

$$\frac{A_{12}}{315}$$

Giovanni Caso

**BREVE STORIA
DELL'ESPERIENZA
GIURIDICA
ED ELEMENTI DI DIRITTO**



Copyright © MMX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 / A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-3634-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2010

7 Breve storia dell'esperienza giuridica

L'esperienza giuridica in Occidente: *Nell'antico Oriente. Il Codice di Hammurabi* – *Nell'antico Israele* – *Nella Grecia antica* – *L'esperienza giuridica dei Romani* – *L'apporto del Cristianesimo al diritto* – *Il diritto nell'età moderna* – *Crisi attuale del diritto e nuove prospettive* – *L'esperienza giuridica dell'India: Le origini* – *Le fonti del dharma* – *Le regole giuridiche del dharma* – *Il ruolo del re nel diritto indù* – *L'impatto del diritto inglese sulla tradizione giuridica dell'India. La situazione attuale* – *L'esperienza giuridica della Cina: Evoluzione del diritto cinese* – *Confucianesimo e legismo* – *La fondazione dell'impero* – *Il sistema giuridico delle dinastie imperiali* – *Le codificazioni dinastiche* – *Il crollo dell'Impero e la modernizzazione del diritto cinese* – *L'esperienza maoista* – *Il problema del diritto in India e in Cina come problema culturale e sociale* – *L'esperienza giuridica dell'Africa: Nozioni generali* – *Le fonti del diritto africano tradizionale* – *L'origine degli stati africani* – *Il problema del diritto in Africa come problema politico*

65 Elementi di diritto

Origine e fine del diritto – *Diritto soggettivo e diritto oggettivo* – *Il diritto come ordinamento e come giurisdizione* – *Come è nata la giurisdizione* – *La giurisdizione oggi* – *La giustizia costituzionale* – *La giustizia internazionale* – *Il diritto comunitario europeo*

Breve storia
dell'esperienza giuridica

L'esperienza giuridica dell'Occidente

Per esperienza giuridica si intende sia il formarsi di regole giuridiche della vita sociale in una determinata comunità sia la pratica osservanza di esse da parte dei membri della comunità stessa.

Regole giuridiche sono quelle norme che disciplinano lo svolgimento dei rapporti sociali in modo obbligatorio: i cittadini sono tenuti ad osservarle sotto pena di sanzioni.

Nelle diverse aree del mondo, nelle diverse epoche storiche e nelle diverse culture si sono venute formando le suddette norme secondo le particolari caratteristiche culturali, sociali, politiche ed economiche delle singole società.

Nelle comunità primitive (comunità senza Stato), il rapporto del singolo individuo con il gruppo di appartenenza si configura essenzialmente come adesione dell'individuo alle consuetudini del gruppo. Generalmente l'osservanza delle regole di condotta sociale è rafforzata dalla consapevolezza di ubbidire a norme religiose e morali. I membri del gruppo sono portati naturalmente a conformarsi alle linee di condotta, agli usi e ai costumi della comunità, se vogliono essere accettati dagli altri, sposarsi bene, acquistare proprietà, raggiungere una po-

sizione nella comunità. Comportarsi in modo considerato deviante, turbando i rapporti con i propri vicini e con il gruppo, li metterebbe automaticamente al di fuori della comunità. La sanzione più grave nelle comunità primitive è infatti l'espulsione dal gruppo, poiché in dette società vi è poco spazio per un individuo che non appartiene ad alcun aggregato sociale¹.

Nell'antico Oriente. Il Codice di Hammurabi

Storicamente il passaggio dalle prime comunità umane a forme sociali organizzate politicamente, ossia attorno a centri di potere, si è avuto nelle regioni dove ha avuto inizio la produzione agricola. Infatti, l'alimentazione basata sui prodotti della terra ha portato all'insediamento stabile delle popolazioni sul territorio e quindi alla formazione prima di villaggi, poi di città. Ciò è avvenuto nei territori fertili della Mesopotamia.

La vita sociale in quelle città comportava determinate necessità: anzitutto la difesa dai nemici esterni. Da qui il costituirsi dell'autorità politica, che nei Paesi medio-orientali era impersonata dal re, e, contemporaneamente, il costituirsi della religione come fattore coagulante della comunità e legittimante il potere del re. L'avere un "dio", che doveva proteggere la città, era un'esigenza che esprimeva l'identità della comunità. In questo modo si formava una classe sacerdotale, che divideva con il re il potere.

Poi, la vita nella città comportava la necessità di provvedere ai bisogni della collettività: assicurare la produzione agricola, costruire strade, canali di irrigazione, ecc. Inoltre, per garantire il regolare svolgimento della vita sociale, condizione necessaria per il

1. Cfr. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano 1995 cap. I.

bene della comunità, dovevano essere regolati i rapporti sociali e civili (i rapporti di lavoro, lo scambio di beni, i rapporti di matrimonio e di famiglia, quelli di successione, ecc.). Infine bisognava sanzionare gli illeciti (offese e torti arrecati agli altri) al fine di evitare la vendetta privata; e perciò si stabilivano le pene per gli offensori (era molto in uso la legge del taglione, che però in alcune società era applicata solo tra persone di uguale condizione sociale).

Il “codice di Hammurabi”, attribuito al re di Babilonia Hammurabi che regnò tra il 1792 e il 1750 avanti Cristo, può considerarsi il primo testo legislativo scritto dell'umanità. Esso, infatti, è inciso su un monolite ritrovato nel 1902 e conservato nel museo del Louvre. Nella parte alta del monolite è scolpita la figura del re che ascolta a mani giunte, in atto di preghiera, le disposizioni che gli vengono dettate dal dio Sole.

Questo testo di leggi, che consta di 282 articoli, è uno dei primi esempi di regolamentazione giuridica della società umana. Si tratta di regole giuridiche, in quanto l'osservanza delle stesse era imposta dall'autorità (in quel caso dal re) e la violazione di dette regole comportava l'applicazione di determinate sanzioni stabilite dal codice.

Il codice contiene disposizioni di diritto pubblico e di diritto privato così precise e anche così eque che dimostrano un alto grado di sviluppo civile raggiunto da quella società. In particolare, le disposizioni riguardano l'economia agricola e i rapporti economici (per esempio, i rapporti di lavoro); altre riguardano il commercio e i singoli contratti; altre, infine, i rapporti di famiglia e la materia penale. Tutte tali disposizioni sono animate da un alto senso di equità, dalla difesa del bene comune e dalla tutela dei singoli individui da forme di aggressione o di comportamento ingiusto.

Il codice di Hammurabi è un esempio notevole di cosa sia il diritto. Il diritto appare una regolamentazione della vita sociale, che ha fundamentalmente una duplice finalità: assicurare l'esistenza della comunità e fornire un'adeguata protezione ai suoi membri².

Nell'antico Israele

Tra i popoli antichi si distingue il popolo di Israele. Presso gli altri popoli le leggi venivano date dal re, anche se questi affermava di averle ricevute dalla divinità. Presso il popolo ebraico la legge è data direttamente da Dio attraverso un patto stipulato tra Dio stesso e il suo popolo.

Negli altri regni mediorientali ciascun popolo o città "si dava" il suo "dio", che doveva difenderlo e renderlo vittorioso in guerra. In Israele, invece, è stato Dio stesso a rivelarsi al popolo e a stabilire con esso il "patto di alleanza". Con il Patto, Dio si poneva come difensore del popolo dai nemici esterni, ed il popolo si impegnava a rispettare i comandi dati da Dio (Decalogo), primo tra tutti l'impegno della fedeltà verso Dio stesso.

Infatti, la giustizia è intesa nell'Antico Testamento come fedeltà al Patto: fedeltà agli impegni assunti col Patto. E, nel Patto sono compresi non solo i comportamenti da tenere verso Dio ma anche quelli da tenere verso il prossimo. La giustizia consiste nel tenere tali comportamenti; essa, presso il popolo ebraico, indicava non tanto una virtù o un valore quanto il comportamento giusto verso Dio e verso il prossimo.

Il Patto, perciò, sigillava oltre all'alleanza tra Dio e il suo popolo anche l'alleanza tra i componenti del po-

2. Vd. "Hammurabi (codice)", in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. VIII.

polo stesso. Sull'osservanza dei comportamenti da tenere verso Dio e verso il prossimo sanciti nel Patto di alleanza riposava la pace: la pace (*shalom*) come frutto della giustizia, ossia di comportamenti giusti³.

Col Patto venivano, quindi, riconosciute agli appartenenti al popolo sfere di libertà e di responsabilità, diversamente che nelle altre società antiche.

Mosè diede vita ad una comunità di dodici tribù, ciascuna formata da famiglie unite da un patto tra eguali. Gli artefici del sistema federale americano ispirarono esplicitamente la propria concezione federale a quella dell'antico Israele.

Nella Grecia antica

Lo spirito greco aveva una concezione unitaria del mondo quale unità di tutte le cose. Anche la *polis* faceva parte di questa unità del mondo. Conseguentemente, la vita e la libertà umane dovevano muoversi entro l'ordine costituito della *polis*.

L'ordinamento giuridico della *polis* poggiava sulla religiosa osservanza di costumanze tradizionali, radicate nel *Nomos*, legge universale personificata da *Dike*.

Il diritto greco è essenzialmente diritto di *polis*. La *polis* è l'ente morale-politico dal quale il diritto trae forza e significato.

L'individuo era parte inscindibile della *polis*, sicché un'offesa da lui commessa turbava l'ordine ideale della *polis*, e tutta la comunità era tenuta a reagire. Pertanto, l'intervento di *Dike* (la Giustizia) non era provocato tanto dalla necessità di riparare il torto o l'offesa, arrecati da un

3. Vd. "Giustizia", in *Dizionario Biblico*, Queriniana, Brescia 2006.

membro della *polis* ad un altro, quanto invece dalla necessità di ristabilire l'ordine della *polis*, violato⁴.

L'esperienza giuridica dei Romani

L'esperienza giuridica dei Romani provoca una autentica rivoluzione nel modo di concepire l'uomo nella comunità politica. Il *civis* si pone, forse per la prima volta nella storia, come titolare di diritti propri (*civis sui iuris*) rispetto al potere che regge la comunità, diversamente da quanto era avvenuto nei grandi regni orientali e nella *polis* greca, dove l'uomo singolo era suddito del sovrano o incorporato nella città-stato. Il *civis* nasce come soggetto di diritti propri dentro la comunità, di cui è elemento costitutivo. I *cives* furono i costruttori dello stato.

Bisogna, però, subito avvertire che nella società romana ciò non era di ogni uomo, nel senso che oggi noi intendiamo per uomo cioè ogni essere umano (vedi: Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: art. 1), ma era riservato ai cittadini romani liberi (*cives optimo iure*) e sostanzialmente ai *patres familias*⁵. Il diritto romano si forma e si sviluppa sulla base delle relazioni tra uguali — i *patres familias* — in una società a struttura fondamentale gentilizia: *gens* indicava il complesso di famiglie unite tra loro da comunanza di stirpe, di *nomen*, di culto, di costumi. *Gens*, proveniente dal verbo *genuo*: generare, potrebbe significare l'importanza data dai Romani alla generazione e quindi alla famiglia nella costituzione del gruppo sociale.

4. Vd. "Diritto greco", in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. V.

5. Afferma Gaio nel *Primo Commentario delle Istituzioni*: «Tutti gli uomini o sono liberi o sono servi. Degli uomini liberi alcuni sono nati liberi, altri sono stati affrancati da servitù legale: di questi solo quelli che sono liberati con manomissione giusta e legittima da un padrone che sia tale per diritto dei Quiriti diviene cittadino romano».

Lo stato (*res pubblica*) a Roma nasce dall'aggregarsi volontario di comunità famigliari.

Nell'antichità romana lo *ius* era il potere del *pater familias* sulle persone e sulle cose, che rientravano nella sua sfera di dominio. Lo *ius* si esplicava quindi come signoria, potestà, su persone e cose⁶.

Posta l'uguaglianza giuridica tra i *cives*, i rapporti tra loro andavano regolati da principi e precetti aventi uguale significato e applicazione per tutti. La giustizia era un concreto, tipico equilibrio tra gli *iura* dei *cives*. Attraverso uno sforzo prodigioso la giurisprudenza romana elaborò principi e regole di diritto, sulla base dei quali erano disciplinati i rapporti fra i *cives* in modo che si assicurasse l'uguaglianza tra loro.

Per i suddetti motivi il diritto romano si connota di una impronta civilistica, in quanto si riferisce preferenzialmente ai rapporti tra i *cives*. Lo *ius civile* era il sistema dei poteri giuridici dei *cives*⁷.

L'apporto del Cristianesimo al diritto

Il diritto romano aveva concepito il cittadino come soggetto di diritti propri, ma ciò era una prerogativa soltanto dei *cives*. Chi operò sul piano della coscienza la piena liberazione dell'uomo nei confronti dei poteri terreni e proclamò concretamente l'uguaglianza di tutti gli esseri umani fu il Cristianesimo. Gesù affermò che il rap-

6. Anche sul piano processuale, anticamente, l'affermazione del proprio diritto sulla persona o sulla cosa davanti al magistrato avveniva con un'azione che manifestava fisicamente il proprio potere sulla persona o cosa (*actio*).

7. I giuristi romani assolsero in maniera insuperata il compito di separare nei fatti umani gli elementi giuridici dai non giuridici. Il campo che più si prestava a questa separazione era quello dei rapporti di natura privata.

porto di ogni uomo con Dio è anteriore e superiore al rapporto col potere e che tutti gli uomini hanno un solo Padre.

Nel mondo greco la volontà umana non palesava dissi di col *nomos* (modo d'essere e quindi norma dei comportamenti che realizzavano l'unità tra vita individuale, vita sociale e vita cosmica); in quello romano lo *ius* rivelava la forte coscienza del potere individuale di singole persone.

Col Cristianesimo si distinsero il momento oggettivo del diritto, identificato nella legge divina rivelata, e il momento soggettivo, che è il volere umano che si conforma a detta legge.

Il Cristianesimo, inoltre, sulla scia dell'esperienza religiosa di Israele valorizzò la natura quale creazione di Dio ed espressione del *Logos* eterno. Per i Padri della Chiesa il *sequi naturam* e la *sequela Christi* non si oppongono. Al contrario seguire la legge naturale, ossia i doveri morali che ci vengono indicati dalla natura e dalla ragione, è seguire il *Logos* personale, il Verbo di Dio, poiché «da Dio sono la legge della natura e la legge della rivelazione, che fanno un tutt'uno» (Clemente di Alessandria).

Con san Tommaso la dottrina della legge naturale assume la forma classica. La legge naturale è intesa come partecipazione della legge eterna nella creatura razionale; grazie a tale partecipazione l'uomo entra in modo consapevole e libero nei disegni della Provvidenza. Secondo i teologi e i giuristi scolastici, la legge naturale costituisce un punto di riferimento e un criterio alla luce del quale viene valutata la legittimità delle leggi positive e dei costumi particolari.

Nei secoli XII e XIII i grandi giuristi cristiani della Scuola di Bologna (Irnerio, ecc.), avendo rinvenuto e studiato i testi del diritto romano, fatti compilare dall'Imperatore Giustiniano nel VI secolo d.C., avevano riletto

quel diritto alla luce delle esigenze della *caritas* cristiana (amore di Dio e del prossimo). Essi elaborarono la categoria della *aequitas*, quale principio informatore della pratica giuridica, che consentì di tradurre le esigenze della carità nella disciplina dei vari istituti giuridici (famiglia, contratti, ecc.).

Fu l'epoca in cui si formò il *diritto comune*, sistema normativo di un ordinamento universale, in rispondenza all'ideale di unità proprio del Medio Evo cristiano, per cui come c'era un *unum imperium* doveva esserci un *unum ius*.

Il diritto nell'età moderna

Con l'Umanesimo e l'avvento dell'Era moderna c'è stato un capovolgimento culturale profondo. Anche per l'influsso di correnti filosofiche e per la riscoperta della cultura classica, oltre che per situazioni politiche nuove, si è affermato il principio dell'autonomia dell'uomo: l'uomo ha la possibilità di conoscere la realtà e di trovare le leggi che regolano la propria vita e quella della società, prescindendo dalla verità rivelata. Sul piano filosofico, il *volontarismo* (Duns Scoto) ha esaltato la volontà dell'uomo.

Lo scisma protestante, a sua volta, ha prodotto la rottura dell'unità spirituale e politica dell'Europa. Emersero gli Stati nazionali sovrani.

Con l'avvento dei nuovi Stati nazionali si è affermato il principio della sovranità dello Stato, secondo cui, da un lato i nuovi Stati (*superiorem non recognoscentes*) rifiutavano il riconoscimento di un'autorità a loro sovraordinata, dall'altro lato la sovranità stessa veniva concepita come *summa potestas*, cioè come potere assoluto dello Stato (*legibus solutus*). L'ordine giuridico e politico medievale crollò.

Tutta questa situazione favorì il nuovo orientamento di pensiero, propenso a trovare la giustificazione dell'ordine etico e politico prescindendo dal riferimento a Dio. Anche nei rapporti tra i popoli venne accantonata l'idea di un diritto delle genti (*ius gentium*) come insieme di principi universali che regolano le relazioni tra i popoli e sono obbligatori per tutti, e venne posto il diritto che deriva dalla concreta esperienza dei rapporti tra i popoli (*ius inter gentes*), e quindi basato sul principio *pacta sunt servanda* (Grozio).

Il rapporto ideale tra oggettività e soggettività, che aveva caratterizzato l'ordine giuridico del Medioevo cristiano, si dissolse, e prese il sopravvento nel pensiero giuridico la volontà potestativa del soggetto. Come si è detto, l'avvento di questa concezione soggettivistica ha avuto il supporto dalla corrente teologico-filosofica che va sotto il nome di volontarismo (Duns Scoto)⁸. Essa, “contro l'intellettualismo della filosofia scolastica, sospettato di assoggettare la persona umana all'ordine del mondo, esaltava la libertà e quindi la volontà dell'uomo. Di conseguenza, anche la legge non è stata più intesa come opera di ragione ed espressione di una sapienza, ma è stata legata alla sola volontà del legislatore. In tali condizioni la morale si è ridotta all'obbedienza alla legge prodotta dall'autorità (Hobbes)”⁹.

Il pensiero giuridico moderno non vedrà nel diritto altro che il prodotto della volontà e non più quello di una ragione che va ricercando ciò che è giusto. Di conseguenza, al rapporto tra oggettività e soggettività si è sostituito il rapporto tra libertà e autorità, tra la volontà di

8. Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1986, p. 162 e s.

9. Cfr. Nota della Commissione teologica internazionale *Alla ricerca di un'etica universale. Nuovo sguardo sulla legge naturale*, in «Civiltà Cattolica» 2009 II, pp. 341–398.

ciascun individuo e la volontà potestativa dello Stato. Ciò caratterizzerà tutta la storia moderna.

Sotto questo riguardo, e muovendosi in una ottica diversa, che intendeva riprendere, aggiornandola, la dottrina del diritto naturale, va ricordato che i teologi spagnoli del XVI secolo (Scuola di Salamanca) sono ricorsi alla legge naturale per difendere contro l'imperialismo di alcuni Stati cristiani d'Europa i diritti dei popoli d'America. Essi affermarono che tali diritti sono inerenti alla natura umana e non dipendenti dall'adesione alla fede cristiana (De Vitoria, Suarez, De Quiroga).

Intanto, le sanguinose guerre di religione seguite allo scisma protestante avevano accentuato in tutta Europa una situazione generale di insicurezza, rafforzando nello stesso tempo il potere all'interno degli Stati nazionali ("le monarchie assolute").

A fronte dell'arbitrio del potere bisognava proteggere gli individui. Si venne così sviluppando nel pensiero filosofico-giuridico l'idea dell'esistenza di diritti innati dell'uomo, alla vita, alla libertà, alla proprietà, non violabili dallo Stato (*giusnaturalismo*). Inoltre, occorre trovare un fondamento e un criterio di legittimazione del potere. Si elaborò, così, la teoria del "contratto sociale" (Hobbes, Locke, Rousseau). Diversa è la concezione del "contratto sociale" nei suddetti autori. Secondo Hobbes, lo "stato di natura" è una lotta selvaggia di tutti contro tutti; per uscire da questo stato gli uomini rinunciano ai loro poteri individuali a favore dei poteri del sovrano; sarà questo a concedere i diritti agli individui. Secondo Locke, gli individui formano lo Stato conservando le proprie libertà, rivendicabili sia nei confronti degli altri che nei confronti dello stato stesso. Secondo Rousseau gli individui alienano i loro diritti naturali a favore non del sovrano, ma a favore di tutti; la legge è l'espressione della volontà generale, che costituisce la sintesi della volontà di

tutti, sicchè il singolo obbedendo alla legge, che ha contribuito a formare, obbedisce a se stesso.

La dottrina del *giusnaturalismo* ha offerto lo strumento filosofico-giuridico per le Dichiarazioni dei diritti che precedono le costituzioni degli stati americani (ad es. Virginia 1776) e per la famosa Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Vengono proclamati i diritti di libertà dei cittadini, e lo scopo di ogni assetto statale viene posto nella conservazione dei "diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo" (art 2 Dichiarazione francese).

Successivamente, la dottrina del *giusnaturalismo* ha ceduto il posto ad una concezione del diritto che riguarda essenzialmente la libertà dei singoli individui, da garantire nei loro rapporti. Secondo Kant, tocca allo Stato stabilire dei limiti alla libertà individuale onde consentire la libertà di tutti secondo leggi generali.

All'oggettivismo e all'universalismo dell'età medievale si è quindi sostituito, per un complesso di fattori storici, cui sopra si è soltanto accennato, il soggettivismo e l'individualismo del pensiero giuridico moderno. All'interno di questa visione, la cui affermazione è stata consacrata dalla Rivoluzione francese, si è elaborato il concetto di diritto soggettivo, inteso come *facultas agendi*, potere della volontà. Il diritto soggettivo è divenuto categoria fondante dell'ordinamento giuridico, visto quest'ultimo come un sistema di diritti più che di doveri e di norme. Proprio dal diritto soggettivo in senso stretto sono nate le teorie del negozio giuridico e del contratto.

Nello stato liberale, succeduto alle monarchie assolute, l'individuo come soggetto del diritto ha acquistato il massimo rilievo; e allo Stato si è dato il compito di proteggere i diritti soggettivi dell'individuo¹⁰.

10. Dalla concezione dei diritti dell'individuo in senso soggettivo, frutto del volontarismo (v. note 8 e 9), va tenuta distinta la diversa con-

Il diritto di libertà di origine giusnaturalistica atteneva essenzialmente alla protezione dell'individuo nei confronti del potere statale; con la vittoria del soggettivismo giuridico esso si è declinato nei diritti soggettivi. Tra questi si sono affermati con tutta la loro rilevanza sociale ed economica il diritto di proprietà privata e il diritto di impresa, sulla base dei quali si sono costituite nell'Ottocento la società borghese e l'economia capitalistica.

La codificazione dei diritti soggettivi (a cominciare dal Codice napoleonico) ha prodotto progressivamente l'identificazione del diritto con la legge dello Stato, eliminando ogni altra forma di diritto, quali consuetudini, precedenti giudiziari, ecc. (*positivismo giuridico*). Il diritto è stato ridotto alla legge statale (Hegel).

Intanto l'economia capitalistica, con la divisione tra capitale e lavoro, dava origine ai conflitti sociali. La *questione sociale* si è configurata come lotta per la giustizia sociale. Il diritto di chi non possedeva e non poteva agire economicamente (*proletariato*, formato in genere dalle masse operaie) ha assunto la forma del riscatto da condizioni di lavoro contrarie alla dignità umana. Questo movimento si è espresso nella formazione dei sindacati e di partiti politici (*socialisti e popolari cattolici*). Progressivamente le rivendicazioni dei lavoratori sono state accolte dagli Stati attraverso una apposita *legislazione sociale*.

In questo stesso contesto storico sono germinate nella prima metà del Novecento, per fattori culturali e politici diversi, le ideologie del fascismo e del comunismo, che hanno cercato di imporre con la forza la propria visione

cezione dei diritti dell'uomo in senso oggettivo, cioè inerenti alla persona umana, che può farsi risalire alla teologia spagnola del XVI secolo (vedi sopra). Storicamente, però, è prevalsa, per l'affermarsi del razionalismo illuministico e per effetto della Rivoluzione francese, la concezione dei diritti dell'individuo in senso soggettivo (cfr. J. JOBLIN, *Lo sviluppo storico del pensiero sui diritti dell'uomo* in «Civiltà Cattolica» 1982 III, p. 36).

dell'uomo e della società. Sono sorte, quindi, in Europa le dittature del fascismo, del nazismo e del comunismo.

Dopo la seconda guerra mondiale, considerata l'esperienza tragica dei predetti totalitarismi

culminata nella guerra, si è voluto riaffermare il primato dell'uomo rispetto alla società e allo Stato (Munier, Maritain = *personalismo*).

La comunità delle nazioni, traendo le conseguenze delle strette complicità che il totalitarismo aveva mantenuto con il puro positivismo giuridico, ha definito con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948) alcuni diritti inalienabili della persona umana che trascendono le leggi positive degli Stati e devono servire loro come riferimento e norma. Tali diritti non sono concessi dal legislatore: essi sono dichiarati perché la loro esistenza oggettiva è anteriore al legislatore e allo Stato. Come recita il Preambolo della DU, essi derivano dal «riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana»¹¹. Essi si pongono pertanto come limite invalicabile nei confronti del potere politico (art 28 DU).

I diritti dell'uomo sono stati quindi riconosciuti in Patti internazionali (es. il Patto dei diritti civili e politici e il Patto dei diritti sociali, economici e culturali) e in Convenzioni internazionali (es. la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), e sono stati inseriti in tutte le Costituzioni degli Stati contemporanei.

Si è creata un'Organizzazione internazionale (l'ONU) con il compito di assicurare la protezione e promozione dei diritti dell'uomo nonché la pace tra le nazioni.

Il riconoscimento dei diritti dell'uomo in Atti internazionali e nelle Costituzioni degli Stati fa sì che essi godano di una protezione giuridica forte nei confronti della potestà legislativa degli Stati stessi. Tale prote-

11. Documento della CTI, citato.

zione è generalmente garantita dalla creazione delle Corti Costituzionali all'interno dei singoli Stati e, nel caso dell'Europa, anche dalla creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si sta, quindi, verificando anche un processo di denazionalizzazione degli ordinamenti giuridici per effetto del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali dal livello statale a quello internazionale e sopranazionale.

Oggi, infine, stanno emergendo in tutta la loro rilevanza sociale "nuovi" diritti, legati alla percezione di nuovi "beni comuni", che vanno protetti e promossi: la tutela dei diritti dell'uomo si eleva dal piano strettamente individuale a quello delle comunità umane. Queste nuove situazioni dell'esistenza individuale e collettiva, che reclamano protezione, sono rappresentate dal territorio, dall'ambiente, dal clima, dall'acqua, dalla qualità della vita e dell'alimentazione, dall'accesso all'istruzione, dal diritto all'informazione, dalla partecipazione politica a livello nazionale e internazionale, dalla regolarizzazione dell'attività finanziaria, ecc.

In questo contesto, emerge sempre di più nel diritto l'uomo considerato non come "un individuo sovrano isolato" (superandosi l'angusta concezione soggettivistica), ma come persona, cioè in relazione con gli altri ed inserito in comunità. Dentro queste relazioni l'uomo è percepito e si pone come portatore di una potenzialità d'azione e, quindi, di una responsabilità, sia nelle relazioni inerenti alla propria sfera privata sia in quelle sul versante sociale e politico¹². Su questa base si attesta il raccordo tra libertà e comunità.

12. In tal senso J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid 1994, p. 223.