

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Isabel Trujillo

(a cura di)

Storie dei diritti umani

G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

di *Isabel Trujillo*

Sommario:

1. Diritti umani e diritto. – 2. Evoluzione storica e storie dei diritti. – 3. Storia e filosofia dei diritti umani.

1. Diritti umani e diritto

Questo volume raccoglie gli atti della Summer School “Histories of Human Rights”, tenutasi dal 18 al 22 giugno 2018 e dedicata a celebrare i venticinque anni del dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” dell’Università di Palermo.

Nell’anno di inizio del progetto, il 1992, gli studi organici sui diritti umani in Italia erano molto scarsi¹. Il tema ancora stentava a decollare, non solo come oggetto di ricerca, ma prima ancora come fenomeno giuridico, sociale e politico. Due dati di contesto dell’epoca, uno mondiale, l’altro regionale, possono dare la misura dell’evoluzione del fenomeno, che effettivamente inizierà a fiorire solo alla fine degli anni Novanta. Sul fronte mondiale, solo nel 1993, dopo la *World Conference on Human Rights* in Vienna, l’Assemblea generale delle Nazioni Unite creerà l’Alto com-

¹ Da dieci anni esisteva a Padova il *Centro di studi e di formazione sui diritti della persona e le libertà fondamentali*, dal 2017 denominato *Centro di Ateneo per i Diritti umani Antonio Papisca*, in onore del suo fondatore. Occorre aspettare la seconda decade del nuovo millennio per vedere fiorire centri di ricerca accademici sui diritti umani nelle università più prestigiose: il *Center of Governance and Human Rights* in Oxford è stato fondato nel 2010; a Stanford nel 2014 il *War Crimes Studies Center* si trasforma nel *Center for Human Rights and International Justice*; il *Bonaverio Institute of Human Rights* dell’Università di Oxford è del 2017.

missariato per i diritti umani², che a partire da quel momento svolgerà un ruolo cruciale nel monitoraggio e promozione dei diritti umani nel mondo. Sul fronte regionale, la Corte europea dei diritti umani, oggi punto di riferimento fondamentale per la tutela giurisdizionale dei diritti, inizierà a sedere a tempo pieno solo nel 1998.

Gli *Human Rights Watch World Reports* del 1992 e del 1993³, pur segnalando che il discorso sui diritti umani andava guadagnando consenso più che mai – in particolare intorno all'idea che il modo in cui i governi trattano i propri cittadini non è esclusivo affare interno degli Stati e che i diritti devono essere al centro di un mondo sicuro e stabile –, notavano come nonostante la fine della guerra fredda essi venissero minacciati dall'emergere di ideologie discriminatorie e di conflitti etnici di ogni tipo (non solo quello nella ex-Yugoslavia), e come i diritti venissero snobbati nella politica estera di molti paesi, per primi gli Stati Uniti, allora sotto l'amministrazione di George H.W. Bush. Il rapporto del 1992 aveva celebrato l'azione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nella protezione della popolazione curda contro Saddam Hussein, come una prima esemplificazione del fatto che la comunità internazionale poteva limitare formalmente la sovranità di una nazione sul proprio territorio sulla base dell'esigenza del rispetto dei diritti umani.

Questo tipo di intervento annunciava già uno dei modi – non l'unico per fortuna, ma, a mio modo di vedere, uno dei più problematici – in cui i diritti umani si sono sviluppati negli ultimi trent'anni. Si tratta della tendenza a dimenticare che l'impresa di tutelare i diritti umani era stata la scelta opposta al ricorso alla forza e dunque alla guerra e che, dopo le due guerre mondiali, i diritti erano diventati il cuore di un progetto di cooperazione internazionale e di ricerca di mezzi pacifici per la risoluzione dei conflitti. Tale progetto avrebbe dovuto condurre ad una profonda trasformazione dello Stato, delle relazioni internazionali, delle organizzazioni internazionali, e anche dei mezzi da usare per risolvere gli inevitabili conflitti e pertanto evitare la guerra. È questa forse la peggiore delle distorsioni del progetto dei diritti uma-

² Con la risoluzione A/RES/48/141.

³ Si possono vedere in <https://www.hrw.org/reports/1992/WR92/> e <https://www.hrw.org/reports/1993/WR93/>.

ni, che oggi appaiono da questo punto di vista come una rivoluzione mancata⁴. Questo non è l'unico aspetto criticabile della loro evoluzione recente, come si vedrà in seguito. Eppure le dimensioni del fenomeno sono molto più ricche e articolate e la sua valutazione risulta molto più complessa. In direzione opposta a quella segnalata muove per esempio la progressiva presa di coscienza della centralità del *rule of law* a livello domestico e internazionale, ritenuto il presupposto per la realizzazione degli obiettivi della comunità internazionale, cioè la pace e la sicurezza internazionali, la protezione dei diritti e lo sviluppo sostenibile⁵.

L'intenzione del progetto dottorale palermitano era ed è di studiare i diritti umani come un fenomeno propriamente giuridico. Questo proposito non porta però ad eliminare gli elementi culturali, politici, sociali, morali che contrassegnano quello che viene anche indicato come il movimento dei diritti umani, a ragione della ricchezza di attori, soprattutto non istituzionali, che vi partecipano, come anche della eterogeneità delle sue dimensioni. La ragione della preferenza per l'espressione "pratica dei diritti umani", che si ispira alla concezione del diritto come pratica sociale⁶, è il ruolo catalizzante e trainante che svolge il diritto nella tutela dei diritti umani, se è vero che, nonostante i diritti non siano un fenomeno esclusivamente giuridico, i movimenti dell'opinione pubblica, le azioni e strategie delle organizzazioni internazionali, le teorie elaborate, le pretese di diritti avanzate, le denunce e le reazioni sociali alla violazione dei diritti sono volte a sollecitare azioni giuridiche di vario tipo, dalle dichiarazioni solenni alle azioni nelle corti, passando per patti e accordi tra gli Stati.

Più che consacrare una qualche superiorità dell'elemento giuridico, sembra che i diritti abbiano condotto a modificare il modo di comprendere il diritto, intendendolo come un fenomeno

⁴ Ho ricostruito la evoluzione storica di questo segmento della pratica dei diritti nel mio *L'oblio del diritto alla pace nella pratica dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 79, 1, 2019, pp. 19-33.

⁵ Fondamentale a questo proposito è la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite in sessione plenaria A/RES/67/1 del 2012.

⁶ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Edizioni Jaca Book, Milano 1990.

aperto a tutte quelle dimensioni politiche, sociali, culturali e morali, con buona pace per le prescrizioni della scienza pura del diritto di stampo kelseniano. Anche per questo nello studio dei diritti umani è benvenuto il contributo corale di discipline giuridiche e non giuridiche. Oggi, sebbene significativamente il dottorato sia accessibile a candidati di studi magistrali diversificati, il collegio è formato prevalentemente da docenti e ricercatori di discipline giuridiche. Non per questo però si è persa la sensibilità per gli apporti multidisciplinari e per le contaminazioni. Anzi, quello che si è potuto osservare in questi anni è proprio il cambiamento del concetto di diritto degli stessi giuristi, come anche dell'approccio generale della scienza giuridica verso il suo oggetto, che è divenuto molto meno formale, asettico, puro, e più sensibile al ruolo sociale del diritto, alle sue interazioni politiche e alle sue presupposizioni culturali e morali. Per lo meno in parte, questi sono tutti effetti dell'irrompere dei diritti umani nel mondo giuridico.

Volendo fin dall'inizio mettere a tema argomenti cruciali della problematica dei diritti, la seconda Settimana dei diritti nel 1998 – allora principale appuntamento didattico annuale – fu dedicata a celebrare i cinquant'anni dalla Dichiarazione universale, con contributi di pregevoli studiosi che facevano il punto precisamente sui suoi effetti sul diritto positivo⁷.

La terza Settimana dei diritti fu riservata alla presunta opposizione tra i diritti di libertà e i diritti sociali⁸, un argomento che anche oggi solleva questioni relative al ruolo dello Stato nella tutela dei diritti, ai tipi di doveri corrispettivi ai diritti, alle concezioni minimaliste e massimaliste dei diritti, all'estensione del dovere di aiuto materiale. Nel suo ultimo libro Martha Nussbaum traduce in questi termini le esigenze derivanti dal principio di beneficenza, come contrapposte a quelle della giustizia, che riguarderebbero invece esigenze di rispetto della libertà e della proprietà altrui⁹. Le

⁷ Gli atti sono stati pubblicati nel volume n. 11 del 1998 della rivista *Ragion pratica*, dal titolo *Gli effetti sul diritto positivo della Dichiarazione Universale del 1948*, a cura di F. Viola.

⁸ Gli atti sono stati pubblicati nel volume n. 14 del 2000 della rivista *Ragion pratica*, dal titolo *Diritti sociali vs. diritti di libertà?*, a cura di A. Schiavello e I. Trujillo.

⁹ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *The Cosmopolitan Tradition: A Noble but Flawed Ideal*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. 2019.

prime sarebbero tipicamente alla base dei diritti sociali da garantire agli altri in forma di prestazioni positive, mentre le seconde richiamano i diritti di libertà, che si esprimono attraverso doveri di astensione da interferenze. Questa biforcazione, la cui declinazione all'interno della pratica dei diritti umani è alla base del saggio di Samuel Moyn, riguarda, in ultima istanza, il contenuto dei diritti. Ancora oggi infatti si discute se essi si attestino come libertà civili e politiche, o se invece la tutela della dignità della persona richieda la protezione dei suoi interessi fondamentali, e se questi siano sostanzialmente da individuare secondo parametri che livellano verso il basso, secondo formule minimaliste, inevitabilmente problematiche. Tutto ciò a fronte di un aumento esponenziale delle diseguaglianze e della povertà. Ci si domanda allora se sia possibile pensare che la dignità umana sia rispettata in chi muore di fame, a fronte degli sprechi di cibo nel mondo ricco, in chi non ha cure soddisfacenti per malattie debellate altrove da decenni, in chi non ha istruzione o alcuna competenza, o non ha la possibilità di dare un contributo alla società attraverso un lavoro decente¹⁰. Non è questa la sede per discutere adeguatamente questo punto, su cui nel saggio di Moyn si trovano interessanti indicazioni. Si può però osservare che la tutela della dignità è un precetto che incombe su tutti gli attori coinvolti nella pratica dei diritti e che tipicamente essa impone azioni in favore degli altri, azioni da interpretare alla luce della indivisibilità dei diritti e la loro interdipendenza, peraltro sancite durante la *World Conference on Human Rights*, nella *Vienna Declaration and Programme of Action* del 25 di giugno del 1993.

I venticinque anni di dottorato hanno consentito, prima annualmente, poi quattro volte l'anno, di studiare e ripensare i più diversi aspetti del fenomeno, e di approfondirli e discuterli con esperti provenienti da tutto il mondo¹¹.

¹⁰ Molto istruttivo a questo proposito il lavoro di M.J. SANDEL, *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2020.

¹¹ I dati degli alunni e degli esperti coinvolti nei primi venticinque anni si trovano nel sito del dottorato: <https://www.unipa.it/Dottorato-Diritti-Umani/>. Gli atti delle settimane di studio e delle *winter* e *summer schools* sono stati quasi tutti pubblicati sulla rivista *Ragion pratica*, ma anche su altre riviste.

2. Evoluzione storica e storie dei diritti

In occasione della commemorazione dei venticinque anni la scelta del tema è caduta sull'aspetto storico, data la convergenza tra la possibilità di guardare indietro all'esperienza dottorale per un periodo significativo di anni e la più generale ripresa di una riflessione storica sui diritti dopo il 2010, di cui sono protagonisti alcuni degli autori in questo volume¹².

Sul primo fronte, si è già visto come, in effetti, i venticinque anni di dottorato hanno accompagnato l'evoluzione di questo fenomeno lungo un periodo particolarmente significativo per la loro maturazione. Uno dei compiti scientifici del programma di dottorato in diritti umani è proprio quello di studiarne l'evoluzione storica, da intendere prima di tutto come storia interna della pratica della tutela dei diritti umani, una storia che inevitabilmente dipende da come essi vengono concepiti.

L'indagine sull'evoluzione storica richiede un punto di partenza abbastanza definito, a partire dal quale si possa rilevare il *novum* di un fenomeno ben identificabile e di conseguenza ricostruirne l'andamento storico, perché i fenomeni sociali prendono forma attraverso il tempo e questo succede ovviamente anche ai diritti. Un fenomeno giuridico è solitamente identificabile attraverso eventi, ruoli, norme, istituzioni, che – e questo è il contributo principale dell'idea di pratica sociale – mirano a realizzare un programma d'azione. Il *novum* che contraddistingue la pratica giuridica dei diritti ha a che fare precisamente con il proposito degli Stati, delle organizzazioni internazionali e della comunità internazionale nel suo insieme, formulato solennemente a ridosso della seconda guerra mondiale, di rispettare i diritti delle persone senza discriminazione, come si addice alla loro dignità, e il documento giuridico che suggella questo inizio è sicuramente

¹² Sul fronte dell'evoluzione storica si segnalano S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2010 e E.A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2014. Tra la storia e l'evoluzione storica, si veda P. SLOTTE-M. HALME-TUOMISAARI (a cura di), *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2015. In quest'ultimo volume è contenuto il capitolo di Annabel Brett, che qui offriamo in traduzione italiana.

la Dichiarazione universale dei diritti del 1948. Pur essendo non obbligatoria giuridicamente in quanto atto di *soft law*, la Dichiarazione esprime esplicitamente il progetto che le nazioni si propongono di portare avanti insieme, più tardi convalidato da patti veri e propri, dall'istituzione di corti, dalla creazione di agenzie internazionali, e di molte altre azioni costruttive e costitutive della pratica¹³. La Dichiarazione segnala cioè una volontà nuova, di cambiamento, da parte degli Stati, al loro interno e nelle loro relazioni, che dovrà essere sostenuta e realizzata anche dalla società civile e che è volta a stabilire il primato della protezione della dignità delle persone. In quanto pratica di carattere normativo, essa non viene invalidata da imperfette o perfino devianti interpretazioni e implementazioni, anche se queste ne vanificano gli effetti e sono rilevanti a lungo andare per il suo consolidamento o per la sua erosione. Fino a prova contraria, resta però aperta la possibilità di assumere interpretazioni e di realizzare implementazioni che ne inverino la finalità costitutiva. E questa è la sfida dei diritti, per nulla semplice.

È significativo notare che tutti i saggi pubblicati nel volume condividono l'idea che i diritti umani servano un programma d'azione, anche se esso viene diversamente descritto¹⁴. Solo identificando tale progetto si può ricostruire la storia del fenomeno e si possono anche fare storie dei diritti umani senza forzature, cioè senza cadere nel tranello di elaborare percorsi lineari e di trovare facili predecessori dei diritti umani, risalenti a vicende più o meno lontane nel tempo, nonostante la comunanza di un vocabolario, primo fra tutti, quello dei diritti soggettivi. Il punto è che il linguaggio dei diritti – così come quello delle limitazioni

¹³ In questo senso sarebbe opportuno che nelle cronologie dei diritti umani si facesse una distinzione tra gli eventi che riguardano questo fenomeno nuovo e altri che, pur presentando analogie, vanno ricondotti a progetti diversi. Talvolta sia le storie, sia le cronologie vengono fatte risalire millenni addietro, rendendo aleatoria la ricostruzione di una vera e propria storia del fenomeno.

¹⁴ Annabel Brett collega i diritti umani alla protezione dei soggetti vulnerabili, mentre Samuel Moyn – individuando la loro maturazione attuale solo in seguito alla fine del processo di decolonizzazione, e quindi trascurando quella fase della evoluzione dei diritti in cui lavora soprattutto il diritto all'autodeterminazione dei popoli – identifica il progetto dei diritti umani con la loro versione individualista, figlia del neoliberalismo.

del potere – può servire imprese diverse. Come sostiene Martti Koskenniemi, con i diritti si possono fare cose diverse. La cosa importante è dunque individuare le caratteristiche specifiche dell'impresa dei diritti umani e saperla confrontare con, e differenziare da, altri progetti possibili. Nel saggio di Moyn, per esempio, si sostiene che il progetto dei diritti umani è molto diverso da quello del liberalismo classico, e da distinguere nettamente dalle forme in cui il liberalismo si è evoluto, quali il neoliberalismo o l'*international liberalism*, anche se questi secondo l'autore hanno influenzato fortemente la maturazione dei diritti come noi oggi li conosciamo e li praticiamo. La tradizione liberale classica era portatrice di un intenso progetto politico di libertà ed eguaglianza e di promozione del benessere degli individui dentro lo Stato. Per Moyn i diritti umani sono invece diritti oltre lo Stato, ma sono (o, forse, sono diventati?) molto poco egalitari e meno ancora welfaristi. Per lo meno, questa è l'impronta che alcune delle evoluzioni del liberalismo, compagne di viaggio dei diritti in questi ultimi trent'anni, sembrano avere dato alla pratica della tutela delle persone. I risultati sono i diritti minimi, le disegualianze dilaganti, l'individualismo. Ci si dovrebbe invece chiedere se il progetto dei diritti umani – che difficilmente contrappone i diritti di libertà e i diritti sociali¹⁵, come si diceva prima – non vada invece nella direzione dell'estensione di quel progetto liberale classico oltre i confini dello Stato.

Il saggio di Koskenniemi esplora percorsi diversi e sembra muoversi sul fronte di quelle che potrebbero essere chiamate storie dei diritti, da distinguere dalla evoluzione storica dei diritti umani. Le tre storie di cui si occupa riguardano fenomeni e teorie che talvolta sono state ritenute precorritrici dei diritti umani. Si tratta della tradizione della scolastica spagnola del Cinquecento, dell'*ethos* civile protestante della emergente classe mercantile del Seicento e delle dottrine della scuola fisiocratica che alimentano la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino della Rivoluzione francese nel Settecento. La prima è volta ad elaborare una teoria dei diritti soggettivi fondati sull'idea del soggetto come *dominium sui*, che nel pubblico giustifica la sovranità e nel

¹⁵ Non foss'altro perché la indivisibilità dei diritti è stata formalmente sancita e nell'ottica dei diritti come pratica giuridica questo elemento è rilevante.

privato la proprietà, ma che sostiene anche l'esistenza di altri diritti quali quello di circolare liberamente, di migrare, di prendere altra cittadinanza, di godere dei beni comuni, come l'acqua dei mari e dei fiumi. Si tratta di una dottrina in cui né la sovranità è assoluta, né lo è la proprietà, entrambe limitate dal diritto naturale, che nel primo caso fissa condizioni all'autorità (il perseguimento del bene comune) e nel secondo caso pone vincoli alla proprietà privata perché i beni della terra sono destinati a tutti.

Il secondo percorso, impersonato da Hugo Grozio, porta all'elaborazione di un sistema raffinato di diritti soggettivi naturalizzati che fanno da *pendant* ad una sovranità assoluta e al diritto di proprietà come diritto naturale per eccellenza. La distinzione groziana tra diritti perfetti e imperfetti perpetua la (discutibile) opposizione tra giustizia e beneficenza o umanità di memoria ciceroniana¹⁶. Questa divaricazione porta, per un verso, alla identificazione della dimensione giuridica con l'*enforcement* (è proprio questo che distinguerebbe diritti perfetti e imperfetti, che cioè siano o meno giustiziabili), e, per altro verso, porta ad identificare il ruolo dello Stato in forma negativa, cioè come esigenza di rispetto di un equilibrio che si trova altrove, in una rete interindividuale di diritti soggettivi preesistente, che sono, sostanzialmente, diritti patrimoniali. Questo assetto sarebbe il più adatto a garantire le libertà dei mercanti e nel mercato.

La terza vicenda alimenta la costruzione di una versione naturalistica dei diritti soggettivi individuali che continuerà a sostenere il mercantilismo degli Stati europei, ma anche la proclamazione francese di diritti universali antecedenti allo Stato. Le tre storie partono dalla nozione soggettiva di *ius*, a cui si dà un contenuto solo apparentemente simile. La domanda che permane è: visto quello che si può fare con i diritti fondati sul *dominium*, con i diritti naturali o con i diritti patrimonialisti nel mercato, cosa (di diverso?) ci proponiamo di fare con i diritti *umani*?

Se si accetta la distinzione tra evoluzione storica e storie dei diritti umani, si può osservare come il saggio di Annabel Brett si muova su un doppio binario. L'autrice parte dalla disamina delle opinioni discordanti sui diritti umani di autori riconducibili al tomismo o alla filosofia sociale del cattolicesimo, tra i tanti protagonisti del dibattito teorico sui diritti umani dalle origini fino

¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 46.

agli anni Ottanta. All'interno di questa corrente, l'autrice nota la contrapposizione tra Maritain e Finnis, da un lato, che valorizzano i diritti, e MacIntyre e Villey, dall'altro, critici dei diritti umani. Per spiegare questa differenza di posizioni pur partendo dalla stessa ispirazione l'autrice esamina alcuni aspetti problematici del diritto soggettivo in Tommaso D'Aquino e nei suoi seguaci nel Cinquecento, Vitoria e Soto, che alcuni tomisti ritengono traditori¹⁷. Nel saggio vengono ricostruite alcune delle ragioni della divergenza di opinioni rilevata. Si tratta della coesistenza nelle dottrine tomistica e scolastica di diversi concetti di diritti: i *dominium rights*, da distinguere dai *natural rights*, tanto per incominciare. Il punto però è che nessuno di quei modelli risponde a quello che noi oggi intendiamo per diritti umani. Non perché non vi sia alcuna relazione tra essi – al contrario, vi sono parecchie affinità –, ma perché le concezioni dei diritti (sia quella degli autori antichi, sia anche la nostra) vivono all'interno di pratiche che danno senso all'impresa generale. Anche nel nostro mondo giuridico vi sono diverse tipologie dei diritti. La questione davvero cruciale è a quale progetto complessivo i diritti umani rispondano. Secondo l'autrice, si tratta di un progetto che ha a che fare con la protezione dei soggetti vulnerabili, aspirazione lontana dai diritti di proprietà, ma anche dall'autodifesa e dalla sopravvivenza, che sono le logiche tipiche dei diritti naturali.

Il saggio di Fiona Macmillan si può elencare sul fronte della prospettiva dell'evoluzione storica, in quanto studia l'intreccio tra i diritti umani e il regime internazionale della proprietà intellettuale consacrato dall'accordo TRIPs e dall'opera dell'Organizzazione mondiale del commercio. L'articolo 15, comma 1, lettera c del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che riconosce il diritto di ogni individuo a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti dalla produzione scientifica, letteraria o artistica di cui è autore, viene ambiguamente interpretato, anche da organi preposti a promuovere i diritti umani, esclusiva-

¹⁷ Questa accusa si allaccia anche alla nota polemica se il concetto di diritto soggettivo fosse presente in epoca antica e medievale. Si veda B. TIERNEY, *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, in *The Review of Politics*, 64, 3, 2002, pp. 389-406 con interventi critici di J. FINNIS-D. KRIES-M.P. ZUCKERT e replica finale di B. TIERNEY (pp. 407-420).

mente nei termini in cui il regime internazionale protegge la proprietà intellettuale. Questa interpretazione non solo trascura molte azioni possibili per realizzare quella tutela agli autori che il Patto promuove (quali prestazioni sociali di vario tipo), ma guarda – forse ipocritamente – dall’altro lato per non vedere che in realtà quel regime di proprietà intellettuale è uno strumento di investimento nelle mani delle multinazionali. La lettura proprietaria del patrimonio artistico, culturale, scientifico, ignora del tutto l’esigenza veicolata dai cosiddetti diritti di terza generazione quali diritti collettivi a beni comuni, tra i quali si trova quello a godere di un patrimonio culturale comune. Di quest’ultimo viene offerta una versione riduzionista nei termini di diritti delle popolazioni indigene alla terra e al proprio patrimonio culturale. Si suggerisce così l’idea che quel diritto a partecipare e a godere del patrimonio comune sia specifico di minoranze non occidentali, quasi ad affermare che l’Occidente invece non può che riferire quelle istanze al regime proprietario, rinnegando così risorse presenti nella stessa pratica dei diritti umani.

Come segnala Brett, una delle coordinate per gestire il mondo diversificato dei diritti e anche per raccordarli è quella di individuare il loro registro, il livello di discorso nel quale si collocano. Per Vitoria e Soto, come per Tommaso d’Aquino, i *dominium rights* appartengono allo *ius gentium* o diritto delle genti, un certo livello del discorso giuridico ben radicato nell’esperienza storica, diverso dal diritto naturale. Il punto è che il diritto naturale non è sufficiente a guidare le azioni umane. È necessaria la mediazione del diritto delle genti, che colloca i diritti nel mondo reale, quello in cui occorre conciliare esigenze come la destinazione universale dei beni della terra e la proprietà e l’uso di essa.

Al rapporto tra diritti umani e diritto delle genti è dedicato il saggio finale, volto a spiegare in che senso i diritti umani possono essere considerati parte del diritto delle genti del nostro tempo. La questione richiede che si rifletta sul significato e sul ruolo del diritto delle genti e questa problematica serve ad assumere un certo approccio nell’accostarsi al diritto e ai diritti. Il diritto delle genti viene presentato come una delle dinamiche originarie del diritto positivo, quella in cui specifiche esigenze di giustizia si intrecciano con esigenze di coordinazione che hanno origine (e a cui si deve dare risposta) nel tempo. Per comprendere il diritto delle genti si deve precisamente valorizzare l’aspetto sociale

e storico del diritto. Il diritto emerge dal basso, da dinamiche sociali. Esso è radicato in dinamiche concrete e storicamente determinate, dove gioca un ruolo importante l'interazione, la memoria comune, come anche la ricerca della giustizia. Ricondurre i diritti umani al diritto delle genti significa enfatizzare il ruolo di una molteplicità di attori della pratica giuridica, ma anche approfondire il progetto di umanizzazione delle istituzioni politiche e giuridiche domestiche e internazionali veicolato dall'esigenza di rispetto della dignità di ciascuna persona.

3. Storia e filosofia dei diritti umani

Riguardo alla storia dei diritti accade quanto Francesco Viola nota a proposito della loro fondazione. È noto che i diritti possono essere fondati in modo diverso e che ai tempi della firma della Dichiarazione universale si è deciso di prescindere da un'intesa sui fondamenti e di assecondare quello che è stato chiamato un accordo pratico, volto ad eludere le problematiche della fondazione teorica a favore dell'impegno a renderli effettivi. In quanto componenti di una pratica giuridica, non vi è dubbio che i diritti siano compatibili anche con una pluralità di teorie, perché il diritto è conciliabile con il pluralismo teorico e morale, così come non vi è dubbio che la pratica dei diritti sia compatibile con diritti di struttura diversa. Ma la vera questione è che il fondamento della pratica dei diritti è una cosa diversa dal fondamento dei diritti e della questione della loro struttura. Altrimenti si cade nella fallacia di scambiare una parte con il tutto. Anche dei diritti pubblici soggettivi si discuteva se fossero meglio intesi come volontà presupposte dall'ordinamento giuridico o come interessi da tutelare da parte dell'ordinamento giuridico¹⁸, ed entrambe le teorie presentavano aspetti positivi e negativi. Ma la differenza con i diritti umani, di cui si trova pure una *choice theory* (Herbert Hart¹⁹) e una *interest*

¹⁸ La prima segue l'orientamento di Bernhard Windscheid e la seconda di Rudolf von Jhering. Per una sintesi delle posizioni, cfr. G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 61-64.

¹⁹ H.L.A. HART, *Are There Any Natural Rights?* (1955), in J. WALDRON (a cura di), *Theories of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1984, pp. 77-90.

theory (Neil MacCormick²⁰) nella *jurisprudence* anglosassone del Novecento²¹, sta nel significato complessivo dell'impresa. Nel caso dei diritti pubblici soggettivi si discuteva del presupposto in base al quale lo Stato attribuisce un diritto (una volontà o un interesse rilevante). Nel caso dei diritti umani la teoria della scelta presenta il titolare dei diritti come un piccolo sovrano che si difende dagli altri e dallo Stato con lo scudo dei suoi diritti, mentre la teoria dell'interesse identifica i diritti con alcuni beni fondamentali da riconoscere ai titolari dei diritti. Si tratta di modi diversi di concepire il titolare dei diritti, che hanno implicazioni sul modo di immaginare i doveri corrispettivi. Come è noto, nessuna di quelle due letture è del tutto soddisfacente. La tutela della dignità umana talvolta richiede un'astensione dall'interferenza con l'azione del titolare dei diritti, tal'altra una prestazione specifica oppure una partecipazione al patrimonio comune.

La idea di Francesco Viola è che occorra indagare la natura dei diritti umani (e non già il loro concetto astratto) alla luce di una concezione del diritto come pratica sociale. In poche parole, questa proposta implica che il diritto non sia definito soltanto come un sistema di norme, o un insieme di procedure o di ruoli o di rapporti, ma sia tutto questo configurato e strutturato storicamente dalla finalità che si propone di realizzare. Tale finalità è la coordinazione giusta, dove per giusta si intende rispettosa dell'*agency* di individui liberi, razionali, interdipendenti, e pertanto nemica dell'arbitrio del potere²². I diritti umani sono in questo senso un aspetto della pratica giuridica, una pratica sociale essi stessi, con la finalità generale di valorizzare la vita umana agli occhi dei poteri statali, internazionali, ma anche economici e sociali.

Ogni pratica sociale è cooperativa e coinvolge una pluralità di

²⁰ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, in *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 62, 3, 1976, pp. 305-316.

²¹ Sulla *jurisprudence* anglosassone si veda B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in ID., *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 17-83.

²² La risoluzione A/RES/67/1 del 2012 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha sottolineato la centralità del *rule of law* per la costruzione dei tre pilastri delle Nazioni Unite: la pace e sicurezza internazionali, i diritti umani e lo sviluppo.

soggetti o attori, istituzionali e non. Trattandosi di una realtà culturale e storica, essa va descritta prima di essere definita. In particolare, quella dei diritti richiede lo studio dei meccanismi per la loro protezione in senso dinamico, cioè nella prospettiva di un processo di positivizzazione che va dalle dichiarazioni solenni alla concretizzazione in norme e regole da seguire, oltre che di mezzi di implementazione e di controllo. Servono anche le narrazioni che sorreggono le varie interpretazioni che si possono dare dei diritti – illuminate anche dalle diverse storie settoriali –, ma che alla fine devono concorrere alla ricerca della migliore interpretazione dei diritti qui ed ora, migliore perché maggiormente adatta ad esprimere la finalità complessiva del fenomeno giuridico e a darvi esecuzione.

Anche da questo punto di vista i diritti umani si distinguono dai diritti naturali. I diritti umani sono culturali e dunque artificiali, sono costruiti nel tempo e nello spazio dalle azioni di attori istituzionali e non. Mentre i diritti naturali appartengono al mondo dei concetti, i diritti umani appartengono al mondo reale. Questo però li rende più fragili, perché soggetti ad azioni contingenti, come anche al gioco di forze diverse (politiche, economiche, sociali), solitamente più poderose delle norme e delle istituzioni giuridiche, ma non per questo i diritti umani sono meno importanti.