

I DIRITTI

un contributo didattico

Guido Pesante

Liceo classico linguistico F. Petrarca - Trieste

1. la prima figura deontica è stato probabilmente quello del dovere.

A fronte della necessità di difendersi dalla natura tanto quanto dai suoi simili, l'uomo ha formulato regole imperative, negative o positive, miranti a vietare i comportamenti pericolosi per il gruppo e ad incentivare quelli favorevoli: si vedano i comandamenti, le grandi raccolte legislative come quelle di Hammurabi o la mitizzazione delle figure di legislatori come Licurgo e Solone; i codici di condotta inizialmente hanno avuto dunque come obiettivo la protezione della società e perciò stesso i doveri; il quadro teorico di riferimento è costituito non già dall'individualismo, ma dall'organicismo*, che considera la società un tutto nel quale l'uomo, animale politico secondo la definizione aristotelica, è naturalmente ed ab origine integrato, e che, di conseguenza, considera il tutto superiore alle parti che lo servono nell'obbedienza all'autorità coesiva; il modello è quello della famiglia e non a caso le metafore utilizzate per parlare dello Stato lo riconducono ad una dimensione patriarcale nella quale i sudditi sono eterni minorenni e il potere è presentato con le vesti del padre (o in alternativa del pastore, del nocchiero, dell'auriga, del medico).

E' dunque soltanto al comparire dell'individualismo che si è compiuto un rovesciamento di priorità e si è cominciato stabilmente a parlare di diritti: è il momento dell'habeas corpus (1679) e del bill of rights (1689), in cui si comincia a ritenere che non già l'individuo debba servire lo Stato, ma sia lo Stato a dover servire l'individuo, che è come dire che il rapporto tra governanti e governati comincia ad essere visto non dalla parte dei primi (non quindi a partire dal governo e dai suoi poteri per giungere all'obbligo politico a carico dei governati), ma dalla parte dei secondi.

Questa rivoluzione copernicana ha quale protagonista il giusnaturalismo lockeano, che postula la priorità, rispetto allo Stato, dell'individuo "nato libero" e quindi indipendente e che parla di uno stato di natura che non è, come invece riteneva Hobbes, luogo nel quale homo homini lupus est (si badi: uomo originariamente libero e indipendente, stato di natura come luogo di pacifica convivenza sono figure teoriche, non storiche, indicazioni di un obiettivo e di un principio di legittimazione, non indicazione di uno stato di fatto).

A questo punto, mentre al cittadino competono, principalmente, diritti, è allo Stato che spettano, principalmente, doveri: il dovere però non già di garantire organicistica concordia, ma quello di garantire lo sviluppo del singolo; muta di segno anche l'idea di giustizia: se per la visione organicistica essa è, come in Platone, svolgere la funzione sociale che ti è propria, per l'ottica individualistica giustizia è trattare ciascuno in modo tale che questo possa soddisfare i propri bisogni e raggiungere i propri fini; e muta radicalmente, infine, l'idea di sovranità che non procederà più dall'alto (addirittura dal divino) al basso, ma dal basso all'alto, con introduzione della figura teorica e poi giuridica della sovranità popolare.

Le resistenze dell'organicismo sono tenacissime e fondate sul carattere potenzialmente disgregatore, fomentatore di discordia, dell'individualismo (e tra queste quelle espresse da Hegel), ma l'affermarsi, appunto, del principio di sovranità popolare cioè della democrazia basata sulle regole "una testa un voto" fa argine.

2. Il ragionamento sui diritti ha assunto tre direttrici di sviluppo:

a- fondamento, generalizzazione ed universalizzazione dei diritti

- b- moltiplicazione e specificazione dei diritti
- c- giuridificazione dei diritti e loro conseguente esigibilità

- a. Vi sono tre modi per fondare i diritti:

. dedurli da un principio ritenuto assoluto, per esempio, come è avvenuto nel pensiero giuridico per opera del giusnaturalismo, dalla natura umana: in tal caso bisognerebbe che in effetti esistesse una natura umana universale e che di questa potesse darsi conoscenza essenziale; l'esperienza del giusnaturalismo mostra che tale natura è stata giudicata nei modi più diversi, mentre l'appello alla natura umana ha giustificato i più diversi sistemi di diritto;

. considerarli razionalmente evidenti; l'appello alla evidenza ha il difetto di sottrarsi a qualunque prova e a qualunque verifica argomentativa, e ha, pur esso, giustificato sistemi di diritto estremamente diversi l'uno dall'altro;

. trovare su di essi (su di un elenco di diritti) un accordo: in questo caso l'affermazione dei diritti non è punto di partenza, come accade per le teorie di diritto naturale, ma punto di arrivo di un complesso lavoro di relazione tra soggetti di diritto internazionale; un accordo ovviamente ragionevole, ma basato piuttosto sul riconoscimento empirico di ciò che è inumano che sul coglimento intuitivo del diritto stesso.

E' la strada della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; con ciò stesso si sostituisce al metodo del fondamento oggettivo il metodo del fondamento intersoggettivo; il problema dell'accordo consisteva, per i giusnaturalisti, nella irreperibilità storica di un testo pattizio: tale problema appare ora superato proprio dalla storica decisione dell'ONU, che pone, di fatto e non solo di principio, un sistema universale di diritti.

Lo pone, nella affermata convinzione che vi sia un rapporto stretto tra difesa dei diritti e diffusione di democrazia e di pace (il che propone il problema dell'intervento armato, cioè dell'ingerenza "umanitaria" in caso di gross violations, quando pare che la guerra e non la pace siano capaci di affermare i diritti).

Lo pone, collocandosi sulla strada tracciata da almeno 4 documenti: la dichiarazione di indipendenza americana del 1776; la dichiarazione dei diritti francese del 1789; i quattordici punti Wilson del 1918 e la Carta Atlantica del 1941.

La storia della generalizzazione dei diritti è la strada che porta ad attribuire gli stessi diritti a tutti (senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali): è la strada del passaggio dal privilegio al diritto, del passaggio dall'uso plurale a quello singolare della parola "libertà".

La storia della universalizzazione porta l'uomo a trasformarsi da cittadino di uno Stato a cittadino del mondo perché, teoricamente almeno, potrebbe portare in causa il suo stato stesso di fronte alla comunità internazionale.

E' ricorrente rammentare l'impegno a far sì che la globalizzazione non si manifesti soltanto come globalizzazione dei mercati (e del diritto aderente alla merce), ma si manifesti anche come globalizzazione dei diritti.

Tale storia ha tre fasi: la prima è quella della teoria filosofica, che afferma tale universalità in via di principio; alle dichiarazioni di ordine filosofico, seguono, con la rivoluzione americana e francese, le dichiarazioni di ordine positivo: esse però, nonostante mantengano l'afflato universalistico (che invece non è presente negli analoghi testi di scuola inglese, i quali ribadiscono il diritto consuetudinario del suddito

britannico), hanno un perimetro di vigenza che è forzatamente quello statale, e sono piuttosto dichiarazioni di diritti del cittadino che dell'uomo.

La dichiarazione ONU del 1948 (e di due patti per la difesa dei diritti civili e politici e economici, sociali e culturali del 1966, più un patto facoltativo connesso) porta a sintesi l'universalismo delle dichiarazioni filosofiche con la positività di quelle politiche americana e francesi.

Questo processo non è privo di contropunte: non a caso la dichiarazione dei diritti ONU non ha ottenuto la unanimità assembleare (astensione Urss e paesi socialisti, Arabia Saudita, Sud Africa) ed ha incontrato gravi difficoltà applicative: essa è stata interpretata come un gesto di imperialismo culturale da taluni stati; non a caso, ancora, nascono in reazione alle spinte universalizzatrici, le teorie etico giuridiche comunitariste che, contestando l'individualismo astrattizzante delle dottrine liberali (metodologico ma anche ontologico ed etico), insistono su una forte contestualizzazione societaria del concetto di giustizia e in generale delle pratiche politiche, che dovrebbero essere rivolte alla promozione del bene della comunità specifica, contraddistinta dalla partecipazione a comuni – e distintivi – valori.

- b. premessa: per usare una frequentata distinzione teorica, dirò che il ragionamento è relativo alla libertà dei moderni, non a quella degli antichi (intesa come indipendenza della comunità).

Come è noto nascono, precocemente i diritti civili, a tutela della "libertà da": essi garantiscono la libertà di usare di se stessi e dei propri beni senza subire interferenza da parte di terzi ed in particolare da parte del potere politico ed ammettono un limite solo nella pari libertà degli altri individui; sono diritti che promuovono la differenza tra individui; essi valorizzano l'autonomia del soggetto.

Valorizzano l'autonomia del soggetto, ma questa volta in ambito pubblico e non privato, anche i diritti politici, diritti di seconda generazione, che tutelano la "libertà di": garantiscono infatti il potere di partecipare attivamente alle decisioni concernenti la collettività; sottolineano non tanto la differenza tra individuo ed individuo, quanto l'uguaglianza tra individuo ed individuo e propongono "una testa un voto".

La difesa dell'uguaglianza muove anche la messa a punto dei diritti di terza generazione cioè dei diritti sociali (economici e culturali), i diritti che ci parlano della "libertà mediante"; per quanto tali diritti compaiono tardi sulla scena e siano quelli peggio difesi e promossi giacché richiedono di essere difesi mediante un intervento attivo dello Stato, possono essere giudicati diritti preliminari poiché solo la loro vigenza garantisce che il singolo abbia la capacità effettiva di esercitare diritti civili e diritti politici.

Le tre categorie di diritto sono alla base rispettivamente, delle concezioni liberale, democratica e socialista dello Stato: quella liberale affida allo Stato non già il compito positivo di rendere felici i cittadini, ma quello negativo di rimuovere gli ostacoli alla libertà di esistere secondo il proprio orientamento; è una concezione che si oppone all'assolutismo in quanto questo offende la libertà individuale; la concezione democratica, che ha base nel principio di sovranità popolare, è antiassolutistica poiché interpreta l'assolutismo come un sistema gerarchizzato di potere; la concezione socialista insiste sul fatto che l'uguaglianza politica promossa dai sistemi democratici, rischia di enfatizzare, non di eliminare la disuguaglianza di potere se non viene accompagnata da una uguaglianza socio economico o uguaglianza "sostanziale" (contrapposta polemicamente alla uguaglianza solo politica definita "formale").

E' parte essenziale del dibattito la riflessione sul rapporto intercorrente tra categorie di diritto: si devono osservare in fatti due cose, peraltro tra loro intrecciate:

- ben pochi diritti possono godere dello status di diritti assoluti, cioè di diritti valevoli in tutte le situazioni e per tutti senza distinzione, non incontrando l'opposizione di nessun altro diritto di pari valore: il diritto a non essere ridotti in schiavitù configurerà pure con il diritto di possedere schiavi, ma il secondo è evidentemente un diritto (oggi, però) soccombente per unanime consenso; la limpida evidenza di questo rapporto è solo raramente presente: per esempio, il diritto alla libera espressione del pensiero confligge con il diritto a non essere turbati, diffamati, scandalizzati ecc., e non è facile decidere quale dei due debba prevalere: si tratta di diritti relativi, nel senso che ove si protegga l'uno si lede l'altro: tra di essi quindi va fatta una complicata opera di ponderazione;

- i diritti non sono omogenei: ho segnalato appena sopra che esistono tre categorie classiche di diritti; è doveroso domandarsi se il rapporto tra tali categorie sia di contrapposizione o di complementarità, posto che sarebbe semplicistico ritenerle in diretta filiazione l'una dall'altra lungo un percorso di sviluppo lineare; la tesi della complementarità è già stata fatta valere rilevando come senza diritti sociali anche quelli civili e politici rischiano di isterilirsi; la tesi della contrapposizione emerge a considerare, come si è fatto poco sopra, che, nella storia, si è dato spesso il caso di conflitto tra categorie di diritti: in modo particolare tra diritti sociali e diritti civili, se non anche tra diritti civili e diritti politici ed addirittura tra diritti politici e diritti sociali: il caso dell'istruzione pubblica può essere utilizzato a titolo di esempio: il diritto, sociale, ad una pubblica istruzione uguale per tutti, limita il diritto, civile, della famiglia di scegliere per il figlio l'istruzione che più le aggrada; ma è di immediata percezione il fatto che spesso gli stati stessi propongono una qualche estensione dei diritti sociali in cambio di restrizioni di diritti di partecipazione politica o addirittura di libera espressione del pensiero.

Resta il fatto che, per quanto in modi non lineari, la storia dei diritti è storia che vive di accumulazione più che di sostituzione; ed infatti si continua ad assistere ad una crescita dei diritti.

Tale crescita assume varie direzioni:

- aumenta la quantità di beni considerati meritevoli di tutela
- è stata estesa la titolarità di diritti a soggetti diversi dall'uomo
- l'uomo stesso non è più considerato solo come ente generico e astratto, ma è visto nella specificità e concretezza delle sue maniere di essere nella società

Si tratta ovviamente di processi intrecciati poiché alla crescita di soggetti detentori di diritti corrisponde la crescita di beni meritevoli di protezione.

Rispetto al primo processo, che in senso lato è quello del passaggio già esaminato dai diritti civili a quelli sociali, s'arricchisce nel tempo nel tempo il catalogo dei diritti civili, politici, sociali che godono di tutela. Per fare tre esempi: la crescente quantità di informazioni dalle quali si è invasi, fa sorgere il diritto di non essere ingannati, eccitati e turbati da una propaganda assillante e dunque accanto al diritto civile di esprimere le proprie opinioni sorge il diritto alla verità dell'informazione; nel campo del diritto alla partecipazione al potere, considerato il peso crescente delle decisioni economiche, accanto al diritto alla partecipazione al potere politico, sorge oggi il diritto alla partecipazione al potere economico; nel campo infine dei diritti sociali, accanto ai classici diritti alla salute, all'istruzione e al lavoro oggi pare opportuno collocare per esempio il diritto ad essere integrati nelle reti di comunicazione infotelematica.

Rispetto al secondo processo, assai innovativo, come il terzo del resto, all'idea che titolare di diritto sia il singolo individuo, s'affianca l'idea che titolari di diritto siano anche gruppi umani come, per esempio, la famiglia, le minoranze, i popoli e persino soggetti non umani come gli animali o la natura stessa: diritti come il diritto alla autodeterminazione, il diritto alla pace o allo sviluppo e all'ambiente, sono diritti che propriamente spettano a collettività, non a singoli.

Quanto al terzo processo, esso matura al passaggio dalla considerazione dell'uomo in astratto alla considerazione dell'uomo in quanto caratterizzato da qualità specificanti, ed in particolare il genere, l'età,

la condizione di soggetto particolare per, ad esempio, stato fisico (malato) o ruolo economico (consumatore), che impongono diversi regimi di protezione: si tratta di un processo che avviene soprattutto nell'ambito dei diritti sociali, mentre quelli civili, ed in definitiva anche quelli politici sono meno sensibili alla questione della specificazione perché di essi si gode in modo più indistinto (anche se non completamente indistinto come mostra il fatto che del diritto di voto i minorenni non sono titolari). Aggiungerei ancora – e potrebbe intendersi come un quarto processo - che si comincia a parlare di diritti anche in capo a chi non è ancora nato, sia a livello individuale (l'embrione), sia a livello generale (le generazioni future a vantaggio delle quali si agita il tema della sviluppo sostenibile).

A conferma della importanza di questi processi, segnalo la elaborazione, da parte dell'ONU di svariate dichiarazioni integrative rispetto a quello del 1948: la dichiarazione dei diritti del fanciullo, del 1959, la convenzione sui diritti politici della donna del 1952, la convenzione sulla eliminazione delle forme di discriminazione razziale del 1965, la dichiarazione sulla concessione di indipendenza ai paesi e ai popoli coloniali del 1960, le convenzioni, molteplici, sullo sviluppo sostenibile e materie correlate ecc.

Una breve nota è richiesta dalla necessità di discutere il ruolo, in Italia, della Corte costituzionale nel processo di estensione del diritto; la Corte ha adottato quattro strategie: la prima è stata quella di affermare il valore giuridico e non meramente politico-programmatico (quasi che la Carta fosse rivolta al legislatore più che al giudice), della Costituzione, come invece tendeva a fare la magistratura ordinaria che distingueva tra norme costituzionali immediatamente e non immediatamente precettive; la seconda strategia è stata quella di valorizzare le disposizioni costituzionali più evidentemente rivolte al legislatore (p.es. quelle che indicano l'obbligo della legislazione ordinaria di attuare un programma come la difesa della salute), interpretandole come comunque fondanti un diritto, che non potrà essere in ogni caso negato (anche se, per ipotesi, potrà essere limitato, nel suo esercizio, dalla legge ordinaria per ragioni di bilancio, per la necessità di tutelare un diritto contrapposto ecc.); la terza strategia si è fondata su una specifica valorizzazione del principio di uguaglianza: l'uguaglianza non può essere infatti solo uguaglianza formale perché nel momento in cui la legge ordinaria ha perso "universalità ed astrattezza" per andare a correggere asimmetrie sociali, culturali, economiche, si è preteso che la legge stessa fosse capace di intervenire nel dettaglio di situazioni diversificate e fosse capace di intervenire per difendere e incrementare l'uguaglianza di fatto, il che può ottenersi spesso solo con norme che prevedano eccezioni e deroghe: l'uguaglianza tra diseguali è infatti una disuguaglianza: la Corte è, così, intervenuta a giudicare illegittime leggi "nella parte in cui" non prevedono il caso anomalo, stemperando, in nome della uguaglianza effettiva, la universalità della norma, e producendo micro interventi correttivi con effetto incrementale nella difesa del diritto; la quarta strategia è consistita nel rilevare anacronismi nel tessuto legislativo ordinario: talora la formazione di diritto, non si adegua, o non si adegua completamente, a modifiche sociali, tecnologiche, o anche semplicemente normative; ciò accade per esempio quando la riforma del diritto di famiglia lascia dietro di sé schegge del vecchio ordinamento ormai incompatibili con il nuovo o quando novità tecnologiche rendono insufficienti garanzie di legge precedentemente in vigore (come è accaduto nel caso della emissione radiotelevisiva).

Poiché il diritto nasce, e lo si è visto al punto a), come difesa dal potere, sarà bene sottolineare che, se un tempo i poteri avvertiti come i più insidiosi - i poteri quindi capaci di promuovere per reazione la difesa di diritti - sono stati quello politico, quello religioso (cioè culturale) e quello economico sociale, oggi il potere insidiante appare quello scientifico tecnologico: non a caso, appunto, vengono proclamati diritti quali ad esempio il diritto alla integrità del proprio patrimonio genetico (di fronte alle capacità della

ingegneria genetica), il diritto alla privacy (di fronte alle capacità di controllo infotelematico), il diritto a vivere in un ambiente non degradato (di fronte alle capacità di modificare a fondo i processi ecosistemici).

Sarà bene sottolineare inoltre il rapporto intercorrente tra tipo di società esistente e diritti: la società dominata sia dall'incubo delle guerre di religione alimentate dal dogmatismo delle Chiese sia dall'autoritarismo degli Stati, ha elaborato l'idea del diritto naturale, cioè del diritto pre statale da far valere, appunto, contro il potere statale (ed ecclesiastico): tale ipotesi dava fondamento razionale alla richiesta di libertà di religione e di pensiero e alla richiesta di indipendenza della persona e dei suoi beni dall'arbitrio sovrano; la società industriale ha invece fatto nascere diritti come quello all'istruzione o al lavoro che si giustificano in un contesto di maggiore evoluzione economica; a sua volta il tema dei diritti dell'anziano nasce quando la società vede modificarsi la propria composizione anagrafica a seguito di importanti modifiche intervenute nelle conoscenze mediche e nel livello dei redditi e quello della protezione della natura quando vede maturare una dinamica di sfruttamento delle risorse tipica della società affluente.

- c. Una volta proclamati, i diritti vanno resi effettivi.

L'effettività – ovvero la difesa – del diritto dipende da circostanze generali di contesto, ad esempio da circostanze economiche che rendono i diritti sociali finanziabili dal bilancio statale e l'azione politica sensibile al problema (non sarà certo un caso che, nel mondo, le democrazie siano concentrate nei paesi sviluppati – l'83% del PIL mondiale è prodotto da paesi democratici – e che i paesi che più avrebbero bisogno di vedere difesi i diritti sociali, sono quelli che meno ne godono); oppure da circostanze di ordine geopolitico che non impongono restrizioni nelle libertà; oppure ancora da circostanze di natura culturale riconducibili alla diffusione di principi morali di tolleranza ecc.: in tali casi si parlerà di difesa del diritto fuori dall'ordinamento.

Ma l'effettività dipende, più specificamente, 1) dal fatto che il diritto da soggettivo e quindi da principio etico, si tramuti in ordinamento e venga dunque "positivizzato". (fermo restando opportuno un atteggiamento di sobrietà nel giuridificare l'esistenza umana, giacché tale processo può facilmente avere tratti autoritari e limitanti soprattutto se fatto valere in ambiti quali quelli della vita, e quindi diventare parte di una prassi biopolitica dai connotati inquietanti) e 2) dal fatto che questo ordinamento sia efficace.

Al proposito, una brevissima, ed elusiva, citazione a due tradizioni di difesa nell'ordinamento: quella francese ritiene di affidarsi alla divisione dei poteri e alla sovranità popolare, quella americana, al diritto e quindi alla rigidità dell'ordinamento costituzionale.

Un problema particolare è relativo all'ambito internazionale.

Per un verso, infatti, la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, pur non essendo una mera dichiarazione dottrinale, non è in se stessa ordinamento giuridico vigente; per altro verso si può verificare l'inerzia degli apparati giudiziari di paesi che pure abbiano recepito nel loro ordinamento quella dichiarazione.

Questa situazione può venir fronteggiata dagli organismi internazionali lungo due principali linee di intervento:

- attività di promuovimento (che induca gli Stati che non hanno discipline specifiche per la tutela dei diritti ad introdurle e quelli che ce l'hanno a rafforzarle) e di controllo (che verifichino se e in quale misura le

raccomandazioni siano state accolte e le convenzioni rispettate): esse mirano a perfezionare o a rafforzare il sistema giurisdizionale nazionale

- attività di garanzia, volte ad istituire una nuova forma di giurisdizione;

Lungo questa direttrice si collocano le esperienze del tribunale penale di Norimberga del 1945, istituito dal trattato di Londra del 1945 sottoscritto da USA, URSS e Inghilterra (e di quello di Tokyo del 1946, istituito da un deliberato del governatore militare del Giappone, Mc Arthur), dei tribunali penali internazionali per i crimini nella ex Jugoslavia e nel Ruanda istituiti da risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (1993 – 1994) ed infine il trattato internazionale di Roma del 1998 (istitutivo del tribunale penale internazionale dell'Aia, operativo dal 2002).

Va sottolineato il fatto che i primi due tribunali citati, proprio perché istituiti dalle potenze vincitrici e perché rivolti esclusivamente contro gli sconfitti, sono stati interpretati come organi attraverso i quali alcuni Stati hanno esercitato la loro supremazia di fatto su altri Stati.

Diverso il caso dei tribunali ad hoc per i crimini in ex Jugoslavia e Ruanda, istituiti dal Consiglio di Sicurezza e quindi in condizioni di sostanziale imparzialità.

Diverso ancora il caso del trattato di Roma e della corte penale internazionale dell'Aia: il trattato è esito di un accordo tra una vasta platea di Stati e svincola il tribunale istituito da limiti di tempo e di luogo che invece valevano per le precedenti esperienze.

Si tratta di tribunali internazionali, come chiarito: è interessante ricordare che già prima del 1945 era prevista, in circostanze assai ristrette (la pirateria), la possibilità dell'intervento di singoli Stati in giurisdizione universale, e che questa possibilità resta presente anche attualmente: di fatto l'universalità della giurisdizione statale in materia di crimini internazionali è difficile venga fatta valere per varie ragioni, tra le quali sono evidenti quelle di tipo politico: uno stato terzo non si metterà infatti a perseguire cittadini di un altro stato con il rischio di complicazioni diplomatiche.

Questi tribunali, che portano alla sbarra non Stati (e, a fortiori, non popoli), ma singoli imputati, a prescindere dalla loro qualità funzionale e quindi senza tener conto della relativa immunità funzionale, rappresentano un rilevante novità nel panorama del diritto internazionale, che sino alla seconda guerra mondiale (con modestissime eccezioni) ha come oggetto soltanto i rapporti tra Stati e che dunque ritiene difendibili solo i diritti degli Stati ed imputabili solo gli Stati (in tale situazione se uno Stato interviene a difesa di un suo cittadino, si considera stia intervenendo a difesa della propria integrità).

Non a caso, dunque, numerosi sono stati i problemi giuridici incontrati nel rendere attiva tale forma di giurisdizione internazionale:

- *par in parem non habet jurisdictionem*: i singoli Stati non hanno giurisdizione sulla attività degli altri Stati; al proposito si fa presente che da sempre singoli Stati hanno compiuto gesti repressivi nei confronti di parti della loro popolazione (per esempio a danno di minoranze) adducendo ragioni di sicurezza interna, senza che altri Stati abbiano ritenuto di poter-dover intervenire

- il problema dell'obbedienza dovuta, prevista dagli ordinamenti militari di tutti gli Stati

- *nullum crimen, nulla poena sine lege*: non sono punibili crimini che non siano individuati come tali dall'ordinamento vigente

Tralasciando di considerare il modo nel quale vennero affrontati giuridicamente i primi due problemi (vedi: parità ammessa solo tra ordinamenti non criminali; obbligo di disobbedienza ad ordini palesemente criminali), ricordo che, nell'affrontare in particolare il terzo problema, il trattato di Londra del 1945,

istitutivo del tribunale di Norimberga, individua tre categorie di crimini di tipo sostanzialmente inedito che, come tali, non potevano essere già sanzionati da leggi vigenti:

1. Crimini contro la pace: in sostanza il crimine di guerra d'aggressione, concetto peraltro definito dall'ONU solo nel 1974: si tratta dello *ius ad bellum*, di cui si occupa con dettaglio lo Statuto ONU (vi sono precedenti rilevabili nelle clausole del trattato di pace di Versailles, nello statuto della Società delle Nazioni nel patto Briand Kellog)
2. Crimini di guerra, di cui invece si occupa lo *ius in bello* mediante le convenzioni dell'Aia e di Ginevra, quest'ultima perfezionata tra il 1949 e il 1977, data di emanazione degli ultimi due protocolli aggiuntivi
3. Crimini contro l'umanità, quali ad esempio lo sterminio, la riduzione in schiavitù, le deportazioni di massa, ed infine il genocidio, che venne definito con precisione nel 1948 (in effetti, l'unica categoria di crimini che possa apparire del tutto inedita e nell'affrontare la quale non possa essere fatto valere, a Norimberga, il *tu quoque* a carico delle potenze vincitrici: ed è proprio in base a questa categoria che furono comminate le condanne principali).

Sempre dal trattato di Londra del 1945, e quale lascito per le comparabili esperienze successive di cui si è detto, vengono inoltre precisati i criteri di procedibilità, escludendo limiti di tempo e spazio cioè escludendo che per queste fattispecie criminose possa valere la prescrizione e precisando che il tribunale internazionale, il quale giudica in nome non di un popolo specifico, ma dell'intera umanità, ha giurisdizione territorialmente illimitata.

Quanto al citato trattato di Roma, esso contempla le stesse categorie di crimine internazionale (implementate e precisate da vari documenti internazionali), ma non ammette la pena di morte a condanna del colpevole e prevede un tribunale dotato di potestà solo complementare a quella degli Stati, e non prioritaria come nel caso dei tribunali internazionali per la ex Jugoslavia e il Ruanda.

Il percorso di istituzione e di attivazione del tribunale è stato assai accidentato e il trattato ha ottenuto il quorum di 60 sottoscrizioni solo quattro anni dopo la sua prima firma, e oggi gode della adesione di appena la metà degli Stati ONU; tra i sottoscrittori, inoltre, non figurano tre dei membri permanenti del Consiglio di sicurezza (USA, Russia, Cina); la cosa appare grave se si tien conto del fatto che il tribunale agisce per iniziativa, motu proprio, del suo procuratore, per denuncia di uno degli Stati sottoscrittori o per iniziativa, appunto, del Consiglio di sicurezza, il quale ha anche il potere di sospendere (per un anno, reiterabile ad libitum) il procedimento giudiziario se relativo ad un'area nella quale il consiglio stia operando.

Inoltre il tribunale, non avendo a disposizione una propria forza di intervento (a differenza dei due tribunali istituiti dal Consiglio di Sicurezza) deve affidarsi alla collaborazione degli Stati per la cattura e la consegna degli imputati e per la acquisizione delle prove, a meno che non si dia il caso della denuncia al procuratore da parte del Consiglio di sicurezza.

Ultimo limite: il tribunale internazionale, fatto salvo il caso appena citato, ha competenza solo nei confronti di crimini commessi negli Stati sottoscrittori o da cittadini degli Stati sottoscrittori e quindi non può imputare cittadini degli Stati non sottoscrittori che commettano crimini internazionali in territorio non appartenente a Stati sottoscrittori.

Del resto è noto che la affermazione dei diritti dell'uomo all'interno dei singoli Stati si è accompagnata storicamente al rafforzamento del sistema rappresentativo e dunque alla dissoluzione dei sistemi a potere concentrato; è lecito supporre che l'affermazione dei diritti dell'uomo sul piano internazionale (e anche contro lo Stato) debba accompagnarsi, per poter essere pienamente efficace, ad una migliore e più completa cessione di sovranità del singolo Stato nei confronti degli organismi internazionali.

Nei confronti di questi, peraltro, è aperto il problema della legittimazione popolare, poiché per un verso essi nascono “dall’alto “ e per altro verso, sembra arduo poter sostenere che esista una comunità internazionale in grado di fornire la legittimazione richiesta (anche quando ne esistessero le condizioni politiche, come, ad esempio, un sistema elettorale mondiale).

Tuttavia l’istituzione del tribunale dell’Aia, che raccoglie l’eredità delle precedenti esperienze, ma la amplia intermini spaziali e temporali non avendo il carattere occasionale degli altri, rappresenta appunto un passo in direzione della esigibilità del diritto.

In questo campo un’iniziativa interessante è venuta dai paesi europei che, a Roma, nel 1950, firmavano la convenzione europea per i diritti dell’uomo (CEDU), operativa dal 1953 (e più volte modificata), la quale non solo presenta un elenco dei diritti soggetti a tutela (richiamando in tal senso la carta dei diritti universali dell’ONU del 1948 e preparando la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea del 2000), ma istituisce una corte di giustizia (Corte Europea dei diritti dell’uomo) deputata a valutare le accuse che sia le parti contraenti il trattato (oggi tutti i paesi aderenti all’unione europea, nessuno escluso ed inoltre quelli che, non aderendo all’unione europea, sono tuttavia presenti nel Consiglio d’Europa) sia singoli cittadini europei muovono contro una (o più) delle parti contraenti (non contro singoli, dunque) causa il mancato rispetto dei diritti indicati dalla convenzione.

Gli Stati si impegnano a rispettare le sentenze emesse dalla Corte.

Qualcosa di analogo è previsto dai due citati patti internazionali sui diritti, civili e politici, sociali economici e culturali ONU (e dal patto facoltativo connesso), approvati all’unanimità nel 1966, ma che hanno raggiunto il quorum minimo solo nel 1976, e qualcosa di analogo sembrerebbe urgentemente necessario per la tutela dei diritti ambientali, il cui mancato rispetto ha palesemente conseguenze “senza confine”.

Nota aggiuntiva

Il diritto di voto e i diritti delle donne

L’esame del problema è complicato dalla presenza di numerose variabili

a. maggioritario o proporzionale: i due sistemi sono estremamente diversi, come si sa, ed hanno pregi e difetti speculari

senza entrare nel merito occorre dire che:

- il maggioritario può essere, quantomeno, uninominale o maggioritario a due turni

- il proporzionale può prevedere, quantomeno, soglie di sbarramento e la presenza o meno di preferenze

- grande rilevanza sugli esiti ha la perimetrazione delle circoscrizioni elettorali

b. sistema con voto uguale o plurimo come quello ancora in vigore in Inghilterra nel 1948; in alternativa la attribuzione differenziata di seggi a diversi ordini

c. sistema con voto palese o segreto

d. sistema censitario o a voto universale

e. voto universale maschile o anche voto universale femminile

La storia dei sistemi elettorali è molto diversa da paese a paese.

In linea di massima si può rilevare che, ferma restando la soggettiva preferenza per il maggioritario o il proporzionale, i sistemi convergono in direzione del voto unico, segreto, universale maschile e femminile.

I paesi che per primi si sono posti sulla strada del suffragio universale e unico, sono stati la Francia e la Svizzera - che già nel 1848 adottarono l'universale maschile e che attorno al 1870 introdussero la segretezza del voto - e, a qualche distanza di tempo, Belgio, Olanda e paesi scandinavi.

Procede a strappi la storia elettorale austriaca e per lentissima evoluzione attraverso riforme progressive, quella, peraltro assai precoce, dell'Inghilterra.

La storia elettorale italiana segue i seguenti passaggi

- 1861 legge maggioritaria censitaria ristretta
- 1882 allargamento del maggioritario
- 1912 universale maschile
- 1919 introduzione del proporzionale
- 1924 legge Acerbo (premio di maggioranza)
- 1929 legge plebiscitaria
- 1946 universale maschile e femminile con proporzionale puro
- 1992 eliminazione della preferenza plurima
- 1994 introduzione del maggioritario con correzione proporzionale
- 2006 reintroduzione del proporzionale con premio di maggioranza e eliminazione della preferenza (lista bloccata)

Si intreccia con la vicenda della evoluzione dei sistemi elettorali, la vicenda di ampliamento dei diritti delle donne

La conquista del suffragio elettorale rappresenta per le donne l'uscita da uno stato di minorità in cui le confinavano i sistemi giuridici europei: essi non attribuivano alla donna lo status di cittadino a tutti gli effetti: le donne infatti non avevano la disponibilità dei propri beni patrimoniali, non decidevano del percorso educativo dei figli, non potevano agire in tribunale; inoltre l'adulterio femminile veniva punito diversamente da quello maschile e in caso di separazione la custodia dei figli era attribuita all'uomo.

La condizione di minorità giuridica e, per complemento, politica era giustificata con la propensione naturale della donna alla cura dell'ambiente domestico e con l'idea che l'intelligenza femminile fosse portata alla comprensione del concreto e non alla elaborazione astratta.

In questa situazione, pesantissima era la discriminazione socio economica: alle donne di ceto medio alto era riservata la gestione della casa, ma erano escluse da livelli di istruzione superiori e dall'accesso alle professioni liberali; le donne delle altre classi sociali, che dovevano per ragioni economiche uscire di casa e lavorare, lavoravano con retribuzioni diminuite rispetto ai maschi e non avevano alcuna possibilità di specializzazione e quindi di crescita professionale.

Nella seconda metà dell'Ottocento cominciò a crescere la rivolta femminile di fronte a questa situazione discriminatoria: un passaggio fondamentale (tralasciando qui la sfortunata esperienza della dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina della Gouges, del 1791) è rappresentato dalla dichiarazione di Seneca Falls, del 1848, che divenne il manifesto politico della lotta per la liberazione femminile; la dichiarazione, formulata da donne impegnate nella lotta più generale a difesa dei diritti (p.es per l'abolizione della schiavitù), affronta tutti i temi citati: dalla responsabilità patrimoniale e civile, all'accesso all'istruzione e alle professioni, alla differente valutazione morale del comportamento delle donne, al diritto di voto.

Il processo di superamento delle discriminazioni individuate dal manifesto fu molto lungo: cadde abbastanza presto il divieto di istruzione superiore, più lentamente quello di accesso alle professioni mediche, lentissimamente quello di accesso alle professioni giuridiche.

Ma più laboriosa di tutto fu la conquista del voto: all'inizi del Novecento fu questa la battaglia centrale del movimento femminile; essa vide nascere un vero e proprio movimento suffragista che in parte svolgeva attività lobbistica presso il Parlamento, in parte attuò iniziative di insubordinazione civile, sino allo sciopero della fame, che provocarono numerosi arresti.

Alle richieste suffragiste si opponevano i conservatori sia in nome di una restrizione generalizzata del diritto di voto sia in nome della divisione complementare dei sessi, ma anche i movimenti socialisti sostennero al battaglia per il voto femminile con scarsa convinzione, nel timore che il voto femminile avrebbe avuto un orientamento conservatore.

Fu la prima guerra mondiale, che vide la presenza attiva della donne sul fronte interno, a sbloccare la situazione e a portare, attraverso un percorso comunque tortuoso, i paesi a configurare un nuovo stato giuridico per le donne e ad ammetterle al voto

NOTE

*

I caratteri della società organica

- la società è necessaria agli uomini che la compongono come l'organismo lo è per i singoli organi
- l'uomo non vive per sé, per il suo interesse particolare, ma per la società cui appartiene
- la società è un'organizzazione differenziata nella quale ognuno (ogni gruppo sociale) ha compiti specifici: tra questi compiti si instaura un ordine gerarchico
- il compito in società è obbligato, non può essere scelto e non può essere modificato
- la vita della società è regolata da una legge di funzionamento intrinseca

I caratteri della società individualista

- gli uomini vivono una loro vita libera e individuale che esiste già prima della esistenza della società
- la società serve agli uomini
- nella società non esistono compiti prestabiliti, ma sono gli uomini che li scelgono facendo uso della loro libertà
- spetta agli uomini stessi scegliere il proprio compito sociale in quanto nessuno nasce già predestinato ad un ruolo
- sono gli uomini che danno legge alla società

Testo di riferimento

N. Bobbio, L'età dei diritti, Einaudi, 1989

Trieste, 2013

