti degli *indios* vanno letti insieme, come un tentativo teologico e giuridico di bilanciamento tra esigenze di dominio (con un uso moderato della violenza) e di "esportazione" nel Nuovo Mondo, appena "scoperto", dei diritti secondo "natura". A

questo punto, sorge spontanea un'altra domanda: si trattava forse di un universalismo che tendeva a giustificare surrettiziamente il colonialismo e, in alcuni casi, l'idea di "guerra giusta"?¹⁴.

Francisco de Vitoria riconosceva agli *indios* anche il diritto, tra gli altri, alla sicurezza e, specificamente, alla tutela di quegli *indios* che, innocenti o indifesi, erano ancora sacrificati agli idoli, o erano assassinati per mangiarne le carni. Per questa ragione, egli riteneva che gli spagnoli non potessero abbandonare le Indie, se non dopo aver realizzato scambi politici e commerciali necessari a far terminare quel regime di terrore e repressione¹⁵. Detto in altri termini, si può dire che il riconoscimento del diritto naturale alla sicurezza e alla vita della *persona*, nonché, più in generale, di tutti i diritti *umani* doveva, innanzitutto, contrastare pratiche considerate *disumane*, e così proteggere, in alcuni casi, gli *indios* non dai *simili* (*ergo*, dagli spagnoli) ma da *se stessi*.

Il richiamo al diritto naturale a difesa degli *indios* aveva altre finalità. Oltre al riconoscimento, come si è detto, del diritto degli spagnoli ad andare nelle Indie¹⁶, Vitoria riteneva utile: la delimitazione giuridica dell'azione coloniale della monarchia spagnola attraverso il depotenziamento delle sue fonti teocratiche¹⁷; l'affermazione della potestà dei vescovi e

¹⁴ In effetti, la visione dei diritti universali nel pensiero teologico-giuridico di Vitoria non era in contrasto con l'idea di "guerra giusta". Si può legittimare, a suo parere, una guerra "solamente difensiva" (il diritto degli spagnoli a difendersi dagli attacchi degli *indios*), ma anche una guerra per una "giusta causa" (il diritto d'intervento per ragioni d'umanità, per la pace e la sicurezza).

¹⁵ In questo caso è lecito fare la guerra ai barbari: «Los principes cristianos pueden hacer la guerra a los bárbaros, porque se alimentan de carne humana y sacrifican hombres» (F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, cit., p. 110).

¹⁶ F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, cit., p. 77 ss.

¹⁷ F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, cit., p. 32 ss. Molto significativa è la sua dottrina dello Stato. Pur non utilizzando il concetto di "personalità dello Stato", la sua dottrina «contiene todo lo que pertenece a la razón perfecta de este concepto» (P.E. Naszályi, *El Estado según Francisco de Vitoria*, traducción y prólogo del R.P. Ignacio G. Menéndez-Reigada, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948, p. 260).

della chiesa sopra i «barbaros» nelle questioni riguardanti la coscienza e le credenze religiose¹⁸. La connessione tra queste diverse finalità è molto interessante per le sue molteplici implicazioni in tema di libertà religiosa. Ma non si può neppure dimenticare l'importanza che Francisco de Vitoria attribuiva al riconoscimento del diritto naturale delle nazioni a comunicare fra loro. Ed è proprio come conseguenza di un universale diritto di tutti gli uomini alla libera circolazione delle idee che, a suo parere, andava affermato, da un lato, il diritto della religione di Cristo a estendersi in tutto il mondo (la *propaganda religionis christianae*) e, dall'altro, il diritto degli *indios* a non essere battezzati o costretti a convertirsi al cristianesimo contro la propria volontà¹⁹. In questo orientamento del nostro autore – simile a quello che ritroveremo espresso anche nella *Lettera sulla tolleranza* di John Locke – si può leggere, in effetti, il riconoscimento non soltanto del *simile* ma anche dell'*altro* che è alla base del principio di tolleranza. E sappiamo bene quanto il riconoscimento e, soprattutto, il *rispetto* dell'*altro*, la valorizzazione delle diversità culturali siano sempre il miglior antidoto per prevenire le guerre religiose, l'intolleranza, l'odio razziale, il disprezzo della dignità umana.

L'orientamento del teologo di Salamanca, dunque, è molto significativo se si pensa che il tema della tolleranza religiosa animò il dibattito nel vecchio continente, a partire dal Cinquecento e poi, soprattutto, nel Seicento con Spinoza, Bayle e Locke, i quali avevano in comune l'idea che si dovesse separare la sfera religiosa da quella politica.

Non solo: il tema della tolleranza religiosa divenne centrale anche nei *bills of rights* americani, anche se l'adozione della prima Costituzione scritta, che fu «un fatto rivoluzionario nella storia del costituzionalismo»²⁰, nacque in primo luogo dalla Guerra d'indipendenza e dalla esigenza di fondare un

¹⁸ F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, cit., p. 118.

¹⁹ F. de Vitoria, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, cit., pp. 118-126.

²⁰ N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, Utet, Torino, 1976, p. 125.

ordinamento politico radicalmente nuovo rispetto alla tradizione europea²¹, valorizzando il principio federale²².

Anche la concezione dei *bills of rights* americani ha una radice morale a carattere religioso, che dovrà fare i conti e superare alcune evidenti contraddizioni: «i privilegi di razza

²¹ Fortissimi, comunque, sono i legami con la storia del pensiero politico, filosofico e giuridico del vecchio continente confermati dall'influenza esercitata, ad esempio, da Coke, Locke, Blackstone, Montesquieu, Rousseau. Basti pensare al sistema di *common law*, al principio della separazione dei poteri nelle sue diverse teorizzazioni, al principio democratico e all'adozione di alcuni istituti giuridici. Interessante è pure l'influenza esercitata dal repubblicanesimo inglese riconducibile ai *Discorsi* di Machiavelli. Sull'asse Machiavelli-Montesquieu si muoveva in particolare John Adams, le cui opere risultano illuminanti per capire quanto fosse centrale la maggiore opera di Montesquieu, *l'Esprit des Lois*, nel dibattito costituzionale del 1787 (B. Casalini, *L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti (secolo XVIII)*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Edizioni ETS, Pisa, 2005). Un altro legame con il repubblicanesimo è dato dall'asse Machiavelli-Harrington. Si veda: John G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 1975. Harrington chiudeva la sua maggiore opera del 1656 *The commonwealth of Oceana* «con un progetto – assai articolato e barocco – di Costituzione. Per quanto sia astratta e irrealistica l'articolazione istituzionale proposta, il principio che la ispira sin dalle primissime battute ebbe una notevolissima influenza sul costituzionalismo americano: citando Aristotele (*Politica*, 1278b, 1282b) Harrington condensa il suo pensiero antihobbesiano nel famoso detto "l'impero (empire) delle leggi e non degli uomini"» (N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (1992), in *Treccani.it*). Anche Pettit e Skinner concordano con Pocock per quanto riguarda il recupero della tradizione romana da parte di Machiavelli, la rielaborazione operata da Harrington, il recepimento da parte dei rivoluzionari americani. Si vedano i libri di P. Pettit, *Republicanism. A theory of freedom and government*, Clarendon Press, Oxford, 1997 e Q. Skinner, *Liberty before liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. Infine, l'influenza del repubblicanesimo inglese è confermata dai più attenti studi in chiave diacronica di alcuni istituti giuridici, come ad esempio il veto presidenziale, con precisi riferimenti anche all'*Instrument of Government* inglese del 1653 (A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Carocci, Roma, 2012, p. 31).

²² È interessante ricordare che le fondamenta concettuali della teologia federale sono presenti nel pensiero di Calvino come pure negli scritti del teologo scozzese Robert Rollock.

santificati»²³, vietati in Africa²⁴ e confermati nel Nuovo Mondo. In effetti, la contraddizione era evidente proprio con quanto affermato nella Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 nella parte in cui «Jefferson inserisce l'argomento politicamente e filosoficamente più forte»²⁵:

Noi riteniamo che siano di per sé evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono stati creati uguali, dotati dal Creatore di taluni Diritti inalienabili, tra i quali la Vita, la Libertà e il perseguimento della Felicità. Che, per assicurare questi diritti, sono costituiti fra gli Uomini i Governi, i cui Poteri derivano dal consenso dei governati. Che quando una qual si voglia Forma di Governo si trasforma in distruttrice di quei fini è Diritto del Popolo modificarla o abolirla, e di istituire un nuovo governo, che invece si fondi su quei Principi e i cui Poteri siano organizzati in maniera tale da assicurare loro Sicurezza e Felicità.

Questa concezione dei diritti inalienabili spiega anche perché, come vedremo in seguito²⁶, Edmund Burke abbia espresso una posizione favorevole sulla Rivoluzione americana e, viceversa, fortemente critica nei confronti della Rivoluzione francese.

²³ Secondo Engels per il carattere specificamente borghese dei *diritti dell'uomo* «è indicativo il fatto che la Costituzione americana, la prima che riconosca i diritti dell'uomo, confermi nello stesso tempo la schiavitù della gente di colore esistente in America: i privilegi di classe vengono banditi, i privilegi di razza santificati» (F. Engels, *Anti-Dühring*, in Marx-Engels, *Opere*, vol. XXV, Editori Riuniti, Roma, 1976, cit., p. 101).

²⁴ Nelle tante storie dei diritti umani, spesso si dimentica che in Africa la *Carta di Manden*, proclamata alla fine del 1222, il giorno dell'incoronazione di Soundiata Keita, imperatore del Mali, vietava la schiavitù, considerata l'origine di ogni conflitto, e conteneva disposizioni a tutela della vita, della libertà individuale, della solidarietà, della giustizia ed equità.

²⁵ A. Rinella, *La Carta della Rivoluzione americana*, in *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, nella collana il Monitore Costituzionale, Liberilibri, Macerata, 2008², p. XXXVI; C.H. McIlwain, *The American Revolution: a constitutional interpretation*, MacMillan, New York, 1923, trad. it. *La Rivoluzione americana: un'interpretazione costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1965.

²⁶ Si veda in questo capitolo il par. 4.