

Brevi saggi in materia di diritti umani



INDICE

INTRODUZIONE di Patrizio Gonnella	Pag.3
PER UNA COSTITUZIONE DELLA TERRA di Luigi Ferrajoli	Pag.4
IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI E LA DIGNITÀ UMANA di Patrizio Gonnella	Pag.8
LA TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI di Giorgio Pino	Pag.15
LA LOTTA PER LA CONQUISTA DEI DIRITTI UMANI NELLA STORIA di Stefano Anastasia	Pag.19
I DIRITTI FONDAMENTALI: DIFFERENZE CULTURALI, DISUGUAGLIANZE SOCIALI, DIFFERENZA SESSUALE di Tamar Pitch	Pag.22
IL RUOLO DELLE ONG NEL SISTEMA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI di Susanna Marietti	Pag.27
BIOGRAFIE	Pag.30

INTRODUZIONE

di Patrizio Gonnella

Questo e-book inaugura una serie di pubblicazioni collegate al Corso di Perfezionamento in Organizzazioni non Governative e Tutela dei Diritti Umani, promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre e dalla Coalizione Italiana per i Diritti e le Libertà Civili. Con questa prima pubblicazione mettiamo a disposizione della comunità degli studiosi e delle associazioni i contenuti di alcune delle lezioni che si sono tenute nella prima edizione del Corso. E di questo ringraziamo gli autori che ci hanno autorizzato alla pubblicazione. Il Corso guarda ai bisogni formativi di chi intende lavorare, o già è attivamente impegnato a vario titolo, all'interno di Ong, associazioni, istituzioni, organizzazioni nazionali e internazionali, governative o non, impegnate sul terreno dei diritti umani e delle libertà civili. Sempre più sono i giovani, italiani e stranieri, che intendono professionalizzarsi in un ambito che coniuga competenze e passione civile. Si tratta dunque di formare una classe dirigente di esperti impegnati nel settore dei diritti umani e delle libertà civili. Migrazioni, carcere, discriminazioni, questione di genere e diritti LGBT, trasparenza e sorveglianza di massa, sono alcuni dei temi più scottanti che le società moderne stanno affrontando. Mai come oggi a chi lavora su questi temi è richiesto un ruolo innovativo in termini di competenze, capacità di sintesi e visione strategica. Su questo fronte una collaborazione più stretta e strategica fra mondo accademico e società civile organizzata è l'elemento che può fare la differenza nel contribuire alla crescita all'interno di questo settore di una classe dirigente in grado di incidere con maggior impatto nella società, nei media e verso le istituzioni.



PER UNA COSTITUZIONE DELLA TERRA

di Luigi Ferrajoli

La prospettiva di un allargamento del paradigma costituzionale delle istituzioni rigide sul quale è fondata la nostra democrazia è sollecitata dal mutamento di fatto della situazione del mondo. Per comprendere questa necessità è opportuno muovere da una riflessione sull'idea stessa di costituzione.

Le Costituzioni sono patti di convivenza pacifica tra persone differenti e disuguali, che mirano a garantire le tante differenze che fanno di una persona un individuo unico e, tuttavia, uguale agli altri; e sono anche patti di solidarietà diretti a ridurre le disuguaglianze. Questi due obiettivi - tutela delle differenze e riduzione delle disuguaglianze - si realizzano attraverso la garanzia dei diritti fondamentali e, innanzitutto, dei diritti di libertà (la libertà di coscienza, la libertà di pensiero, la libertà di riunione e così via). I diritti di libertà garantiscono il rispetto delle persone, qualunque sia la loro identità, e sono basati sul rifiuto dell'ossessione identitaria e dei conflitti identitari che hanno attraversato e tuttora attraversano la convivenza umana. In secondo luogo, le Costituzioni sono patti di solidarietà che mirano alla riduzione delle disuguaglianze.

Questo secondo obiettivo è perseguito attraverso la garanzia dei diritti sociali (il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto all'alimentazione di base, il diritto alla sussistenza e così via), che ambiscono ad assicurare condizioni di vita idonee al rispetto della dignità umana. In questo senso le costituzioni sono il prodotto storico di una filosofia politica che si espresse nel Seicento e nel Settecento attraverso le dottrine del contratto sociale. Basti pensare a cosa furono la Costituzione americana e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: carte nelle quali si stipularono le condizioni della convivenza attraverso l'enunciazione dei diritti

fondamentali. Le lotte per gli statuti del XIX secolo, in effetti, furono lotte per la rifondazione della convivenza civile non più sui vecchi principi della legittimazione monarchica della sovranità, ma sul rispetto dell'individuo. La debolezza di queste carte consisteva precisamente nella loro natura di leggi ordinarie, solenni, ma abrogabili attraverso altre leggi. Le Costituzioni rimasero leggi ordinarie fino al Novecento, quando, all'indomani degli orrori dell'esperienza nazi-fascista, prevalse il paradigma concettualizzato da uno dei padri del costituzionalismo odierno, Hans Kelsen, che teorizzò la sopra ordinazione gerarchica delle costituzioni alle altre fonti. Fu una grandissima conquista.

La stipulazione della rigidità avvenne con l'introduzione di un organo in grado di censurare le leggi in contrasto con la Costituzione: la Corte Costituzionale. Tutto ciò ha cambiato profondamente la natura delle nostre democrazie, che non si fondano più soltanto sulla volontà della maggioranza, la quale non può decidere di sopprimere le libertà fondamentali o di non garantire, ad esempio, il diritto alla salute, perché le Costituzioni impongono limiti e vincoli di contenuto alla stessa democrazia politica.

Vi è, dunque, un nesso stretto fra Costituzione rigida e garanzia dei diritti fondamentali. Il modello dello Stato di diritto, inteso come un sistema giuridico e politico in cui i poteri pubblici sono sottoposti al diritto, si completa, per così dire, con le costituzioni rigide, nelle quali anche il supremo potere legislativo è sottoposto alla legge. Nello Stato costituzionale di diritto non esistono poteri, in quanto legittimati dalla volontà popolare, capaci di decidere qualunque cosa. Tuttavia, vi è un margine di divaricazione inevitabile tra il dover essere e l'essere. Non vivremo mai mondi



Immagine: Ben White / Unsplash

identicamente perfetti, per cui continueranno ad esserci le leggi invalide o, comunque, di cui è opinabile la validità costituzionale; continueranno ad esserci inadempimenti dei diritti sociali e violazioni dei diritti fondamentali.

La democrazia costituzionale è come una costruzione del sistema delle garanzie. Un sistema complesso, articolato in garanzie primarie – che dipendono dall’attuazione legislativa dei diritti costituzionalmente previsti – e in garanzie secondarie – che dipendono dall’attività giurisdizionale diretta a rendere effettivi i diritti fondamentali.

Questo mutamento di paradigma ha avuto un avvio programmatico anche a livello internazionale nel 1945, dopo gli orrori dell’esperienza nazi-fascista e, soprattutto, di ben due guerre mondiali, quando venne stipulata la Carta dell’Onu, che è un patto di convivenza pacifica che mette al bando la guerra e che affida alle Nazioni Unite il compito di realizzare e di tutelare la pace; e poi nel 1948, con la Dichiarazione universale dei diritti umani e nel 1966, quando vennero firmati i Patti sui diritti di libertà e sui diritti civili e così via.

L’ordinamento internazionale, in effetti, è pieno di carte enunciative di diritti. Tuttavia, nel diritto internazionale esistono delle aporie, delle

contraddizioni in forza delle quali da un lato, si afferma il principio della pace e, dall’altro, si conserva la sovranità degli Stati.

Il diritto internazionale è il diritto degli stati, in cui l’unica fonte abilitata a produrre diritto è, direttamente o indirettamente, quella dei trattati. Insieme alla sovranità vengono mantenute le diverse cittadinanze, che sono accidenti di nascita atti a differenziare le persone in ragione della loro identità nazionale. Vi sono, quindi, cittadinanze privilegiate – come quella degli Stati Uniti o dell’Italia – e cittadinanze che non valgono nulla o valgono molto poco – come quelle dei paesi dai quali emigrano masse crescenti di persone fuggendo dalla fame, dalle carestie, dalle guerre, dalle persecuzioni.

Le disuguaglianze odierne, oltre che in crescita, sono enormemente più visibili rispetto al passato, perché il mondo è sempre più integrato e interdependente, sicché oggi sono accessibili realtà e informazioni un tempo irraggiungibili.

Uno degli effetti della globalizzazione è stato l’aver modificato il rapporto tra Stato e mercato. In un mondo globalizzato in cui le grandi imprese multinazionali sono più potenti di molti Stati, il



rapporto tra politica ed economia si è capovolto: sono assai più le grandi imprese che mettono in concorrenza gli Stati che non viceversa. Questo è uno degli aspetti più drammatici della globalizzazione: le delocalizzazioni, infatti, permettono di spostare le produzioni in paesi in cui si può sfruttare il lavoro in forme para-schiavistiche, sicché mezzo miliardo di lavoratori del mondo avanzato, messi in concorrenza con un miliardo e mezzo di lavoratori in condizioni di lavoro assolutamente senza diritti, vivono ormai da anni una riduzione progressiva delle proprie garanzie lavorative. Questi otto miliardi di persone non sono semplicemente fra loro interconnessi e sottoposti allo stesso governo dell'economia, ma anche esposti alle stesse minacce che incombono sull'umanità.

In primo luogo, la guerra. Oggi vi è una guerra in Europa che potrebbe degenerare in un conflitto nucleare: sono sufficienti cinquanta ordigni nucleari per distruggere l'intera umanità. In secondo luogo, la catastrofe ecologica. Ogni anno l'umanità incrementa la produzione di anidride carbonica rispetto all'anno precedente. In questa direzione, parti crescenti del pianeta diventeranno inabitabili a causa del riscaldamento climatico, producendo flussi migratori incontrollabili.

Gli Stati nazionali, non avendo i poteri e le capacità per affrontare da soli le grandi sfide odierne, vivono in una situazione di sostanziale impotenza. Il costituzionalismo nazionale - che va difeso e protetto, perché garantisce i diritti degli individui rispetto agli abusi della legislazione, della giurisdizione, della polizia, dei poteri pubblici - non è sufficiente e non serve a nulla di fronte alle catastrofi delle guerre, del riscaldamento climatico o della crescita esponenziale delle disuguaglianze e dello sfruttamento del lavoro.

Qui emerge un'altra questione di carattere concettuale e teorico su cui è importante insistere. Esistono due concezioni diametralmente opposte della Costituzione. La prima è stata formulata nella maniera più radicale e orrenda da un giurista nazista, Carl Schmitt, secondo il quale la Costituzione esprime e realizza l'identità e la volontà di un popolo. Questa è una tesi abbastanza paradossale, per cui la minoranza che risulta tale nelle elezioni, avendo

accettato di partecipare al confronto elettorale, in realtà deve rinunciare alla propria volontà e identificarsi con la volontà della maggioranza.

L'idea espressa dalle costituzioni più avanzate - in particolare quelle figlie del dopoguerra - è esattamente l'opposto, ovvero un patto di convivenza che ambisce a garantire le differenze d'identità e a ridurre le disuguaglianze. Quest'ambizione, essendo tanto più urgente e necessaria quanto maggiori sono le differenze da tutelare e le disuguaglianze da ridurre, rende più importante una Costituzione per il mondo di quanto non lo sia per uno Stato nazionale. In quest'ottica, il progetto di allargamento del paradigma costituzionale altro non è che la presa sul serio del diritto positivo già esistente, che implica logicamente e impone normativamente l'introduzione di garanzie universali.

Esemplificando, basti pensare a cosa potrebbe essere un'organizzazione mondiale della sanità dotata delle risorse per portare negli ospedali di tutto il mondo i vaccini e i farmaci salvavita.

Una delle questioni di fondo che è necessario affrontare sul piano teorico insiste sull'idea stessa che abbiamo del diritto: il diritto positivo ha cambiato la natura della politica. Il diritto non è più un fenomeno naturale, bensì un prodotto artificiale. La politica moderna nasce con l'idea della produzione giuridica, con l'esistenza del diritto in quanto prodotto della legislazione; politica che, a sua volta, si è sottoposta essa stessa al diritto attraverso le Costituzioni.

Oggi siamo di fronte ad un cambiamento della realtà che impone un nuovo salto di civiltà, che, a partire dal diritto esistente, allarghi questi limiti e questi vincoli ai poteri degli Stati e ai poteri dei mercati per garantire i diritti fondamentali di tutti e realizzare le promesse già formulate in tante carte internazionali. L'attuazione di questo paradigma ha il sapore di un'utopia, ma dobbiamo essere consapevoli che sarà un'utopia tanto quanto la politica si rifiuti di realizzarla. Vi è un'espressione che più di altre è sintomatica della cultura politica dominante: "non ci sono alternative". Ma è importante distinguere il realismo volgare espresso da questa tesi da un realismo che potremmo definire hobbesiano. Il



realismo volgare consiste nella naturalizzazione del diritto, della politica e dell'economia. La tesi per cui non vi sarebbero alternative, nel senso che il diritto esistente non è modificabile, equivale a un'abdicazione della politica alla trasformazione e ad appiattire il dover essere sull'essere.

Vi è poi un realismo diverso che chiamo hobbesiano, perché non è altro che un realismo la tesi per cui di fronte alla società selvaggia dello stato di natura, fondata sulla legge del più forte, l'unica possibilità di garantire la vita delle persone è la rinuncia a questa libertà selvaggia e la stipulazione di un patto di convivenza che affermi il monopolio pubblico della forza e disarmi le persone. Oggi questo realismo ci impone di constatare l'impossibilità di rispondere alle sfide globali senza allargare il paradigma costituzionale alla convivenza mondiale. Un'espansione che non avverrà, ovviamente, attraverso una Costituzione della Terra. Ma potrebbe avvenire attraverso i trattati – in particolare quelli di disarmo –, se sovraordinati rigidamente alle fonti statali e internazionali, sicché quelle che sono oggi soltanto delle promesse possano diventare vincoli giuridici.

La provocazione che faccio agli stessi teorici del costituzionalismo e del positivismo giuridico è l'allargamento di questo paradigma a livello sovranazionale, introducendo garanzie idonee a tutelare i diritti fondamentali e i beni fondamentali (la terra, l'aria, l'acqua potabile), mettendo al bando i beni micidiali (innanzitutto, le armi convenzionali e nucleari), assicurando un demanio planetario che sottragga alla mercificazione e alla devastazione beni comuni come l'acqua potabile o come l'aria e, infine, dando vita a istituzioni globali di garanzia.

Un'alternativa esiste e può realizzarsi attraverso un risveglio della ragione che prenda sul serio da un lato, i problemi e, dall'altro lato, le possibili risposte che possono essere fornite dalla nostra tradizione costituzionale. La scienza giuridica – che in passato è stata profondamente conservatrice – grazie a queste utopie positive che sono le costituzioni può diventare una scienza della trasformazione, costruendo un orizzonte mai perfettamente realizzabile, ma che sia in grado di guidare la politica e di fornire ai giuristi la ragione della propria professione.

Assumendo il punto di vista di queste utopie che sono già diritto positivo, la scienza del diritto potrebbe alimentare l'immaginazione teorica e pratica per costruire risposte idonee a risolvere i problemi e per scongiurare la resa di fronte alla presunta mancanza di alternative. L'alternativa esiste, purché la si voglia.



IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI E LA DIGNITÀ UMANA

di Patrizio Gonnella

1) La dichiarazione universale dei diritti umani

I diritti umani vanno inquadrati nella loro dimensione internazionale, facendone un discorso storico, politico e giuridico.

Le organizzazioni non governative sono un attore riconosciuto anche dal diritto internazionale nel campo dei diritti umani.

La loro funzione non è solamente parallela, ma è anche interna al sistema del diritto internazionale dei diritti umani.

Dobbiamo fare un salto indietro nel tempo per meglio comprendere la costruzione del diritto internazionale dei diritti umani: la Seconda guerra mondiale e l'Olocausto, infatti, costituiscono il punto di partenza del nuovo diritto internazionale. Se non ci fosse stata Auschwitz, se non ci fosse stato l'Olocausto, se non ci fossero stati i campi di concentramento, probabilmente il diritto internazionale dei diritti umani non sarebbe stato codificato così. È ad Auschwitz che nasce la necessità di un nuovo patto intorno ai diritti umani fra gli Stati. È lì che noi possiamo dire che si costruisce il nuovo diritto internazionale fondato sulla dignità umana.

La dignità umana viene precisamente indicata come il fondamento di tutti i diritti umani a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948. Nel clima di quegli anni non viene ritenuto come necessario definire la dignità umana. È come se fosse presente a tutti cosa fosse. Auschwitz, in questo senso, è il luogo dove simbolicamente muore l'umanità e rinasce la dignità.

La dignità umana, dunque, non è definita nel preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ma è asserita, dando per scontato quale sia il suo senso. Viene evocata la definizione kantiana di dignità, cioè di uomo sempre fine e mai mezzo dell'azione pubblica. Nelle premesse di tutti gli atti internazionali sui diritti umani, a partire dal 1948, c'è sempre un riferimento alla nozione di dignità. Un riferimento che ha avuto nel tempo un impatto giuridico significativo.

Tutto nel diritto internazionale ha avuto origine in quel lontano 1948, in quella che è stata definita da alcuni come la grundnorm del diritto internazionale: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Eravamo in un momento storico molto particolare, c'erano potenze vincitrici e potenze sconfitte in quella seconda guerra mondiale, ma il mondo si era già diviso in due blocchi di potere: un blocco orientale, che aveva la sua testa nel l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e che faceva capo militarmente al Patto di Varsavia, e un blocco occidentale, rappresentato dall'alleanza della Nato. Nonostante le due strategie politiche e militari molto differenti (l'Occidente liberale e l'est europeo comunista), si riesce miracolosamente a dar vita alle Nazioni Unite e alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che è una sorta di sintesi fra le istanze che arrivano da chi proviene dal mondo liberale-occidentale e il mondo invece che arriva dalla tradizione comunista del socialismo reale.

All'interno della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in effetti, ritroviamo da un lato un esplicito riferimento ai diritti di libertà, quindi ai diritti civili, ai diritti politici; dall'altro lato, però, c'è anche una enunciazione dei diritti sociali, dei diritti economici.



Immagine / Flickr, FDR Presidential Library & Museum

E poi ritroviamo anche i diritti culturali. È chiaro che è un testo che ha una sua storia, quindi va letto e contestualizzato, così come va ricordato che la sua forza sta nel non lasciare scoperte le aree dei diritti civili, sociali, culturali, politici ed economici, che son figlie di spinte geopolitiche contrapposte e conservano un loro pari spazio all'interno della Dichiarazione.

Una dichiarazione nel diritto internazionale non ha un'efficacia normativa vincolante per gli Stati. In seno alla nuova Assemblea generale delle Nazioni Unite, quindi, c'è un patto fra gli Stati fondativo del diritto internazionale post-bellico e post totalitarismo nazi-fascista e nasce con la voglia o, comunque, la necessità di costruire un minimo di terreno comune fra le potenze vincitrici. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è una dichiarazione priva di efficacia vincolante per gli Stati, siamo sul terreno della persuasione politica, su un terreno para diplomatico. A ben vedere, c'è molto nel diritto internazionale dei diritti umani che si muove in quella sottile area grigia che esiste fra la diplomazia e l'obbligatorietà, fra la diplomazia e la giurisdizione. Molte delle pratiche di lavoro delle

organizzazioni internazionali vivono in quest'area grigia fra volontarietà e cogenza. D'altronde, non possiamo pensare che gli Stati auto-azzerino la propria sovranità fino a farsi giudicare e, addirittura, sanzionare ogniqualvolta violino uno qualunque dei diritti che lì vengono codificati. Avremmo un'operazione impossibile, probabilmente, dal punto di vista strettamente giuridico e della esigibilità di quei diritti stessi. È chiaro che quella dichiarazione, innanzitutto, ha un valore politico e morale ed ambisce a spostare in avanti le legislazioni degli Stati, a spostare in avanti la loro pratica politica sul terreno dei diritti umani. Nonostante tutto ciò, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo ha avuto una sua forza, tant'è che nel diritto internazionale c'è chi l'ha qualificata, come detto, al pari di una groundnorm, posta all'origine di tutto il sistema internazionale dei diritti umani. Inoltre, essa ha avuto una certa efficacia persuasiva. Il sistema delle Nazioni Unite non parla solamente alle grandi democrazie occidentali, ma ad oltre duecento Paesi, di cui alcuni, ovviamente, sono più facilmente condizionabili dal multilateralismo ed hanno visto le proprie costituzioni influenzate dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.



Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person,

Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights,

Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms,

Realizing that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the present Covenant,

Agree upon the following articles:

PART I

Article 1. 1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

PART II

Article 2. 1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present

Articolo 1 e 2 della dichiarazione sui diritti civili politici e culturali del 1966.

2) I patti del 1966

Nel 1948 c'è una certa spinta verso il multilateralismo e i diritti umani che si suggella nel 1966, anno in cui le Nazioni Unite mettono alla firma due patti: uno sui diritti economici e sociali e l'altro sui diritti civili, politici e culturali. Perché due patti diversi? Perché sono due mondi, cioè il mondo che fa capo agli Stati Uniti d'America, il mondo liberale, il mondo del libero mercato, il mondo dell'Occidente. E poi c'è l'Est, l'est del socialismo reale, comunista. Non può bastare, dunque, un unico patto che metta insieme tutti i diritti. Da un lato, infatti, il capitalismo non ammette che siano sullo stesso piano il diritto alla casa, il diritto al lavoro e l'habeas corpus, il diritto di voto o i diritti legati comunque alla tradizione democratica. Dall'altro lato, chi proviene dal mondo comunista non vuole sentir parlare di diritti di libertà e concentra le proprie energie politiche sui diritti sociali ed economici.

La prima parola è stata la parola dichiarazione, che nel diritto internazionale significa mancanza di vincolatività, mancanza di cogenza. La seconda

parola è patto. Che è un sinonimo di trattato o di convenzione. Siamo su un terreno diverso: un terreno negoziale. Cos'è un patto? È un contratto, un accordo. E quindi è diverso il valore giuridico che esso assume. I due patti del 1966 sono messi alla firma degli Stati. A differenza della dichiarazione del 1948, che è stata prodotta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ma non è stata firmata dagli Stati.

E allora cosa succede? Prendiamo ad esempio la procedura legislativa italiana, che è molto simile alla procedura di molti altri paesi. Di fronte ai patti messi a disposizione degli Stati, saranno i governi a procedere alla firma. Quindi il governo italiano delega il ministro degli Esteri a firmare il patto. Affinché il patto diventi cogente, è poi necessaria una ratifica parlamentare. Con questi patti si passa, dunque, da un regime di soft law ad una specie di semi hard: gli Stati cercano ancora di preservare la loro sovranità, ma esiste un diritto internazionale che inizia ad entrare negli ordinamenti giuridici interni.

Cosa prevedono questi due patti? C'è un lungo elenco di diritti umani. I paesi dell'Est tendenzialmente spingono sui diritti sociali ed economici, sottoscrivono e ratificano quelli. Gli Stati Uniti, con tutti i loro paesi alleati, invece, spingono di più sull'altro patto, quello sui diritti di libertà, sui diritti politici, civili e così via. La prima novità è quella per cui per la prima volta si prevede l'ipotesi che nascano dei comitati, ancora oggi operativi, con il compito di verificare ciò che accade all'interno degli Stati su quei diritti.

In che modo questi comitati riescono ad operare? Siamo in quella fase in cui, ovviamente, il diritto internazionale deve rispettare il desiderio dello Stato di non avere un'eccessiva ingerenza nel proprio diritto interno. Immaginate la sovranità come una specie di filo spinato, di muro che si cerca di alzare. Ogni tanto si apre una porticina e in essa ci si deve intromettere per cercare di allargarla e di far sì che entrino i diritti umani. Qui il ruolo delle Organizzazioni non governative è proprio questo. C'è un piccolo interstizio, come spiegava Antonio Papisca, e in quell'interstizio ci si inserisce fino a di renderlo sempre più a misura d'uomo. Il compito delle ONG è quello di allargare questi interstizi.



I due patti creano una relazione tra singolo Stato e comunità internazionale attraverso la predisposizione di rapporti periodici. Siamo in quella fase che definiremmo di rapportologia. Cioè questi comitati chiedono agli Stati periodicamente, per esempio ogni quattro-cinque anni, quale è lo stato dei diritti umani al proprio interno e a sua volta il comitato prevede un rapporto periodico sullo stato dei diritti umani in quegli Stati. Interessante è notare come nella predisposizione dei rapporti e delle conclusioni ci si affidi anche ai rapporti paralleli presentati dalle organizzazioni non governative, le quali devono iniziare a monitorare ciò che è previsto all'interno di questi patti, essendo previsto lo spazio per far valere le proprie opinioni.

Le Organizzazioni non governative, dunque, si pongono quale contropotere all'interno del diritto internazionale dei diritti umani. Viene loro riconosciuto un ruolo come attore del sistema, che deve essere esercitato nel modo più rigoroso possibile. Scrivere un rapporto non significa scrivere genericamente che in Italia, per esempio, le cose non vanno bene. Supponiamo che sia sollevata una questione di razzismo o xenofobia. Scrivere un rapporto significa identificare le norme e le pratiche che sono considerabili a rischio di definizioni di razzismo o di xenofobia. Quindi significa indicare le leggi che mancano, le leggi che ci sono e che sono dichiaratamente xenofobe, ovvero gli atti degli enti locali che vanno in quella direzione, le pratiche discriminatorie o razziste non sufficientemente prevenute e punite e così via.

Il potere del Comitato sui diritti civili e politici non è un potere cogente, ma si manifesta nella dimensione pubblica, nella possibilità di rendere pubblico il dialogo con gli Stati e le conclusioni finali intorno ai rischi di violazione dei diritti umani nei singoli Stati. È chiaro che tutto questo funziona se si presentano due circostanze. Innanzitutto, se vi è una comunità internazionale che accordi uno stigma di riprovevolezza, ad esempio, attraverso una condanna pubblica nei confronti di quegli Stati accusati di avere violato i diritti umani su ampia scala. Una condanna che potrebbe pesare nelle relazioni politiche ed economiche, nonché nella partecipazione al dibattito internazionale.

In secondo luogo, lo stigma di cui sopra dovrebbe pesare anche nella distribuzione degli incarichi internazionali. Cioè a dire lo Stato reo di aver violato i diritti umani dovrebbe perdere peso negli incarichi internazionali.

Il ruolo delle Organizzazioni non governative, dunque, sarà quello di usare questi rapporti per dare quella pubblicità che gli Stati tenderanno ad omettere e per far spingere in avanti la legislazione interna degli Stati, rendendola coerente con il diritto internazionale dei diritti umani. È importante che le Nazioni Unite riconoscano uno spazio di protezione a chi lavora nelle organizzazioni non governative, poiché, gli Human Rights Defenders potrebbero subire delle ritorsioni essendo tra i principali accusatori dello Stato che viola i diritti umani. Per questo motivo, da qualche tempo, le Nazioni Unite hanno messo in piedi un meccanismo di protezione degli Human Rights Defenders, mediante accordi fra Stati, assicurando il loro accoglimento presso gli Stati maggiormente disponibili, laddove per gli attivisti non vi è più praticabilità di vita nei loro territori di origine.

3) Le convenzioni ad hoc

Durante gli anni 70 e 80, il sistema internazionale dei diritti umani si fortifica attraverso l'intensificarsi di convenzioni su temi specifici, quali la Convenzione contro la discriminazione nei confronti della donna, la Convenzione contro il genocidio, la Convenzione sui diritti dell'infanzia, la Convenzione contro la tortura.

Queste convenzioni entrano a far parte del diritto interno con pieno valore giuridico. In Italia, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, è stato previsto che il diritto internazionale entri nell'ordinamento giuridico con una forza maggiore rispetto al diritto interno, che quindi non deve confliggere con il diritto internazionale, a pena di una dichiarazione d'incostituzionalità. Tutto ciò ha prodotto una serie di step significativi nel nostro diritto interno, perché la giurisprudenza ha dovuto considerare questo passaggio.



La prima necessità avvertita da queste convenzioni è la chiarezza definitoria, in modo che si possa creare una certa omogeneità fra gli Stati nel trattare grandi questioni quali la discriminazione di genere, il genocidio, la tortura, la protezione dei diritti dell'infanzia.



Boutros Boutros-Ghali, Segretario generale delle Nazioni Unite dal 1992 al 1996
Immagine: Flickr, World Economic Forum / CC BY-SA 3.0

Nonostante ciò, si rimane pur sempre nella dimensione della rapportologia, della pressione diplomatica dei comitati che fanno osservazioni, delle risposte degli Stati e delle contro-relazioni delle Organizzazioni non governative, che godono di uno spazio riconosciuto e non estemporaneo.

In questo contesto, è stato sviluppato anche un ruolo diretto a monitorare le modalità di nomina dei componenti di questi comitati internazionali. In alcuni casi, questi esperti sono nominati direttamente dalle Nazioni Unite; in altri casi, sono nominati in seguito alla candidatura da parte dei governi. Questo è un elemento di ambiguità, perché se vi sono governi che candideranno il più grande esperto dei diritti umani del Paese, vi saranno anche governi che presenteranno candidati controllabili o, comunque, idonei ad anestetizzare il tema delle violazioni dei diritti umani.

Le organizzazioni non governative assumono un ruolo importante nel monitoraggio di queste procedure di nomina, rendendole pubbliche al fine di evitare che questi organismi siano di fatto resi ineffettivi dalla loro stessa composizione. Nel momento in cui si riesce a spingere affinché le procedure di selezione siano trasparenti nell'individuazione dei componenti di questi organismi, si otterrà un risultato positivo per tutto il sistema internazionale dei diritti umani.

Negli anni 70 e 80, contemporaneamente al proliferare di convenzioni internazionali su temi specifici, nell'ambito delle Nazioni Unite si strutturano anche gruppi di lavoro ovvero esperti che hanno una funzione di monitoraggio, di supervisione e di raccomandazione politica. Ve ne sono, ad esempio, sulla detenzione arbitraria e sul razzismo:

In questo contesto, operano anche i rapporteur speciali, che devono raccogliere la massa delle informazioni su ciò che accade su quel determinato tema di cui sono incaricati. Vi sono, ad esempio, rapporteur speciali sulla lotta alle discriminazioni di genere, sulla tortura e così via. Questi rapporteur speciali non hanno un potere particolare, ma costituiscono uno sguardo fisso delle Nazioni Unite su quel tema.

4) La Corte penale internazionale

Questo è il quadro di ciò che accadeva negli anni 70 e 80, che descrive una dimensione ancora debole. Vi era bisogno di un passaggio ulteriore: rendere giustiziabili questi diritti umani, perché altrimenti si rimane sul piano dell'enunciazione e della pressione diplomatica. In questa direzione, vi sono stati due momenti molto importanti.

In primo luogo, l'agenda della pace, scritta e presentata nel 1992 dall'allora segretario generale delle Nazioni Unite, l'egiziano Boutros-Ghali, che cerca di ricostruire un quadro in cui nel diritto internazionale le organizzazioni internazionali continuo. Siamo nel 1992, è finita la guerra fredda e stanno per scoppiare svariati conflitti, a partire da quello che accadrà nella ex-Jugoslavia, in Ruanda e in Burundi. Boutros-Ghali aveva il sentore dell'arrivo



di tragedie immani: piccole e grandi guerre, piccoli e grandi genocidi. L'ambizione di quel documento guardava alla creazione di una sorta di grande polizia internazionale, alla riduzione della sovranità degli Stati e della forza degli eserciti. In questo quadro, pace e diritti umani non sono scindibili: pace non è semplicemente assenza di guerra, ma costruzione di politiche attive sui diritti umani.

In secondo luogo, è stata di fondamentale importanza la Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani tenutasi a Vienna tra il 14 e il 25 giugno, cui parteciparono 171 Stati che votarono all'unanimità un'unica dichiarazione circa un programma di azione per la promozione e la tutela dei diritti umani. Per la prima volta vi fu una partecipazione senza precedenti, non solo dei delegati governativi. Parteciparono settemila persone, di cui ben ottocento erano rappresentanti delle organizzazioni non governative. Fu una sorta di grande spazio riconosciuto al dibattito sui diritti umani. In quel programma si ponevano le basi di quello che avrebbe dovuto essere il sistema dei diritti umani nel mondo nuovo, con uno spazio maggiore riconosciuto all'idea d'interdipendenza e d'indivisibilità dei diritti. Cioè a dire: i diritti umani non sono dei compartimenti stagni che non si parlano fra loro. Non potremo mai riconoscere i diritti di libertà se contemporaneamente non riconosciamo i diritti sociali. Si può morire perché uccisi a causa delle proprie posizioni politiche, ma si può anche morire perché vi è la pena di morte o si può morire di fame e così via.

In questo contesto, germina quello che potremmo ritenere essere il punto d'arrivo più alto del diritto internazionale dei diritti umani che si ha a Roma, nel 1998, con la firma da parte degli Stati dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Finalmente si pone il problema di rendere giustiziabili i diritti umani. In questo processo, il ruolo delle organizzazioni non governative è stato decisivo. Senza la pressione delle organizzazioni non governative, a partire da Amnesty International, non saremmo mai arrivati all'istituzione della Corte penale internazionale, davanti alla quale sono finalmente giustiziabili le più gravi violazioni dei diritti umani (tortura, genocidio, crimini di guerra).

Ciò detto, bisogna sottolineare come la Corte soffre di tante limitazioni. Il Consiglio di Sicurezza, in particolare, si è preservato un ruolo importante per poter evitare che sia possibile giudicare chiunque, dovunque. Nonostante questi limiti, si è però aperta una breccia. Questa politica della giustiziabilità dei diritti umani era già stata avviata attraverso l'istituzione di corti ad hoc sui crimini di guerra nell'ex Jugoslavia e in Ruanda, che soffrivano però il limite strutturale di essere legate ad un determinato contesto politico e territoriale. In altri termini, queste corti nascevano successivamente al verificarsi dei fatti. L'istituzione della Corte Penale Internazionale, invece, dimostra per la prima volta di tenere in debita considerazione il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Nel momento in cui il sistema internazionale dei diritti umani giunge al suo apice, inizia però a perdere potenza, perché gli Stati avvertono negativamente questo nuovo protagonismo del diritto internazionale. In particolare, Stati Uniti, Cina e Russia diventano i tre grandi nemici della Corte Penale internazionale. Gli Stati Uniti, addirittura, firmano accordi bilaterali con altri Paesi in cui, dietro offerte varie, si richiede l'impegno dei paesi firmatari a non affidare al giudizio della Corte Penale Internazionale i soldati americani responsabili di eventuali violazioni sistematiche dei diritti umani. Tutto ciò ha comportato un'operatività limitata della Corte - che ha iniziato a funzionare soprattutto in riferimento ad alcuni Paesi africani che avevano ratificato lo Statuto per garantirsi una certa legittimità davanti alla comunità internazionale -, ma non ha avuto quella forza espansiva auspicata da più parti.

5) Il consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite

Nonostante le Nazioni Unite abbiamo mantenuto in piedi la loro struttura sui diritti umani, nonostante le convenzioni siano tutte in vigore, nonostante gli organismi di monitoraggio siano tutti presenti - sia quelli istituiti dai due patti del 66, sia quelli istituiti dalle convenzioni ad hoc degli anni 70 e 80 -, oggi assistiamo alla piena decadenza del sistema internazionale del multilateralismo. Tutto ciò, nonostante continui ad operare lo United Nations

Human Rights Council (che ha sostituito nel 2006 la United Nations Human Rights Commission).

Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite è un organismo composto da 47 Stati, eletti a scrutinio segreto dall'Assemblea generale a maggioranza dei suoi membri. Il Consiglio mette in moto periodicamente un meccanismo di verifica delle condizioni dei diritti umani nei paesi di tutto il globo, chiamato Universal Periodical Review. Per descriverne il funzionamento, vediamo un esempio. Se il 2022 è l'anno in cui l'Italia è sottoposta a revisione periodica, lo Stato italiano presenterà il proprio rapporto sullo stato dei diritti umani in Italia. Lo stesso faranno le organizzazioni non governative, che possono presentare le proprie osservazioni ai paesi che fanno parte dello Human Rights Council. Vi è poi un momento pubblico in cui si discute delle relazioni e, infine, vi sono le raccomandazioni degli Stati che fanno parte del Consiglio per i diritti umani allo Stato sotto revisione.

Ad esempio, lo Stato italiano ha ricevuto molte raccomandazioni affinché istituisca una Commissione nazionale sui diritti umani.

Vi è, dunque, una massa di raccomandazioni rivolte allo Stato sottoposto a revisione, che dovrebbe tenerne conto e cercare di adempierle. Maggiori sono i paesi che raccomandano di fare una cosa, più intensa dovrebbe essere la pressione sullo Stato sottoposto a revisione periodica. Purtroppo, gli Stati sono diventati impermeabili e non si è creato un meccanismo di pressione efficace nei confronti degli Stati stessi.

In questo contesto di sfiducia nei confronti del multilateralismo, un ruolo importante è giocato soprattutto dalle Organizzazioni non governative, che devono sfruttare in maniera propositiva lo spazio che gli è riconosciuto nella redazione dei rapporti e nella consultazione periodica. Le Nazioni Unite, infatti, riconoscono alle Organizzazioni non governative, quando hanno una rappresentatività in più Stati, un proprio status consultivo, che dà loro la possibilità di parlare come se fossero uno Stato e di atteggiarsi a portatrici di interessi.

Questo status consultivo deve essere giocato nel migliore dei modi possibili anche per dare valore e

restituire dignità al multilateralismo, che costituisce l'altra politica rispetto al sovranismo, con tutti i suoi rischi per i diritti umani. Il multilateralismo, invece, costituisce l'antidoto. Il ruolo delle organizzazioni non governative, dunque, deve essere sia quello di stare dentro questo meccanismo - mantenendo la propria indipendenza rispetto agli Stati - dando forza al multilateralismo. Nella lotta tra sovranità e dignità umana le organizzazioni non governative sono dalla parte di quest'ultima, essendo portatrici di valori universali e non nazionali.



Stanza del consiglio per i diritti umani a Ginevra.
Immagine: Flickr, United States Mission Geneva / CC BY-SA 3.0



03

LA TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Giorgio Pino

Per diritto fondamentale intenderò un diritto soggettivo - che a sua volta è una posizione di vantaggio che l'ordinamento giuridico riconosce a categorie di soggetti su categorie di cose - che ha una caratteristica particolare, in quanto fondato su una norma giuridica di rango costituzionale.

Questa definizione, pur cogliendo un nucleo di verità, è però limitata, nel senso che, prendendo ad esempio la cultura giuridica italiana attuale, i diritti fondamentali non vengono solo dalla Costituzione.

In primo luogo, è assolutamente normale per i giuristi individuare diritti fondamentali che non siano chiaramente scritti nella Costituzione. La nostra Carta Costituzionale, d'altronde, incorpora nel suo articolo 2 una clausola aperta, attraverso la quale si rende possibile l'individuazione di nuovi diritti fondamentali, oltre quelli già codificati nella Costituzione stessa.

In secondo luogo, una caratteristica del costituzionalismo contemporaneo è quella di rendere possibile un'apertura degli ordinamenti interni alla dimensione sovranazionale. Prendendo nuovamente ad esempio l'ordinamento italiano, basti pensare agli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione per avere una testimonianza di questa apertura all'esterno, che spesso si verifica proprio nel segno dei diritti fondamentali.

A differenza dell'espressione 'diritti fondamentali', che è una nozione squisitamente giuridica, nella locuzione 'diritti umani' vi è qualcosa di potenzialmente metagiuridico, cioè l'idea di diritti che spettano a tutti gli esseri umani in quanto esseri umani, quindi non perché riconosciuti da

qualche ordinamento giuridico, ma perché radicati nella natura umana. Per queste ragioni, riserverei l'espressione 'diritti umani' al discorso morale o al discorso del diritto internazionale, laddove si cerca di portare l'attenzione su diritti che devono essere tutelati a prescindere dal riconoscimento dei singoli ordinamenti giuridici statali.

I diritti fondamentali sono sottratti alla sfera decisionale delle maggioranze politiche, con un'espressione suggestiva, è stato detto che da questo punto di vista disegnano una 'sfera dell'indecidibile'. In realtà, sui diritti fondamentali vi sono molte decisioni da prendere, ma ciò che il legislatore ordinario non può fare è sopprimerli liberamente.

L'idea del costituzionalismo ha una storia, secondo alcuni antichissima, che acquisisce un profilo più preciso in età moderna e contemporanea e si concreta nell'opportunità di limitare giuridicamente il potere pubblico. Secondo quest'idea il potere pubblico è un male necessario, ma, essendo probabile che il detentore di questo potere tenda ad abusarne, deve essere limitato da accorgimenti giuridici.

In età moderna, probabilmente, uno dei primi accorgimenti di questo tipo è stata l'idea della separazione dei poteri, di distinguere e spezzettare la sfera del potere in varie aree distinte: il potere legislativo, quello esecutivo e quello giudiziario, che in qualche modo si limitano e si controllano a vicenda.

Il costituzionalismo contemporaneo, in aggiunta, individua come tecnica di limitazione del potere la codificazione dei diritti fondamentali. In effetti, non è un caso che le costituzioni contemporanee inizino con un elenco, talvolta anche abbastanza dettagliato



di altri cittadini, accorda a questi diritti un'efficacia orizzontale, sicché possano essere fatti valere anche nei confronti di altri cittadini.

Un'altra caratteristica del costituzionalismo contemporaneo è che presenta un panorama dei diritti fondamentali molto affollato, eterogeneo e anche molto astratto. Ciò detto, è bene sottolineare come nel discorso dei diritti vi sia un rapporto inversamente proporzionale fra lo scope di un diritto, la sua estensione, e la sua stringency, la sua forza: quanto più un diritto è ristretto nel suo ambito di applicazione, tanto più è forte. Il modello del costituzionalismo contemporaneo, dunque, presenta un elenco lungo di diritti con un ampio ambito di applicazione, la cui forza rischia di essere debole e la cui resistenza rispetto ad altre considerazioni non è di certo assoluta.

Un diritto fondamentale non è un'entità statica e perfettamente definita, ma un'entità cangiante che presenta una struttura composita, quasi a cipolla, i cui strati non sono sempre distinguibili l'uno dall'altro e la cui funzione consiste nel proteggere un interesse particolarmente rilevante della persona.

Prendiamo ad esempio il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero: il suo contenuto essenziale si esprime nella possibilità di partecipare al dibattito democratico, di manifestare le proprie idee politiche.

Tuttavia, muovendoci dal nucleo del diritto in questione verso la sua periferia, troveremo una serie di modalità di esercizio dello stesso che, pur essendo benefiche per il suo titolare, si allontanano dal contenuto essenziale dell'interesse sottostante a quel diritto. Ad esempio: potremmo dire che si trovino nella periferia del diritto alla libera manifestazione del pensiero la poesia, la narrativa, la pornografia e così via.

Infine, vi è un ultimo strato che potremmo definire il perimetro protettivo del diritto, che è un insieme eterogeneo e anche cangiante di misure che servono a rendere quel diritto effettivo. Potrebbero essere misure di tutela giurisdizionale, come la possibilità di agire in giudizio per tutelare quel diritto; misure amministrative; agevolazioni pubbliche e così via.

Ad esempio, banalmente, fa parte del perimetro protettivo del diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero l'esistenza di provvidenze pubbliche per l'editoria.

La struttura complessa dei diritti fondamentali rende problematica la distinzione tra diritti puramente negativi e diritti puramente positivi. Ad esempio: si potrebbe pensare che il diritto di non essere torturati sia squisitamente negativo, ma, muovendoci dal suo nucleo essenziale verso il suo perimetro protettivo, troveremo degli aspetti prestazionali positivi, come il diritto delle vittime di tortura ad essere risarciti.

I diritti fondamentali vengono solitamente definiti come diritti inviolabili. In realtà, guardando a come i diritti vivono nell'applicazione giurisprudenziale, ci rendiamo conto che esistono tantissimi casi di diritti che vengono limitati, tantissime possibilità di interferire con l'esercizio del diritto. Ciò detto, è importante individuare un criterio che sia in grado di orientare l'interprete nel distinguere le violazioni dalle limitazioni.

Innanzitutto, bisogna guardare alle considerazioni che suggeriscono la limitazione di quel diritto fondamentale, perché, in quanto tale, può essere legittimamente limitato solo per fare spazio a considerazioni anch'esse basate sui diritti fondamentali o, comunque, su beni di rilievo costituzionale. In effetti, dato che il costituzionalismo contemporaneo ospita un elenco ricchissimo di diritti, è inevitabile che questi possano limitarsi a vicenda.

In secondo luogo, bisogna risolvere questo conflitto tra diritti fondamentali che spingono lungo direzioni diverse. Nel lessico del costituzionalismo contemporaneo si è consolidata una tecnica che ha una componente valutativa, intuitiva, anche molto forte: il bilanciamento, detto anche ponderazione.

In particolare, affinché questo bilanciamento sia proporzionato e, quindi, legittimo, il diritto soccombente deve essere limitato solo nella misura strettamente necessaria ad assicurare l'attuazione del diritto prevalente. Il diritto soccombente, quindi, potrà essere disattivato nella sua periferia, ma non nel suo contenuto essenziale.

Il costituzionalismo contemporaneo incorpora un catalogo di diritti fondamentali lungo, ampio nel suo ambito di applicazione, ma anche eterogeneo.

Secondo una ricostruzione abbastanza diffusa, è possibile distinguere tra diritti di prima generazione (libertà civili e politiche), diritti di seconda generazione (diritti sociali), diritti di terza generazione (diritti dell'ambiente e diritti collegati all'informatica, alle nuove tecnologie, alla bioetica e così via) e diritti di quarta generazione (diritti allo sviluppo e diritti delle generazioni future). Questi diritti si distinguerebbero non soltanto da un punto di vista squisitamente cronologico, ma anche perché sarebbero diversi nella loro struttura. Ad esempio, si dice che, mentre i diritti di prima generazione consistono in libertà, in diritti negativi che richiedono semplicemente la non interferenza dello Stato, i diritti sociali di cui alla seconda generazione sono diritti positivi, che richiedono delle prestazioni attive.

In realtà, questa costruzione che vorrebbe i diritti fondamentali distinti per generazioni è insufficiente da molti punti di vista.

In primo luogo, da un punto di vista cronologico la successione storica di questi diritti è molto più complicata e frastagliata di come viene descritta dall'apologo delle generazioni.

In secondo luogo, questa idea delle generazioni si presta a usi assiologici, cioè si converte spesso in giudizi di valore. In particolare, chi utilizza l'apologo delle generazioni in termini di condanna, in termini critici, lo fa immaginando che ci sia stata una specie di età dell'oro in cui c'erano solo i diritti di libertà; successivamente, le cose si sarebbero complicate in seguito all'arrivo dei diritti sociali, che sono apparenti e, soprattutto, costosi. D'altro canto, vi sono anche delle versioni edulcorate secondo cui il succedersi delle generazioni sarebbe una specie di cammino inarrestabile dell'umanità verso il progresso. In realtà, i diritti, lungi dall'aggiungersi sempre l'uno all'altro, si succedono anche in chiave di sottrazione. In particolare, i diritti confliggono e, quindi, un panorama di affollamento dei diritti non è affatto pacificato.

Secondo alcuni, dunque, i veri diritti sarebbero quelli della prima generazione. Questo punto di vista è supportato, in primo luogo, dal fatto che i diritti di libertà – a differenza dei diritti sociali – sarebbero giustiziabili, cioè tutelabili in giudizio e, in secondo luogo, sarebbero veri diritti perché non costano niente, non richiedono una collaborazione attiva, ma solo un'astensione.

In realtà, è semplice e agevole osservare quanto segue. Innanzitutto, non è vero che i diritti sociali siano sempre non giustiziabili. La pratica, infatti, conosce molti esempi di diritti sociali che possono essere fatti valere in giudizio. Ad esempio, si pensi al caso in cui lo Stato riconosce un certo diritto sociale ad una categoria di soggetti e non ad un'altra categoria. Da questo punto di vista, è perfettamente concepibile che la categoria esclusa dal beneficio sociale possa agire in giudizio per chiederne l'estensione anche a se stessa.

In secondo luogo, è ingenuo pensare che i diritti di libertà non abbiano alcun costo. Pensiamo al caso del diritto di circolazione, che richiede la costruzione di strade e l'assunzione di vigili urbani; oppure al caso del diritto di proprietà, che richiede la presenza e il funzionamento dei tribunali, nonché della polizia.

La differenza, probabilmente, è che i diritti sociali hanno dei costi maggiormente visibili rispetto a quelli dei diritti di libertà, che sono più sommersi, ma pur sempre reali.



Immagine: Unseen-histories / Unsplash



04 LA LOTTA PER LA CONQUISTA DEI DIRITTI UMANI NELLA STORIA

di Stefano Anastasia

La storia dei diritti umani è storia moderna, non può essere fatta risalire già al mondo antico (come invece accade con altre branche del diritto, come ad esempio per il diritto privato). I diritti umani, infatti, per un verso sono pensati come preesistenti allo Stato e per altro verso gli sono opponibili, ma comunque hanno avuto bisogno di un ordinamento giuridico di tipo moderno per affermarsi.

Nell'antichità tale concezione è inimmaginabile perché in quella fase il diritto aveva una dimensione pratica, come è possibile osservare dallo studio del diritto romano. Analogamente, tale visione è in contrasto con la filosofia politica aristotelica, la quale concepisce solamente l'esistenza della comunità e non dell'individuo in quanto tale. In particolare, secondo tale visione, la comunità politica è costituita dall'aggregazione di nuclei non individuali e la cellula di base della società è rappresentata dalle singole famiglie che, associandosi tra loro, formano i villaggi. Al di fuori di questa aggregazione per nuclei non esiste un'esperienza e una soggettività individuale. Ciò rende impossibile l'idea di diritti soggettivi preesistenti e opponibili allo Stato: in altre parole, l'individuo non esiste al di fuori della comunità.

Questa concezione cambia con l'avvento dell'età moderna quando muta la concezione della comunità politica (tale capovolgimento è rappresentato dalla tradizione contrattualista). L'ordinamento giuridico istituito dentro la dimensione contrattualista si fonda sul riconoscimento di individui, che sono i soggetti del contratto. Non si potrebbe dare un contratto se non ci fosse qualcuno capace di sottoscriverlo. Per parlare di diritti umani secondo l'accezione contemporanea è necessario attendere l'inizio dell'età moderna. In questa fase si realizza quella condizione di possibilità

perché si possa affermare il concetto di diritti umani: infatti, tale condizione di possibilità è rappresentata dal fatto che esistano gli individui, che cominciano ad affermarsi come soggetti delle arti letterarie e figurative in maniera sempre più evidente a partire dall'inizio del secondo millennio dopo Cristo.

L'altra condizione che ha consentito l'affermarsi della teorica e poi della pratica dei diritti umani è il processo di secolarizzazione degli ordinamenti giuridici, che si compie all'inizio dell'età moderna: una condizione di necessità, perché da questo periodo gli ordinamenti giuridici cominciano a necessitare di una nuova legittimazione, che non venga più da Dio o da un suo vicario in terra. Precedentemente, la legittimazione del potere proveniva dalla dimensione religiosa, in particolare dall'autorità del papa. Con la svolta impressa da Gregorio VII, e la promulgazione dell'editto di Canossa, ciò che era accaduto per subordinare all'autorità del papa il potere temporale ha l'effetto di riconoscere l'autonomia. Infatti, a cominciare da quell'episodio, si avvierà un processo di separazione tra potere politico e religioso. Se da un lato la dimensione della forza nel potere politico continua ad essere imprescindibile, dall'altro è necessaria una qualche forma di legittimazione ulteriore, di consenso, di autorità. Chiaramente non si può ancora parlare di procedure di legittimazione democratica del potere politico, ma è senza dubbio possibile affermare che anche i nascenti Stati moderni avessero la necessità di una legittimazione popolare, che ne garantisse consenso all'esercizio del potere.

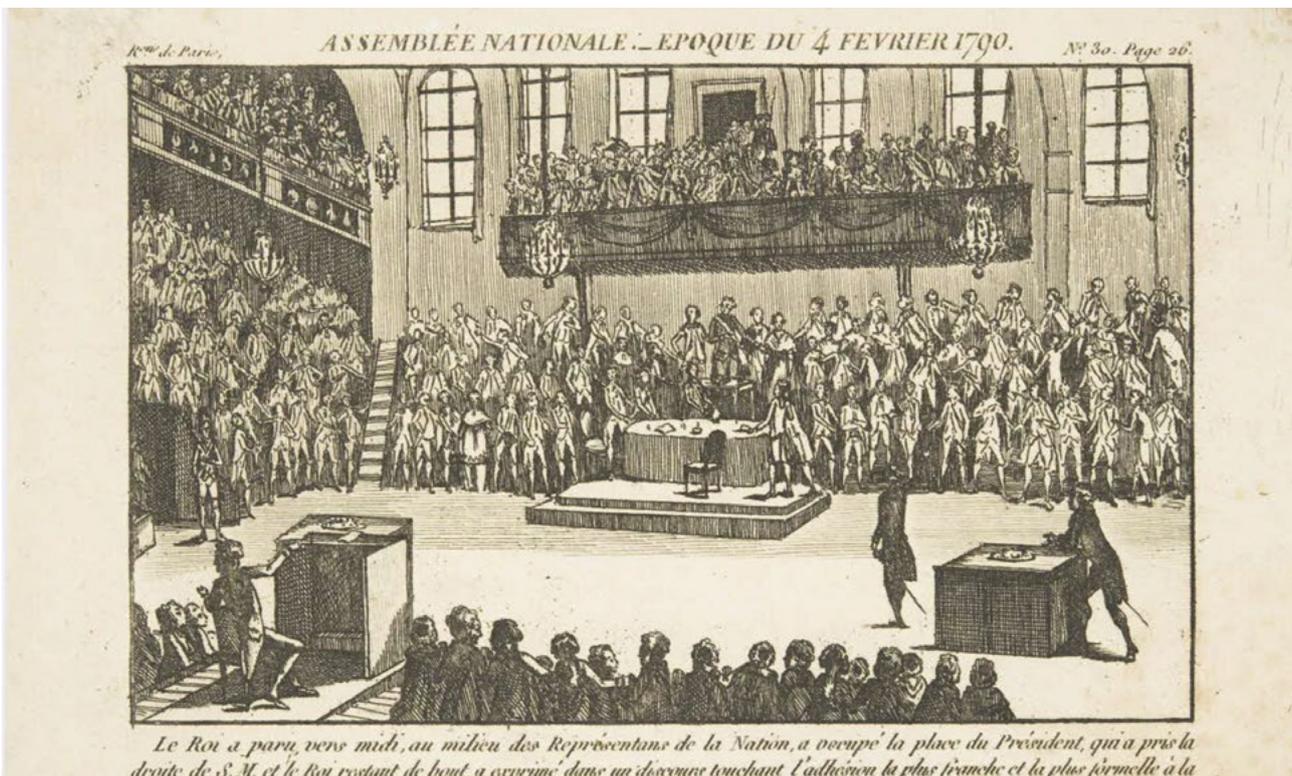
Questa legittimazione proviene dallo stratagemma argomentativo delle teorie contrattualiste e coincide con la previsione, nelle forme più diverse, di diritti fondamentali dei cittadini.

Finanche in Hobbes, la ragione della sottoscrizione del contratto è rappresentata dalla tutela della sicurezza e della vita della persona (questo è il motivo per cui l'individuo nel contratto sociale conferisce tutti i suoi poteri allo Stato). L'oggetto dello scambio è rappresentato dal riconoscimento di potere contro il riconoscimento di diritti. Tale idea è naturalmente presente anche nel padre del pensiero liberale, John Locke, anche se nella sua concezione il contratto è più debole, perché i diritti umani preesistono alla costituzione dello Stato. Locke, fondando la tradizione liberale, afferma che nello stato di natura gli esseri umani già godono di propri diritti, non come in Hobbes secondo cui la relazione originaria tra gli esseri umani è sintetizzabile nella celebre espressione "homo homini lupus".

L'elaborazione della categoria dei diritti umani nasce dunque per dare fondamento al potere politico secolarizzato. Già a partire dalla Magna Carta, gli atti normativi fondamentali erano infatti stati costruiti sulla base di una dimensione contrattuale in cui il sovrano stringeva un accordo con i signori, i pari del Re. La storia dei diritti umani nasce quindi come una storia contrattualista, riferita ai soggetti che hanno sottoscritto il contratto.

Tale visione comincia a vacillare nel Settecento. Infatti, già i coloni inglesi con l'affermazione "no taxation without representation", nel reclamare una loro rappresentanza, mettono in discussione il patto che era stato sottoscritto dai pari d'Inghilterra e che non vedeva in esso rappresentati gli abitanti delle colonie d'Oltreoceano. Il modello contrattualista sembra dunque non rappresentare i coloro che non l'hanno sottoscritto. Così, nella dichiarazione dei primi stati americani, cominciano ad affacciarsi temi di carattere universalistico. Non si tratta più di diritti fondati da un patto di alcuni con il sovrano, ma di diritti appartenenti agli esseri umani in quanto tali. Non a caso alla nozione di "Civil liberties", che fa riferimento ai diritti discendenti dal un patto con la corona, si affianca nei nascenti Stati Uniti d'America la nozione più ampia di "Human rights", riferibile a tutti gli esseri umani.

L'approdo di questa trasformazione è rappresentato dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Pur essendo una dichiarazione prodotta di una lotta specifica in un contesto specifico (la lotta della borghesia contro l'aristocrazia francese), le argomentazioni che essa contiene vanno oltre la semplice rivendicazione del Terzo Stato francese.



Assemblée nationale, 4 février 1790 [Tuileries]. Il re dichiara di accettare la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino © Archives Nationales (France) \ Carole Bauer



Essa, infatti, rappresenta l'anticipazione di quell'idea universalista che si affermerà dopo la Seconda guerra mondiale con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite.

Inizia con la rivoluzione francese un processo che scavalca le stesse intenzioni di chi lo aveva innescato originariamente. La tradizione marxista ha duramente criticato l'idea individualista della teoria dei diritti di ascendenza liberale, ma senza l'idea universalistica dei diritti affermata nella Dichiarazione del 1789 risulterebbe inimmaginabile la progressiva inclusione nel patto sociale e di cittadinanza delle masse operaie e contadine.

In ogni caso, però, con la fine della Rivoluzione francese viene accantonata l'affermazione dei diritti come fondamento dell'ordinamento giuridico. L'Ottocento è segnato infatti dalla filosofia del diritto dello Stato di Hegel, secondo cui l'assoluto dello Stato prevale sui diritti degli individui. In questa concezione, il potere si legittima da solo, è giusto di per sé. Tutto ciò precipiterà dentro il positivismo ideologico, il cui motto "la legge è legge" sarà preso a giustificazione delle atrocità compiute dal nazismo prima e durante la seconda guerra mondiale. La legge per la legge era l'argomento giustificativo di chi partecipava al progetto di sterminio del regime nazista.

Al contrario, la Dichiarazione universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite e le modalità con cui sono strutturati oggi i singoli ordinamenti giuridici contengono vincoli di natura sostanziale, non più di natura meramente procedurale, che hanno permesso così la realizzazione del passaggio dallo Stato di diritto a uno Stato costituzionale di diritto. Tutto ciò non conduce ad un troppo facile lieto fine: permangono infatti, e spesso si acuiscono, le distanze tra la dimensione teorica e quella pratica dei diritti. In altre parole, la dimensione precettiva non è la dimensione del reale. D'altro canto, la normatività esiste proprio per indirizzare la realtà. Tale scarto ci sarà sempre e determinati principi andranno sempre riaffermati, attraverso lotte sociali e lotte per i diritti, per costringere la realtà nel solco di un indirizzo di giustizia.

I DIRITTI FONDAMENTALI: DIFFERENZE CULTURALI, DISUGUAGLIANZE SOCIALI, DIFFERENZA SESSUALE

di Tamar Pitch

Vorrei dividere il mio intervento in due parti: nella prima vi fornirò alcune definizioni dei termini che qui ci occupano mentre nella seconda mi concentrerò su alcune critiche riguardanti i diritti fondamentali.

Luigi Ferrajoli, uno dei miei maestri, definisce i diritti fondamentali come “Tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello stato di persone oppure di cittadini o di persone capaci di agire, inteso per diritto soggettivo qualunque aspettativa positiva, ossia aspettativa di prestazioni, o negativa, aspettativa di non lesioni, ascritta ad un soggetto da una norma giuridica positiva, ossia posta, quale presupposto della sua idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche oppure autore degli atti che ne sono esercizio”.

Questa definizione non fa riferimento alle norme di ordinamenti concreti, né tantomeno ai contenuti dei diritti che così sono stati definiti. In altre parole, non dice cosa sono questi diritti né quali dovrebbero

essere. Questa definizione stabilisce soltanto quali caratteristiche devono avere certe aspettative, sia negative che positive, per poter essere chiamate diritti fondamentali. Questa è una definizione dal punto di vista della teoria del diritto.

Dal punto di vista storico e sociologico, possiamo osservare che i diritti moderni nascono e si affermano all'interno di conflitti assai aspri, vengono rivendicati e ottenuti attraverso lotte, tendono, come dice Bobbio, a moltiplicarsi, estendersi, specificarsi via via che nascono nuove esigenze di tutela, o vengono ricostruite come ingiuste situazioni o condizioni prima ritenute non tali. I diritti si affermano dentro le filosofie contrattualistiche e illuministe dei secoli XVII e XVIII e trovano la loro prima positivizzazione con le dichiarazioni dei diritti americana e francese: sono dunque stati concepiti all'interno di una certa tradizione della cosiddetta cultura occidentale.





Una certa tradizione, perché la cultura occidentale non è né più né meno monolitica di altre culture, e accanto alla tradizione che ha dato origine ai diritti ne hanno convissute altre, ai diritti spesso assai contrarie.

Il sociologo inglese Marshall distingue tre generazioni di diritti. La prima generazione è quella dei diritti civili, che si affermano nel corso del 700, e sono il diritto alla vita, alle libertà di opinione e di parola e il diritto alla proprietà. La seconda generazione è quella dei diritti politici, diritto di voto, di associazione ecc., che si affermano nel corso dell'800, ma si universalizzano più tardi, in alcuni casi, come in Italia, dopo la seconda guerra mondiale. La terza generazione è quella dei diritti sociali, che si affermano con il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale: diritto alla salute, all'istruzione, alla casa, ecc. Marshall afferma che la cittadinanza moderna è caratterizzata dalla titolarità di tutti questi diritti. E qui è opportuno sottolineare che questa lettura deve essere collocata all'interno di un contesto preciso: Marshall, infatti, parla del Regno Unito che, dopo la Seconda guerra mondiale, introduce ciò che oggi viene definito come welfare state.

Tutti questi diritti sono presenti nelle costituzioni lunghe e rigide del secondo dopoguerra. In queste costituzioni i diritti sono posti come vincoli al potere della maggioranza, ma anche come obblighi della maggioranza. Parliamo di costituzioni lunghe e rigide perché per essere modificate sono necessari procedimenti complessi. Con l'avvento di queste costituzioni si può parlare di un vero e proprio stato di diritto (ossia uno stato dove tutti i poteri pubblici e privati sono sottoposti ai vincoli costituzionali e al rispetto dei diritti fondamentali).

Venendo al rapporto tra diritti fondamentali e democrazia, Luigi Ferrajoli afferma che la democrazia può essere individuata dalle domande riguardanti chi e come decide (principio di maggioranza), ma in uno stato di diritto non tutto si può decidere a maggioranza e soprattutto non tutto si può non decidere a maggioranza. Infatti, queste costituzioni sono state promulgate dopo lo shock della seconda guerra mondiale (e soprattutto dopo aver assunto la consapevolezza che il fascismo e il nazismo erano arrivati al potere attraverso elezioni regolari, in stati, però, dove non erano in vigore costituzioni che ponessero vincoli al potere di questa maggioranza).

Si passerà ora ad analizzare cosa si intende quando si parla di differenze e disuguaglianze.

L'art. 3, comma 1, della Costituzione italiana stabilisce che "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Il termine "razza", in questo contesto, si riferisce alle persecuzioni nei confronti degli ebrei durante la fase storica precedente, benché sia evidente che la "razza", intesa dal punto di vista biologico, non esiste: ma esiste il razzismo, nonché la "razzizzazione", che ne è la conseguenza. Questo comma mette insieme elementi diversi (alcuni presumibilmente dati come razza, sesso, condizioni personali e sociali; altri presumibilmente scelti come religione e opinioni politiche).

Luigi Ferrajoli afferma che questo comma rappresenta il riconoscimento delle e la prescrizione del rispetto di tutte le differenze, qui intese come ciò che fa di ciascuno ciò che è, ovvero le diverse identità personali. Il secondo comma dello stesso articolo 3 sancisce invece che: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Qui non si parla di differenze (ossia, secondo Luigi Ferrajoli, di identità personali che devono essere riconosciute e protette) ma di disuguaglianze nell'accesso a risorse economiche e sociali che devono essere rimosse per permettere a tutti e tutte di sviluppare la propria personalità e partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. In sintesi, è possibile affermare che ci sono quindi differenze (da tutelare) e disuguaglianze (da rimuovere).

Tuttavia, dal punto di vista sociologico, le cose si complicano perché differenze e disuguaglianze si intrecciano. Ciò che siamo e saremo è, dal punto di vista sociologico, il risultato di interazioni tra condizioni non scelte (posizione sociale, sesso, luogo di nascita, colore della pelle) e condizioni scelte, nonché il risultato delle interazioni tra come noi stessi



ci percepiamo e come gli altri ci percepiscono. Diventa così difficile agire per diminuire le disuguaglianze valorizzando le differenze. Tale difficoltà ha portato ad alimentare le richieste di politiche identitarie nonché a critiche diffuse sulle norme a garanzia dell'uguaglianza.

Differenza e uguaglianza sono concetti relazionali. Si è diversi da qualcuno tanto quanto qualcuno è diverso da noi (prendiamo ad esempio i calciatori di una stessa squadra: la loro maglietta è la stessa ma i giocatori sono diversi per altri elementi quali la barba, il colore della pelle etc.).

Quanto alla definizione di differenza sessuale, questo concetto è stato introdotto dal femminismo filosofico italiano e francese della cosiddetta seconda ondata degli anni 70 del secolo scorso.

Questa differenza originaria non è riconosciuta dalle filosofie e dalle teorie politiche moderne (ad esempio dal contrattualismo e dall'illuminismo, che mettono al centro della loro riflessione un soggetto astratto, neutro, privo di vincoli e caratterizzato unicamente dalla capacità di ragionare). Dunque, l'introduzione del concetto di differenza sessuale vuole scardinare questa concezione che sembra essere costruita, dal punto di vista teorico, sulla base del modello di un maschio adulto bianco proprietario.

All'origine, si sostiene, non c'è l'uno ma il due, e dunque non l'unità ma il molteplice.

Nell'interpretazione di questa nozione nei femminismi italiani e francesi il concetto di differenza sessuale non ha contenuti, ossia non individua caratteristiche sostanziali in capo ai due sessi, non ha uno statuto sociologico ma semmai uno statuto ontologico ed epistemologico che serve, da un lato, a pluralizzare il soggetto standard del diritto moderno e, dall'altro lato, a leggere criticamente le filosofie dove questo soggetto si trova in posizione centrale.

Il femminismo anglosassone declina invece spesso la differenza sessuale in maniera tale da essenzializzarla, riconducendo il femminile e il maschile a due modalità diverse di vivere, sentire, agire. Ma se intendiamo la differenza sessuale come identità culturale non stiamo parlando del concetto

proposto dal femminismo italiano e francese, bensì della nozione di genere, ossia di ciò che io definisco come una istituzione sociale che divide la popolazione in due generi cui si attribuiscono caratteristiche personali diverse e gerarchicamente ordinate, nel senso che le caratteristiche maschili sono considerate superiori a quelle femminili, per quanto queste caratteristiche siano diverse a seconda delle culture e del tempo. La differenza sessuale, secondo il femminismo italiano e francese, postula piuttosto, come si diceva, un divergere originario e così intende rileggere la narrazione della teoria politica moderna, introducendo le questioni politiche del dominio e dell'assoggettamento, alla base dell'emergere dell'individuo della modernità e delle conseguenze che questa narrazione ha ancora oggi.

Si analizzeranno ora le problematiche e le critiche riguardanti i diritti fondamentali.

La prima critica di cui dirò, quella cosiddetta "comunitarista", è rivolta alla tradizione liberale e va contro il contrattualismo e il neo-contrattualismo.

La seconda critica, quella femminista, nasce dall'esperienza politica dell'emancipazione, ossia dall'ottenimento da parte delle donne dei diritti di cui sono titolari gli uomini. Tuttavia, l'emancipazione non ha portato alla fine della discriminazione di cui le donne sono oggetto.

Il punto in comune tra le due critiche suddette riguarda l'analisi della concezione dell'individuo nella tradizione liberale.

La posizione filosofica dei comunitaristi si afferma negli Stati Uniti intorno agli anni 80/90 dello scorso secolo. Seconda la loro tesi, la concezione liberale della società, che poggia su una concezione dell'individuo come neutro, astratto e privo di vincoli non tiene conto che un individuo così fatto non esiste. Ciascuno di noi ha un corpo, un sesso, affetti, non è neutro. Da un lato, questo si presenta come una descrizione della realtà, ma dall'altro lato il comunitarismo ne fa una prescrizione: proprio perché gli esseri umani sono fatti così, la loro peculiarità dev'essere preservata. La politica si deve indirizzare verso questa conservazione, concentrandosi sulla tutela dell'individuo nella sua forma di vita concreta.



Immagine: sam-manns / Unsplash

Un'ulteriore critica che è stata mossa riguarda l'ineludibile origine occidentale dei diritti. Conseguentemente, esportarli equivarrebbe ad una forma di colonialismo e imperialismo. I diritti, infatti, veicolerebbero una visione particolare del mondo, in cui vi è il primato dell'individuo sulla società e la garanzia della sua libertà. Questa critica è avanzata sia da coloro che sostengono politiche multiculturaliste (ossia che conferiscono diritti particolari a gruppi connotati da certe caratteristiche) sia da chi rivendica politiche che mirano alla segregazione di ciascuno dentro la propria etnia di origine come unico modo di preservare il valore delle differenze in un mondo globalizzato (posizione definita come "razzismo differenzialista"). Quest'ultima posizione sottintende una concezione della cultura come un qualcosa di statico immutabile e incontaminato.

Al contrario, l'antropologia culturale ci dice che le cose funzionano diversamente: tra culture non ci sono confini ma contaminazioni (un esempio può essere rappresentato dalla cultura occidentale: se ne parla spesso con riferimento ai diritti ma in realtà un'altra parte di questa stessa cultura rappresenta ciò che ha portato alla nascita del fascismo e del nazismo). Le culture cambiano storicamente anche attraverso il contatto e la compenetrazione con altre culture. E nessuna può essere concepita come omogenea e priva di contraddizioni interne.

La critica femminista ha riguardato il fatto che il soggetto standard del diritto moderno è storicamente costruito su una figura particolare (quella del maschio, adulto, bianco e proprietario). Così, i processi di cui parla Bobbio (estensione, moltiplicazione, specificazione dei diritti) non hanno decostruito questo soggetto: infatti, anche in una società in cui tutti sono titolari dei diritti, questi ultimi sono utilizzabili al meglio solo da chi si trova nella posizione di quel soggetto. Secondo questa teoria, le politiche per l'uguaglianza implicherebbero per tutti quelli che differiscono da questo soggetto l'assimilazione o la tutela e non si discosterebbero poi molto da ciò che i rivoluzionari francesi dicevano per gli ebrei: tutto agli ebrei come persone, niente agli ebrei in quanto ebrei; ovvero, aggiungo io, tutto alle donne in quanto persone, niente alle donne in quanto donne. In altre parole, l'affermazione sottesa a questa visione del mondo sembra essere: "o diventi come me o non potrai godere di uguali diritti", cosa che può essere impossibile o non desiderabile. Per tutte queste ragioni l'implementazione dei diritti costituisce un processo molto complesso.

Infine, è opportuno riportare la posizione di chi sottolinea la possibilità che sorgano contrasti tra diritti di diversa generazione. Ad esempio, chi si definisce "realista" ritiene che i diritti sociali non siano veri e propri diritti. Questi diritti, infatti, "costano" e la loro implementazione dipende dalla tassazione, vale a dire da una scelta discrezionale in mano al potere di chi governa. Tuttavia, tutti i diritti "costano": si può al massimo dire che, benché esistenti e vigenti, i diritti sociali non vengono implementati come si dovrebbe. Ciò che semmai richiede che si lotti per la loro attuazione, contro la discrezionalità dei governi.

Si dice inoltre spesso che c'è conflitto tra diritti civili e diritti sociali: ma non c'è libertà senza lotta alle disuguaglianze economiche e sociali (diceva Anatole France: siamo tutti liberi di dormire sotto i ponti), senza istruzione, senza salute, ecc. Si può al più dire che vi sono casi e situazioni in cui diritti civili e diritti sociali devano essere attentamente bilanciati: un esempio può essere rappresentato dal contrasto che può sorgere tra il diritto alla salute e la libertà personale, quando per ragioni personali non c'è la volontà di accedere alle cure.



Immagine: kelly-sikkema / Unsplash

Il caso tipico è quello del disagio mentale. Con la legge Basaglia è stato previsto che nessuno possa essere ricoverato obbligatoriamente ma in alcuni casi, rispettando determinate procedure, è previsto il trattamento sanitario obbligatorio. Un ulteriore esempio di apparente contrasto è rappresentato dal possibile conflitto tra il diritto alla salute e il diritto alla riservatezza, in caso di malattie particolarmente contagiose come il COVID-19 e l'AIDS. In realtà, in tutti questi casi, non sussiste un vero e proprio conflitto ma una maggiore difficoltà di implementazione e contemperazione tra diritti di diverse generazioni.

Durante la pandemia da Sars-cov-2, del resto, questo conflitto, e dunque la necessità di bilanciamento tra diritto alla salute e libertà personale è stato del tutto chiaro.



06 IL RUOLO DELLE ONG NEL SISTEMA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI

di Susanna Marietti



Immagine: hannah-busing / Unsplash

Tra i vari strumenti a disposizione delle organizzazioni non governative per far avanzare il livello di protezione dei diritti umani, il contenzioso strategico (c.d. strategic litigation) occupa certamente una posizione di rilievo. Infatti, spesso accade che le ricadute sul piano politico conseguenti alla pronuncia di una sentenza vadano ben al di là del riconoscimento delle ragioni avanzate dai ricorrenti.

Per parlare di ciò, è necessario premettere brevi cenni introduttivi sulla Corte europea dei diritti dell'uomo (per brevità "Corte EDU"). Istituita nel 1959, la Corte EDU è l'organo giurisdizionale che assicura l'applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali siglata nel 1950 (per brevità "CEDU").

Il Titolo I della CEDU riguarda i diritti spettanti a ciascuna persona e i divieti dell'autorità pubblica nei suoi confronti. Il Titolo II invece istituisce la Corte EDU, a protezione delle persone che rivendicano i diritti e i divieti di cui al Titolo I.

La Corte EDU, denominata anche Corte europea di Strasburgo, in quanto la sua sede è proprio nella cittadina francese, è formata da tanti giudici quanti sono gli stati parte della CEDU; pertanto, ad oggi, è composta da 47 membri. Il 21 gennaio 1959 ne sono stati eletti i primi componenti, nel mese successivo si è tenuta la prima seduta, nel novembre 1960 è stata pronunciata la prima sentenza. La giurisdizione della Corte EDU si estende sulla tutela dei diritti enucleati nella CEDU e nei suoi protocolli (è bene ricordare che



questi ultimi non sono stati siglati da tutti gli stati che hanno ratificato la CEDU). Tra i diritti tutelati nella CEDU vi sono, tra gli altri, il diritto alla vita, il diritto a un giusto processo, il divieto di tortura, il divieto di detenzione arbitraria etc.

Accanto alla CEDU, negli anni sono proliferati trattati internazionali riguardanti la tutela dei diritti umani, alcuni di carattere regionale come la CEDU (come, ad esempio, la Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969 o la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981), altri di carattere universale (come la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati del 1951 o la Convenzione sui diritti politici della donna del 1953). Nell'ambito di ciascuna di queste convenzioni sono stati istituiti strumenti di controllo azionabili dal singolo individuo leso.

All'interno della CEDU si distinguono i ricorsi interstatali (previsti dall'art. 33) e quelli individuali (previsti dall'art. 34). Questi ultimi sono centinaia di migliaia mentre quelli interstatali sono stati, a partire dall'entrata in vigore della Convenzione, poco più di trenta. Secondo la dottrina, le ragioni che spiegano questa sproporzione sono di due tipi: da un lato gli Stati hanno a disposizione la via della diplomazia per la risoluzione dei conflitti nascenti tra loro, dall'altro è possibile che vogliano evitare una politicizzazione del giudizio.

I requisiti necessari per adire la Corte sono i seguenti: il ricorso deve riguardare la violazione di uno o più diritti tutelati dalla Convenzione o da uno o più protocolli; il ricorso deve essere diretto contro uno stato che ha ratificato il protocollo che sancisce la tutela del diritto di cui si lamenta la violazione; i ricorsi devono riguardare la responsabilità di un'autorità pubblica; i ricorsi devono riguardare eventi accaduti dopo la ratifica della convenzione o del protocollo; chi adisce la corte deve avere lo status di vittima (vale a dire deve aver subito personalmente la violazione del diritto); devono essere state esaurite le vie di ricorso interno; il ricorso deve essere presentato entro il termine di sei mesi dall'esaurimento dell'ultimo rimedio giurisdizionale interno; i ricorsi non devono essere vaghi, ossia devono contenere una chiara esposizione dei fatti e validi elementi probatori a sostegno delle proprie ragioni (si consideri che circa il 90% dei ricorsi che arrivano alla Corte sono dichiarati

inammissibili); i fatti esposti nel ricorso devono aver causato una violazione dei diritti fondamentali del ricorrente (la Corte, infatti, non può essere assimilata ad un giudice di appello ulteriore rispetto a quelli già previsti negli ordinamenti nazionali); il ricorso non deve essere stato già esaminato dalla Corte stessa o da un altro tribunale internazionale.

Per adire la Corte non occorre il supporto di un avvocato, ma l'assistenza legale diventa necessaria per costituirsi in giudizio qualora il ricorso venga dichiarato ammissibile. Le sentenze della Corte che accertino la violazione del diritto lamentata in giudizio riconoscono al ricorrente un'equa compensazione, vale a dire una sorta di monetizzazione del danno subito per la violazione dei diritti.

Il Comitato dei Ministri, composto dai Ministri degli Affari Esteri degli Stati membri (o di loro delegati permanenti), supervisiona l'esecuzione delle sentenze della Corte. L'art. 36 della CEDU stabilisce, per aiutare i giudici nella risoluzione del singolo caso, la possibilità che intervenga nel giudizio anche un *amicus curiae* (questa figura è stata recentemente introdotta anche nei giudizi pendenti di fronte la Corte costituzionale italiana ed Antigone è in questo modo potuta intervenire sulla decisione riguardante l'ergastolo ostativo). Infine, l'introduzione dei formulari ha sostituito la prassi diffusa di presentare ricorsi su mezzi di fortuna.

Di seguito verranno presentate due vicende di contenzioso strategico in cui Antigone ha svolto un ruolo chiave.

1) La vicenda giudiziaria del carcere di Asti

Nel dicembre 2004, a seguito di un aspro litigio avuto con gli agenti di polizia penitenziaria, due detenuti presso la casa circondariale di Asti vennero rinchiusi in due celle di isolamento. In questo luogo vennero sottoposti ad un regime di abusi sistematici: il primo per venti giorni, il secondo per due mesi. Nel febbraio 2005 la Procura, a seguito di alcune intercettazioni, sentì parlare gli agenti di questi pestaggi e chiese il rinvio a giudizio per dodici agenti; nel luglio 2011 solo cinque vennero rinviati a giudizio. Nel mese di ottobre 2011



Antigone chiese e venne ammessa come parte civile nel processo penale. La sentenza non condannò nessuno dei cinque agenti ma contenne delle affermazioni molto importanti. Infatti, il Codice penale allora in vigore non prevedeva il reato di tortura e se un pubblico ufficiale lo avesse commesso si sarebbero potuti configurare a suo carico altri tipi di reati (come, ad esempio, il reato di lesioni, di minaccia etc.). Nonostante la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, di fronte alle molteplici richieste di spiegazioni circa l'assenza di questo tipo di reato dal Codice penale, l'Italia aveva sempre risposto che episodi del genere riguardavano paesi meno evoluti e, in ogni caso, un giudice chiamato a pronunciarsi su tali avvenimenti avrebbe certamente avuto a disposizione una molteplicità di strumenti all'interno del Codice penale per qualificare l'accaduto.

Ebbene, nella sentenza di primo grado del caso in esame si stabilì che i fatti avvenuti nel carcere erano stati veri e propri episodi di tortura, ma non essendoci in Italia una legge che li qualificasse come tali si dovette procedere con strumenti depotenziati e quindi verso i colpevoli di queste violenze, per varie ragioni, non si poté procedere.

Esauriti i ricorsi interni, Antigone comprese il valore strategico dell'accaduto e investì della vicenda la Corte europea dei diritti dell'uomo. Il 23 novembre 2015 la Corte dichiarò ammissibile il ricorso presentato e, dopo poche ore, il governo italiano per evitare ripercussioni più gravi sul piano reputazionale a livello internazionale, propose alle vittime un friendly settlement, vale a dire una compensazione pecuniaria per il danno subito. I ricorrenti accettarono ma la Corte, ritenendo l'accaduto troppo importante per il carattere non derogabile della disposizione di cui all'art. 3 della CEDU, decise di proseguire il giudizio. Anche a seguito di quest'episodio, nel luglio 2017 è stato introdotto in Italia il reato di tortura e oggi Antigone continua ad essere coinvolta in molteplici processi penali (riguardanti, tuttavia, non esclusivamente reati di tortura).

2) La vicenda giudiziaria di Sulejmanovic

Nel febbraio 2011 è stato introdotto all'interno del regolamento della Corte EDU l'art. 61, rubricato

“Procedura della sentenza pilota”, formalizzando di fatto una prassi già diffusa. Infatti, nel caso in cui siano pendenti di fronte alla Corte EDU una molteplicità di casi simili che rivelino l'esistenza di un problema strutturale o sistemico nella Parte contraente interessata, potrebbe essere necessario deciderne uno solo e fornire nel dispositivo della sentenza pilota indicazioni politiche per permettere allo stato convenuto in giudizio di adottare a livello interno misure idonee, rimandando così l'accertamento di eventuali ulteriori violazioni delle disposizioni della CEDU ad una fase successiva.

È quanto accaduto a seguito della sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel luglio 2009 nel caso “Sulejmanovic c. Italia”, in una vicenda in cui un cittadino della Bosnia-Erzegovina detenuto nel carcere romano di Rebibbia era stato fatto vivere in una cella sovraffollata. La violazione accertata nel caso di specie dell'art. 3 della CEDU, relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti, ha aperto la strada a migliaia di ricorsi simili, presentati in larga parte anche con il supporto di Antigone.

Con la celebre sentenza Torregiani dell'8 gennaio 2013, la Corte ha riconosciuto in Italia un problema sistemico legato al sovraffollamento delle carceri, chiedendo altresì all'Italia di introdurre un sistema veramente efficace per interrompere tale violazione, qualora in atto, e di prevedere un meccanismo risarcitorio per tutti coloro che l'avessero già subita. Nell'anno di tempo messo a disposizione dell'Italia da parte della Corte per rimediare a tale situazione, sono state introdotte diverse misure a tutela dei detenuti: tra i vari interventi, si segnala l'istituzione di una Commissione ministeriale presieduta da Mauro Palma che ha stabilito un orario di apertura minimo delle celle pari ad almeno otto ore al giorno; due successivi decreti-legge che hanno ridotto la possibilità dell'uso della custodia cautelare e hanno aperto all'adozione di misure alternative alla detenzione; l'introduzione di un vero e proprio processo giurisdizionale, non più semplicemente amministrativo, di fronte al magistrato di sorveglianza; la previsione di un meccanismo risarcitorio per coloro che hanno subito una violazione dell'art. 3 della CEDU. In conclusione, tali misure confermano l'alto valore strategico che ha avuto tale contenzioso.



BIOGRAFIE



Luigi Ferrajoli

È professore emerito di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi Roma Tre.



Patrizio Gonnella

È presidente dell'Associazione Antigone e insegna Sociologia e Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.



Giorgio Pino

È professore Ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.



Stefano Anastasia

È ricercatore di filosofia e sociologia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. È stato tra i fondatori dell'associazione Antigone. È Garante delle persone private della libertà per le Regioni Lazio e Umbria.



Tamar Pitch

Ha insegnato filosofia e sociologia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.



Susanna Marietti

È la coordinatrice nazionale dell'associazione Antigone. di formazione filosofa, è autrice di volumi e saggi su argomenti di filosofia contemporanea e sul tema della pena detentiva.



eBook promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre e dalla Coalizione Italiana per le Libertà e i Diritti civili (CILD) nell'ambito del corso di perfezionamento "Organizzazioni Non Governative e tutela dei diritti umani".

Questo volume è a cura di **Matteo Bellucci** e **Adriano Contardi**
Graphic design: Andrea Colombo

UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE

Fondata nel 1992 l'Università degli Studi Roma Tre è una istituzione pubblica autonoma, i cui fini sono la promozione e la produzione della conoscenza e lo sviluppo della cultura, in un inscindibile rapporto delle attività di ricerca e delle attività di insegnamento.

www.uniroma3.it

CILD

Nata nel 2014, la Coalizione Italiana per le Libertà e i Diritti civili (CILD) è una rete di oltre 40 organizzazioni della società civile che lavora per difendere e promuovere i diritti e le libertà di tutti, unendo attività di advocacy, campagne pubbliche e azione legale. Le aree tematiche di cui CILD si occupa sono soprattutto diritti di migranti e rifugiati, diritti LGBTI, giustizia, salute, diritti di Rom e Sinti e libertà di espressione.

www.cild.eu



GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA
2018-2022

