

IL SETTECENTO:  
L'AFFERMAZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO1. *Il pensiero illuminista: diritti e riforme del diritto*

A partire dalla Scuola del diritto naturale e dalle teorie del patto sociale si diffusero nella cultura politica europea l'idea di diritti naturali individuali, innati ed eguali per tutti gli uomini e l'idea della sovranità popolare. Nel Settecento il lessico dei diritti era ormai consolidato, e il termine «diritto» riferito al soggetto era d'uso comune. Alla divulgazione di queste idee, al loro approfondimento filosofico, alla loro applicazione in proposte di riforma del diritto vigente, la cultura illuminista ha dato un contributo fondamentale.

I filosofi illuministi si caratterizzano per la costante ricerca di riscontro tra posizioni teoriche e impegno nella vita civile e nella trasformazione della società, del potere politico e del diritto<sup>1</sup>. Sotto l'ombrello della ragione, motivo essenziale dell'antropologia illuminista, essi si posero come interpreti e divulgatori di un nuovo corso della storia dell'umanità in avversione alle superstizioni, ai privilegi, alle ingiustizie determinate dalle strutture di potere dell'Ancien Régime. Le loro idee, analisi e proposte si diffusero subito ben oltre i confini francesi e, nonostante le diversità di posizioni, diedero vita ad un corpus di pensieri e di atteggiamenti che determinò una svolta nella cultura occidentale, al quale ci si richiama ancora oggi. Una delle più felici sintesi dello spirito illuminista è quella di Immanuel Kant (1724-1804), che lo identificò con

l'uscita dell'umanità dalla minorità intellettuale di cui è egli stesso colpevole. *Minorità* è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro (...) *Sapere aude!* Abbi il co-

raggio di usare il tuo *proprio* intelletto! Questa è dunque la parola d'ordine dell'illuminismo<sup>2</sup>.

Le teorie su cui principalmente si fonda la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 sono quella dei diritti e dello Stato di Locke, quella della sovranità popolare di Rousseau (1712-1778), quella della divisione dei poteri di Montesquieu (1689-1755). Ma al di là di questi fondamenti espliciti la Dichiarazione è espressione di una visione dell'uomo e della politica, di un terreno culturale a cui il pensiero illuminista nel suo complesso aveva dato un essenziale contributo.

Gli illuministi riprendendo il modello del contratto sociale – che pure vedono sempre più come un artificio teorico piuttosto che come una fase storica – rielaborano, ma soprattutto diffondono l'idea di diritti naturali, conferendo loro più ampie valenze politiche e sociali. La conquista dei diritti diventa il tramite di una nuova presenza e di un riscatto economico e culturale per il popolo, dell'abolizione dei privilegi di status che si traducevano in pesanti oneri per i lavoratori, ma anche della tutela dell'individuo contro i soprusi dei poteri antichi e nuovi, contro le superstizioni e le deviazioni dalla ragione. I diritti sono lo strumento per la costruzione di una sfera di libertà universale spettante alla persona in quanto tale.

Un'autorevole tradizione storiografica considera la libertà religiosa come la fonte e il modello di tutti i diritti di libertà: «L'idea di fissare in forma di legge i diritti innati, inalienabili e sacri dell'individuo non è di origine politica, bensì di origine religiosa» [Jellinek 2002, 46]<sup>3</sup>. La libertà religiosa che nella storia anglosassone è legata alle lotte e alle rivendicazioni dei movimenti protestanti, pur intrecciate ai diritti dell'*habeas corpus* e di proprietà, si sviluppa nella storia continentale attraverso le idee illuministe di tolleranza e libertà di coscienza. Idee che non hanno radici cristiane, né cattoliche, né protestanti, ma radici civili che contemplano una separazione della sfera religiosa da quella politica [cfr. Celador Angon, in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001].

L'idea di tolleranza si forma nella cultura illuminista a partire dal confronto con le civiltà non europee, in parti-

colare con quelle asiatiche. Ma si afferma, e di ciò il *Trattato sulla tolleranza* di Voltaire (1694-1778) costituisce la più nota testimonianza<sup>4</sup>, come principio di convivenza tra cattolici e appartenenti ad altre religioni, in particolare tra cattolici e protestanti, e trova risponidenza in una posizione di neutralità dello Stato nei confronti della pluralità di fedi e appartenenze presenti sul suo territorio. Libertà di coscienza e separazione tra Chiesa e Stato sono due principi che pur agendo su piani diversi si integrano strettamente e nell'insieme costituiscono il fondamento della laicità francese, ancor oggi il principio che regola i rapporti tra Stato e confessioni religiose.

Voltaire [2006, cap. XIII] si appellava a Dio per diffondere la tolleranza, ma la sua visione dei rapporti tra clero, Stato e popolazione era netta:

Nessuna legge ecclesiastica abbia mai vigore se non quando abbia l'espressa sanzione del governo (...) Che il magistrato solo possa permettere o proibire il lavoro nei giorni di festa (...) Che tutto ciò concerne i matrimoni dipenda unicamente dal magistrato (...) Che tutti gli ecclesiastici siano sottomessi in tutti i casi al governo, perché sono sudditi dello Stato (...) Che i magistrati, i contadini, i preti paghino egualmente le imposte dello Stato (*Leggi civili ed ecclesiastiche*, 1995).

Nella Francia del Settecento l'idea di libertà e la sua istituzionalizzazione come diritto sono direttamente collegate alla limitazione dei poteri della Chiesa cattolica e alle lotte del popolo francese contro le manifestazioni più oppressive del clero. Temi ricorrenti nel pensiero illuminista sono, da un lato, la critica dell'oscurantismo, del fanatismo religioso, dell'ingerenza della Chiesa negli affari pubblici e nella sfera della libertà individuale, dei privilegi delle gerarchie ecclesiastiche e dell'intolleranza verso le religioni minoritarie. In questa prospettiva la libertà religiosa, di credere e professare qualunque religione, o nessuna religione, la libertà dei non credenti, scaturiscono da un'unica radice: la libertà di coscienza. Quest'ultima è intesa come facoltà di esercitare una scelta che non è necessariamente fondata sulla fede, ma piuttosto sulla ragione e sulla vo-

lontà umana e appartiene alla sfera di autonomia individuale.

L'esercizio della libertà di coscienza al pari delle altre libertà si traduce nella ricerca di garanzie che tutelino l'individuo e il popolo nei confronti delle varie forme di potere dispotico. Queste garanzie sono primariamente affidate al diritto: la realizzazione dei diritti naturali richiede una radicale trasformazione delle istituzioni e delle norme vigenti.

Le diverse posizioni riconducibili all'illuminismo giuridico sono accomunate da uno spirito di trasformazione sociale volto ad abolire i privilegi e ad instaurare nuove istituzioni ispirate a regole egualitarie. L'ampio progetto di riforma del diritto elaborato da questo movimento – che avrà i suoi sviluppi positivi nell'Ottocento (cap. III, par. 1) – si fonda sulla ragione, e si contrappone all'oscurantismo della tradizione. Comprende certezza e chiarezza del diritto, uniformità delle leggi su tutto il territorio nazionale, eliminazione della frammentazione e del particolarismo giuridico, eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, dunque abolizione dei privilegi ereditari.

L'arte della buona legislazione rappresenta un motivo costante negli autori illuministi e uno dei suoi primi requisiti è che «dia la sicurezza sulla proprietà dei beni, della vita, della libertà dei cittadini, che stabilisca una minor ineguaglianza nelle ricchezze nazionali e consenta ai cittadini di provvedere mediante un lavoro non eccessivo ai loro bisogni e a quelli della famiglia» [Helyétius, *De l'homme*, sez. IX in Maffey 1961, 70]. Dunque che si ponga al servizio dei diritti di libertà, proprietà, vita, sicurezza ed eguaglianza. Diritti che non sono più solo invocati in termini generici, ma sono considerati in diverse possibili applicazioni, e, da alcune voci, anche nella loro estensione a tutti i soggetti, compresi gli schiavi e le donne.

I diritti dell'individuo sul proprio corpo, sulla propria libertà e beni richiedono di essere difesi non soltanto dagli attentati che possono venire da altri individui, ma anche da quelli che vengono dai poteri organizzati, primo tra tutti quello dello Stato, com'era nella tradizione inglese. L'ambito in cui l'illuminismo giuridico più ha inciso è quello del diritto e della procedura penale. Ispirandosi

ad una visione utilitaristica e umanizzata della pena vengono proposte riforme fondamentali come la sostituzione della funzione retributiva con la funzione di difesa sociale e di prevenzione di crimini futuri; il principio di proporzionalità della pena al reato; l'abolizione dei supplizi e, più in generale, delle sofferenze fisiche imposte ai corpi degli inquisiti e dei condannati; la mitezza delle pene; l'instaurazione di regole di garanzia dell'imputato durante il processo (su illuminismo e diritto penale cfr. Tarello [1976, cap. VIII]).

Nell'ambito penalistico il contributo dell'illuminismo italiano è notoriamente di grande rilievo: soprattutto l'opera di Cesare Beccaria (1738-1794), *Dei delitti e delle pene*, ma anche quella di Pietro Verri (1728-1797), *Osservazioni sulla tortura*, hanno ampia e immediata risonanza. In particolare attirano l'attenzione degli illuministi francesi con argomenti ancora oggi insuperabili contro la pena di morte e la tortura. Argomenti che ne mettono in luce, oltre che la disumanità e l'ingiustizia, anche l'inutilità<sup>5</sup>.

Le ragioni del garantismo si appoggiano sulla teoria della divisione dei poteri che, a partire dall'opera di Montesquieu, appare come requisito essenziale del governo democratico, ma anche sulla prevalenza del potere legislativo sul potere giudiziario, considerata come un rimedio al dispotismo della classe dei magistrati.

Nel quadro dell'affermazione dei diritti dell'uomo si inseriscono obiettivi specifici come l'abolizione di regole successorie inique, la liberalizzazione dei commerci, una maggior eguaglianza riguardo alle eredità e alle donazioni. Dal movimento dei fisiocratici, primi «economisti», proviene l'enunciazione del diritto al lavoro, alla scelta del proprio lavoro e una riflessione sul diritto di proprietà, sulla libertà di attività economica e d'impresa, sul ruolo dello Stato nelle attività economiche. Istanze che corrispondono allo smantellamento dei residui ancora forti del sistema feudale basato sull'immobilità sociale, l'ereditarietà delle cariche, le corporazioni.

Nella cultura francese del Settecento la proprietà privata viene comunemente esaltata come diritto naturale, da garantire senza (quasi) limiti<sup>6</sup>. A questa prospettiva si affianca però la ripresa di una tradizione critica, rielaborata

nelle forme più significative da Jean-Jacques Rousseau nel *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini*. Rousseau vede la proprietà privata come un istituto legato alla società e alle leggi civili, originato da atti di sopraffazione:

il primo che, recintato un terreno, ebbe l'idea di dire *Questo è mio*, e trovò persone così ingenuie da credergli, fu il vero fondatore della società civile (...) Guardatevi dall'ascoltare quest'impostore; siete perduti, se dimenticate che i frutti sono di tutti e la terra non è di nessuno [Rousseau 2002, 133 (II parte)].

Secondo questa visione l'ineguaglianza nelle ricchezze, negli onori, nel potere non ha fondamento nella natura, ma nel progresso della specie umana. Rousseau non è una voce isolata: la proprietà privata è da vari autori vista nei suoi aspetti negativi, nelle sue valenze antisociali. Accanto alle preoccupazioni di tutela delle proprietà e delle libertà economiche della borghesia se ne affiancano altre di contrasto alla povertà e di redistribuzione della ricchezza nazionale. La sensibilità verso i problemi sociali nella letteratura illuminista si traduce in una visione dello Stato come promotore dell'eguaglianza dei cittadini, un'eguaglianza che passava in primo luogo attraverso l'istituzione dell'istruzione pubblica e obbligatoria<sup>7</sup>.

## 2. *L'Indipendenza americana e le prime Carte dei diritti*

Negli ultimi decenni del Settecento due eventi hanno segnato la storia dell'umanità: l'Indipendenza americana e la Rivoluzione francese. Prodotte da questi due eventi appaiono, a distanza di pochi anni, le rispettive Dichiarazioni dei diritti dell'uomo. Si tratta dei primi documenti con valore politico e giuridico che trasformano i diritti in diritti umani, cioè che riconoscono ai diritti soggettivi una portata universale, attribuendone la titolarità all'*uomo*, senza specificazioni<sup>8</sup>. Ciò almeno sulla carta perché in realtà le cose, come si dirà, sono più complicate.

Il processo di unificazione istituzionale delle colonie va di pari passo con l'affrancamento dalla Gran Bretagna

e inizia su basi difensive verso la metà del Settecento. La protesta dei coloni si dirige in particolare verso la politica fiscale della madre patria e assume inizialmente la forma della richiesta di rappresentanza in Parlamento (in questo contesto si diffonde la nota formula «no taxation without representation») e dell'estensione completa ai coloni dei «diritti e delle libertà dei cittadini inglesi». Quando la sollevazione sfocia nella proclamazione dell'Indipendenza le colonie si costituiscono in nuovi Stati e lo fanno attraverso dei documenti che hanno la funzione di fissarne i fondamenti, appunto le Costituzioni.

Le Carte nordamericane sono le prime manifestazioni storiche del costituzionalismo moderno, cioè di quella corrente di pensiero che considera la Costituzione un elemento essenziale di uno Stato di diritto. La Costituzione contiene i principi e le norme fondamentali dell'ordinamento e delle istituzioni dello Stato<sup>9</sup>: tra questi, in qualche modo ad essi presupposti, c'è la previsione di un catalogo di diritti. Nell'impianto costituzionalistico la garanzia dei diritti naturali dell'uomo costituisce il fine primario del governo; essa funge al contempo da limite e da legittimazione del potere politico. I diritti infatti sono ciò su cui si fonda il potere dello Stato, che deve esplicarsi nel rispetto del loro contenuto e può durare finché svolge i compiti che la Costituzione gli affida: «la Costituzione *precede* il governo, e il governo non è che una sua creatura» [Paine 1978, 148].

La prima Costituzione emanata è quella della Virginia del 1776, seguita, un paio di mesi dopo, dalla Dichiarazione d'indipendenza, e via via da quelle di altri Stati fino alla Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787<sup>10</sup>. La maggior parte delle Costituzioni degli Stati americani indipendenti comprende, se pur in forme differenti, una Dichiarazione dei diritti.

La religione protestante, nelle sue diverse forme e sette, ebbe un ruolo importante nell'organizzazione di gran parte delle colonie di immigrati europei in Nord America. Questo ruolo è stato letto come determinante anche nella definizione del contenuto delle Costituzioni dei singoli Stati<sup>11</sup> e soprattutto nell'idea dei diritti dell'uomo come diritti di origine divina, indipendenti dallo Stato [cfr. Jellinek 2002; Troeltsch 1974]. Si tratta tuttavia di una lettura

controversa: contestata in particolare da coloro che sottolineano la preponderante influenza delle teorie contrattualiste e illuministe, della cultura politica e della storia giuridica europea [cfr. Östreich 2001, 63-65]. Evidenziando inoltre che sotto l'aspetto della libertà religiosa le varie colonie avevano attitudini e istituti molto differenziati, che spaziavano dalla tolleranza all'integralismo [cfr. Tarello 1976, 559-620]<sup>12</sup>.

Della cultura giuridica delle colonie americane faceva certamente parte la libertà religiosa [cfr. Swidler 1990], ma anche i documenti costituzionali inglesi, e le prime rivendicazioni dei coloni furono l'effettivo godimento dei diritti in essi sanciti. Furono dunque le stesse conquiste della storia del popolo inglese a legittimare l'insurrezione americana, ma mentre i diritti delle Carte inglesi si richiamavano alla tradizione, «ad un diritto nazionale e storico», i diritti delle Dichiarazioni americane «l'individuo non li deve allo Stato, ma alla sua stessa essenza, inviolabili e inalienabili» [Battaglia 1998, 40]. È la prima realizzazione storica dei diritti naturali dell'uomo teorizzati dal contrattualismo.

Il modello del contratto sociale, in particolare nella versione di Locke, si ritrova nei preamboli delle Dichiarazioni dei diritti nordamericane: esso trovava d'altronde rispondenza storica nelle vicende di insediamento dei coloni, nella successiva creazione di nuove collettività e di nuovi ordini politici e infine nella loro sollevazione contro il sovrano inglese. Jefferson, principale autore della Dichiarazione d'indipendenza americana, riafferma l'idea che i governi sono istituiti dagli individui e sono vincolati al rispetto dei loro naturali diritti. Se ciò non avviene il popolo può riprendersi la sovranità. Tra i diritti inalienabili di tutti gli uomini, di origine divina, Jefferson inserisce anche quello di emigrare e di fondare un nuovo Stato [cfr. Jefferson 1950].

La legittimazione dei nuovi Stati attraverso il diritto di ribellione è formulata chiaramente nella stessa Dichiarazione d'indipendenza:

Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che il Creatore ha fatto loro dono di determinati inalienabili diritti, che tra



questi sono la vita, la libertà, ed il perseguimento della felicità. Che per salvaguardare tali diritti gli uomini si sono dati dei governi che derivano la loro giusta autorità dal consenso dei governati, che ogniqualvolta una determinata forma di governo giunga a negare tali fini sia diritto del popolo il modificarla o l'abolirla, istituendo un nuovo governo che ponga le sue basi su questi principi, strutturandone i poteri nel modo che a esso sembri il più atto a garantire la sua sicurezza e la sua felicità.

Viene così sancita nel testo fondamentale della nuova nazione la dipendenza stretta tra potere politico e diritti individuali, il cui elenco entra a far parte dei testi costituzionali, come compito e limite dei nuovi governi.

I diritti innati e indisponibili previsti nella Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, che costituirà il modello per molte Dichiarazioni successive, sono «il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto e il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza» (sez. 1). È previsto che il governo debba produrre «il maggior grado di felicità e sicurezza dei cittadini» e, qualora esso appaia inadeguato a questi scopi, essi hanno il diritto di riformarlo o abolirlo (sez. 3). Ampio spazio è riservato alle garanzie dell'*habeas corpus* (sezz. 8-10) e cioè a quei diritti che garantiscono l'individuo contro l'uso arbitrario della forza da parte dello Stato e ne prevedono garanzie procedurali nei processi penali. La libertà religiosa riceve una particolare considerazione, così come la libertà di stampa, definita come «uno dei grandi capisaldi della libertà» (sez. 12).

Ai diritti enunciati in varia forma nelle Costituzioni dei singoli Stati si aggiunge nel 1791 una Dichiarazione dei diritti federale (*Federal Bill of Rights*) costituita dai primi dieci emendamenti ancora oggi vigenti. L'elaborazione del primo emendamento fu particolarmente problematica. Dopo varie proposte divergenti si arrivò ad una formulazione che affianca alla libertà di coscienza altre libertà civili: «Il Congresso non potrà stabilire una religione di Stato, né impedire il libero esercizio di una religione, né restringere la libertà di parola e di stampa, né il diritto che ha il popolo di riunirsi pacificamente e di indirizzare al Governo delle petizioni per la riparazione di torti» [cfr.

Celador Angon, in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001]. Nei successivi emendamenti la Costituzione federale garantisce altri diritti dei cittadini tra cui quello «di conservare e portare armi», di essere assicurati «nella persona, nelle case, carte ed effetti contro perquisizioni e sequestri», dando particolare rilievo alla protezione della libertà, dell'incolumità e dei beni delle persone sottoposte a processo penale. A partire dalla *Magna Charta* le garanzie dell'imputato hanno sempre ricevuto particolare attenzione nelle Dichiarazioni dei diritti e nella cultura giuridica anglosassone.

### 3. *La Rivoluzione francese e la «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino»*

Mentre in Nord America le colonie si dichiarano indipendenti dalla madre patria, in Francia la crisi della monarchia assoluta culmina nella Rivoluzione. È l'evento storico che sancisce l'abolizione dei diritti feudali e la fine di un'organizzazione sociale, economica e politica che aveva retto per secoli; un evento che avrà ripercussioni immediate ben al di là del territorio francese, la cui influenza si risente ancora oggi in tutto il mondo.

Il periodo che precede il momento rivoluzionario è caratterizzato da contrasti tra monarchia e aristocrazia i cui sviluppi portano all'organizzazione del Terzo Stato, categoria sociale che comprendeva tutti i cittadini che non fossero membri dell'aristocrazia e del clero. All'interno del Terzo Stato la classe borghese emerge fin dall'inizio sulle componenti salariate e contadine. Furono accademici, professionisti, commercianti, intellettuali, uomini di legge, esponenti del basso clero ad assumere la quasi totale rappresentanza del popolo alla riunione degli Stati generali del 1789: «la borghesia mise la "nazione" in movimento» [Lefebvre 1957, 64]<sup>13</sup>. La prima fase della Rivoluzione francese avvenne senza conflitto violento, utilizzando le forme giuridiche già esistenti per creare nuove norme e un nuovo assetto di poteri che sanciva l'affermazione della borghesia senza sopprimere la monarchia, ma solo limitandone i poteri. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 è il documento voluto per segnare per

tutta la nazione francese la rottura con il vecchio ordine e l'inizio di uno nuovo. Essa resterà nella storia come la prima Carta dei diritti universali, il documento che segna una svolta nella civiltà occidentale proclamando principi incompatibili con l'Ancien Régime e aprendo una fase di strutture politiche e sociali radicalmente differenti<sup>14</sup>.

L'affermazione dei diritti civili e politici contenuta nel testo della Dichiarazione riflette un processo di profonda trasformazione nei rapporti tra Stato e persone che, benché ampiamente sviluppato nella teoria filosofico-politica, non aveva ancora trovato una affermazione pubblica e istituzionale. Si tratta, in sintesi, del passaggio da suddito, titolare di doveri, a cittadino, titolare di diritti, dal popolo come soggetto del governo fondato su legittimazioni esterne (forza, eredità, Dio) al popolo come fondamento del governo stesso<sup>15</sup>.

Un popolo che non corrisponde però ad una totalità politica, ma ad un insieme di cittadini. Il vero soggetto politico della Dichiarazione dell'89 è infatti l'individuo; alla concezione organicistica la Rivoluzione francese sostituisce quella individualistica della società. Il rapporto diretto che si istituisce tra Stato e individui implica anche l'azzeramento politico e ideologico di altri gruppi e istituzioni (corporazioni, clero, autorità locali ed ecclesiastiche...), dei loro trattamenti privilegiati e dei loro poteri sostitutivi o suppletivi di quello dello Stato. I poteri contro i quali si infiamma il popolo francese sono in primo luogo la monarchia e l'aristocrazia, ma anche la Chiesa, almeno nelle sue componenti più istituzionali<sup>16</sup>. Proprio in quanto reazione ai privilegi di gruppo il nuovo ordine non può che fondarsi su un radicale individualismo che esalta una sola appartenenza, quella nazionale e l'eguaglianza di tutti di fronte alla legge, l'eguaglianza nei diritti e nel diritto, diritto e diritti che devono essere gli stessi per tutto il popolo francese.

La precedente concezione dei diritti che li riservava a gruppi sociali determinati è soppressa in nome di diritti che appartengono all'individuo in quanto tale, a prescindere dalle sue appartenenze e origini che non devono interessare l'ambito pubblico, ma solo quello personale e privato. La Dichiarazione riflette dunque una visione politica

individualista, anticomunitaria e laica. Al centro dell'universo politico e giuridico è ora l'uomo. I diritti non derivano più la loro forza da una autorità superiore: «La dichiarazione dei diritti dell'uomo alla fine del XVIII secolo segnò una svolta nella storia. Essa significava che d'allora in poi l'uomo, e non il precetto divino o gli usi consacrati dalla tradizione, sarebbe stato la fonte del diritto» [Arendt 1999, 402-403].

L'uomo e più precisamente l'uomo razionale: la fonte ultima dei diritti è la ragione. Anche il potere politico non può più in alcun modo fondarsi sulla fede o sulla tradizione, ma solo sulla ragione. E cioè su qualcosa che appartiene a tutti gli uomini singoli e in quanto appartiene a tutti è universale. «Liberté, Egalité, Fraternité» i tre principi della Rivoluzione francese «vennero concepiti come aspetti complementari di un unico ideale di società che consentisse il passaggio da una condizione di irrazionalità storica ad una condizione di razionalità naturale» [Martinelli, in Martinelli *et al.* 1989, 80].

Universalismo, razionalismo, individualismo sono le tre fondamentali ideologie che ispirano la Dichiarazione dei diritti del 1789. Tre ideologie che si integrano e si sostengono a vicenda: i diritti appartengono all'individuo, che li riconosce attraverso la propria ragione, che appartiene a ciascuno per il solo fatto di essere uomo in ogni luogo e momento.

Nell'ambito dell'Assemblea nazionale costituitasi nel giugno 1789 emerge subito la volontà di formulare una Dichiarazione dei diritti che sancisca il nuovo ordine sociale e politico. In luglio La Fayette deposita un progetto a partire dal quale lavorerà un Comitato costituente fino al testo definitivo approvato dall'Assemblea nazionale il 26 agosto 1789. Mirabeau presiede il Comitato che si era dato un preciso compito di chiarezza: la Dichiarazione doveva essere universale anche nel senso che doveva essere rivolta a tutti e da tutti comprensibile.

Questo spirito è d'altronde esplicitato nel preambolo: «l'ignoranza, la dimenticanza o il disprezzo dei diritti naturali dell'uomo sono la sola causa delle sventure pubbliche e della corruzione dei governi». Dunque il fine della Dichiarazione

zione è quello di rammentarli continuamente, enunciandoli con chiarezza e semplicità, così che «gli atti del potere legislativo e quelli del potere esecutivo, potendo essere in ogni momento paragonati con il fine di ogni istituzione politica, siano più rispettati» e al contempo permettano di fondare i reclami dei cittadini «su principi semplici e incontestabili».

I primi tre articoli presentano i fondamenti del nuovo ordine: stato di natura, finalità della società politica, legittimazione del potere<sup>17</sup>. Non è più il sovrano che concede (o anche riconosce) diritti naturali come in documenti precedenti, ma il popolo sovrano che investe il governo di un compito, cedendoglielo in parte. La sola fonte legittima del potere e della sovranità è la nazione, che è composta in maggior parte dal Terzo Stato, cioè dal popolo. La funzione fondamentale del governo è rispettare e garantire i diritti che l'uomo ha per natura e che non può perdere. I diritti dell'uomo «naturali, inalienabili e sacri» sono la garanzia della convivenza, l'elemento intorno al quale ruotano l'organizzazione politica, la legittimazione del governo e la sua funzione. Questi diritti, enunciati all'art. 2, corrispondono a quelli classici della tradizione contrattualista: libertà, proprietà, resistenza all'oppressione e sicurezza.

Libertà ed eguaglianza sono dichiarate come la condizione naturale dell'uomo, ma quella del 1789 è una Dichiarazione borghese, di una parte della popolazione che si stava affermando socialmente ed economicamente e non aveva interesse a imporre un nuovo ordine egualitaristico, ma solo ad eliminare gli ostacoli che potessero frenare un processo già in atto. L'eguaglianza istituita senza ammissione di deroghe è l'eguaglianza nei diritti, l'eguaglianza di fronte alla legge, mentre la diseguaglianza sociale è ammessa, pur affermandosi che deve giustificarsi in nome dell'interesse della collettività, dell'utilità comune (art. 1). L'eguaglianza giuridica impone che la legge sia «eguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca», e che tutti possano accedere a cariche e impieghi pubblici, «senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e del loro ingegno» (art. 6), abolendo così il sistema radicato dell'ereditarietà e del commercio delle cariche. L'art. 4 definisce la libertà che «consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri». I soli limiti ammessi sono quelli che derivano dal

rispetto dei diritti naturali degli altri uomini e possono essere determinati solo dalla legge. La realizzazione della libertà individuale è dunque direttamente connessa, secondo una visione presente anche in Montesquieu e in Rousseau, all'osservanza della legge (cap. III, par. 6). La libertà come diritto naturale si traduce poi in vari diritti specifici garantiti dalle leggi civili. Come coglie Jellinek, l'importanza delle Dichiarazioni settecentesche deriva anche dal fatto che contengono i primi cataloghi di diritti – che diventeranno poi caratteristici di tutti i testi costituzionali – rispetto alle generiche previsioni di diritti innati di libertà e proprietà formulate nelle teorie contrattualiste.

I primi diritti di libertà enunciati nella Dichiarazione del 1789 sono quelli che dispongono garanzie per la persona nei confronti del potere statale e del suo apparato repressivo. Corrispondono al principio di legalità («Nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla Legge e secondo le forme che essa ha prescritto»), al principio di irretroattività della legge penale («nessuno può essere punito che in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto») e al principio della presunzione d'innocenza («Ogni uomo è presunto innocente fino a che non sia stato dichiarato colpevole»). Si tratta cioè di quei principi attorno ai quali si era costruito il grande dibattito illuminista sulla riforma del diritto penale e che ancora oggi costituiscono i fondamenti di un sistema garantista [cfr. Ferrajoli 1989].

La libertà religiosa è menzionata come una manifestazione della più ampia libertà d'espressione<sup>18</sup>, che riceve un'importante considerazione. L'art. 10 prevede che «nessuno debba essere molestato per le sue opinioni, anche religiose», mentre l'art. 11 definisce la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni «uno dei più preziosi diritti degli uomini» che comprende la libertà di ogni cittadino di «parlare, scrivere, pubblicare». L'altra faccia del diritto alla vita e alla libertà, ciò che le rende possibili è il diritto alla sicurezza, che viene però richiamato indirettamente attraverso la previsione della forza pubblica e il pagamento di una contribuzione comune, che deve essere – punto che fu oggetto di una battaglia fondamentale condotta dal Terzo Stato – «egualmente ripartita tra tutti i cittadini in

ragione delle loro facoltà» (art. 13). Viene poi affermato il diritto dei cittadini di controllare coloro che gestiscono gli affari pubblici, in particolare quello di verificare la necessità dei contributi pubblici, controllarne le modalità di riscossione e la destinazione (art. 14), e in generale quello di «domandare conto ad ogni agente pubblico della sua amministrazione» (art. 15). Diritti di controllo che sembrano derivare necessariamente dalla sovranità popolare e dal diritto dei cittadini di verificare l'operato del governo.

La proprietà privata<sup>19</sup>, enunciata all'art. 2 tra i diritti naturali e imprescrittibili, viene nell'ultimo articolo ribadita come «diritto inviolabile e sacro di cui nessuno può essere privato, se non quando la pubblica necessità, legalmente constatata, lo esige evidentemente e sotto condizione d'una giusta e previa indennità».

Su tutte le disposizioni della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* vigila il principio di legalità. La Legge costituisce il solo limite ammesso ad ogni esercizio di diritti. La sovranità della Legge costituisce il fondamento dello Stato di diritto, il limite sia del potere statale, sia della libertà individuale (art. 4). La Legge è l'unica fonte del vietato e del permesso (art. 5), dunque l'unico fondamento dell'uso della forza pubblica, delle accuse, della detenzione, delle pene (artt. 7-8). La sua supremazia deriva dalla sua origine: fonte della Legge è infatti la volontà generale, a cui «tutti i cittadini hanno il diritto di concorrere» (art. 6).

Nella tradizione francese il legalismo è il fondamento dello Stato di diritto: nell'articolazione dei rapporti fra i tre poteri dello Stato, quello legislativo è dominante proprio perché costituisce l'espressione della volontà della nazione. Il diritto per eccellenza è identificato con la legge; il Parlamento in quanto rappresentante del popolo può essere il solo autore di quelle leggi che limitano la libertà del popolo stesso e ne organizzano le forme di esercizio<sup>20</sup>.

A fondamento delle leggi c'è la Costituzione: l'art. 16 della Dichiarazione, pur nella sua genericità, è considerato la prima espressione normativa del costituzionalismo: «La società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha Costituzione». Dove la Costituzione – della quale si assumono

come elementi necessari i diritti e la separazione dei poteri – è assunta implicitamente come fondamento del nuovo ordine.

La Costituzione che venne emanata nel 1791 costituisce infatti un necessario complemento della Dichiarazione dei diritti. In essa si specificano diritti – come la libertà di stampa, di associazione, di circolazione – tralasciati nella sintetica Dichiarazione del 1789. Nel preambolo si aboliscono tutte le distinzioni ereditarie, di classi e ordini e con esse le garanzie e i privilegi dell'ancien Régime, sottoponendo tutti i francesi ad un unico diritto [cfr. Battaglia 1998]. Ma è una Dichiarazione dei diritti successiva, quella giacobina del 1793, che esplicita l'abolizione della schiavitù e della servitù della gleba sancendo l'indisponibilità della persona: «ogni uomo può impegnare i suoi servizi, il suo tempo, non può venderli, né essere venduto. La sua persona non è una proprietà alienabile» (art. 18).

Alla Dichiarazione del 1789 ne seguirono infatti altre due che riflettono le varie fasi attraversate dalla Francia fino alla Restaurazione napoleonica. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1793<sup>21</sup>, benché riprenda nel preambolo e negli articoli molte formulazioni di quella del 1789, contiene importanti differenze, in particolare una maggiore attenzione all'eguaglianza economica e sociale. Già l'art. 1 enuncia come scopo della società la felicità collettiva, riprendendo un importante tema della tradizione illuminista e di quella utilitarista, che non era menzionato nella Dichiarazione del 1789<sup>22</sup>.

Lo spirito maggiormente egualitario che anima questo testo coinvolge nel nuovo ordine non solo il riscatto della borghesia, ma anche quello delle altre componenti del popolo: contadini, piccoli artigiani, operai. L'eguaglianza, al primo posto nell'elenco dei diritti naturali e imprescrittibili, non appare più soltanto come eguaglianza di trattamento giuridico, ma inizia ad essere intesa come un obiettivo che richiede un impegno pubblico nella distribuzione delle risorse. Ciò emerge in particolare da quelle disposizioni, antesignane dei diritti sociali, che dispongono un dovere della società di procurare lavoro ai «cittadini disgraziati» e di assicurare mezzi di sussistenza a coloro che



non sono più in età lavorativa (art. 21) e nell'impegno di «mettere l'istruzione pubblica alla portata di tutti i cittadini» (art. 22), istruzione che non è ancora un diritto, ma un «bisogno di tutti».

La Dichiarazione del 1793 non entrò però mai in vigore, subito superata dagli eventi del Terrore. La Dichiarazione successiva, quella del 1795, è già una Costituzione che anticipa la Restaurazione, un testo di costruzione e difesa di un nuovo ordine. I diritti non sono più naturali e inalienabili, ma «diritti dell'uomo nella società», elencati con maggior dettaglio rispetto alle Dichiarazioni precedenti. Manca ogni riferimento ad impegni sociali del governo a vantaggio di una maggior precisazione delle strutture istituzionali e di un lungo elenco di doveri, speculari ai diritti, che riguardano i cittadini. L'eguaglianza figura ancora tra i diritti dell'uomo, ma di nuovo intesa solo come eguaglianza di fronte alla legge, trattamento non discriminatorio che non impegna in alcun modo i poteri pubblici verso la diminuzione della diseguaglianza economica, sociale e anche politica.

#### 4. *Il dibattito europeo e la polemica tra Burke e Paine*

Sia rispetto alle Dichiarazioni nordamericane, sia rispetto a quelle francesi successive, la Dichiarazione del 1789 fu da subito accolta come *la* Dichiarazione dei diritti, e fu quella che ebbe nel mondo maggior risonanza simbolica e influenza politica. Alla sua fortuna concorrono probabilmente la brevità (è composta di soli 17 articoli), la chiarezza con cui è scritta, ma anche la vaghezza delle sue prescrizioni, tutte caratteristiche che l'hanno resa facilmente traducibile, divulgabile e adattabile a differenti contesti e modelli politico-economici. L'aspirazione universalistica che la percorre contribuì a farla diventare un punto di riferimento per le spinte di trasformazione presenti in tutti gli Stati europei e il principale oggetto del dibattito culturale e politico dell'epoca.

Tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento la Rivoluzione francese fu infatti argomento di analisi, critiche, esaltazioni, ammirazione, paure. Immanuel Kant esaltò la

Dichiarazione del 1789 come evidente manifestazione del progresso, la realizzazione storica di una Costituzione civile che rispecchia i diritti naturali degli uomini, espressione del diritto del popolo di darsi da solo le leggi che dovrà rispettare<sup>23</sup>.

L'ideologia e l'istituzionalizzazione dei diritti dell'uomo furono però subito seguite anche da reazioni negative e opposizioni.

Nell'ambiente politico anglosassone si sviluppa anche il dibattito tra Edmund Burke, conservatore, e Thomas Paine, progressista, che testimonia di due opposte letture degli eventi francesi e delle loro possibili ricadute. Burke (1729-1797) nel 1790 prende posizione contro la Rivoluzione in uno scritto polemico finalizzato soprattutto a preservare la Gran Bretagna dalla cattiva influenza francese. In questo scritto egli contesta il diritto del popolo a scegliere i propri governanti, a destituirli per cattiva condotta, a dar forma a un governo da se stesso, dunque nega radicalmente la legittimità della Rivoluzione francese e, più in generale, di ogni rivoluzione.

Burke ammette l'esistenza di diritti naturali e di «diritti *reali* dell'uomo»<sup>24</sup> che derivano dalla scelta di vivere nella società civile, ma afferma che tutti gli uomini «hanno eguali diritti, ma non a cose eguali» e certamente non hanno eguali diritti nella gestione del potere e nell'amministrazione della giustizia in quanto vi hanno rinunciato proprio nell'atto con cui sono entrati nella società civile [Burke 1963, 222-223].

Al di là della polemica politica, Burke critica l'astrattezza dei diritti dell'uomo tipica della Dichiarazione del 1789 e della cultura illuminista, in nome di una visione pragmatica e storicistica che riconduce il diritto e i diritti al passato di una nazione, ne fa un'eredità dei singoli popoli e non una derivazione universale dalla natura. Per Burke nel corso lento della storia ogni società produce le istituzioni adatte ai propri bisogni.

Rispondendo all'«opuscolo» di Burke, Thomas Paine (1737-1809) scrive *I diritti dell'uomo*, nel quale espone «un sistema di principi opposto al suo» [Paine 1978, 121], che va però oltre una semplice replica. Paine contesta soprattutto la concezione ereditaria del potere e dei diritti soste-

nuta da Burke, che funge da giustificazione ai governi monarchici. Difende i «diritti dei vivi» contro «i testi dell'arbitrio e dell'usurpazione dei morti» [*ibidem*, 122] poiché

non vi fu mai, né potrà mai esservi un Parlamento o una categoria di uomini o una generazione, in nessun paese, che abbia diritto o il potere di vincolare o disporre della discendenza (...) o ristabilire per sempre come il mondo debba essere governato o chi debba governarlo (...) L'uomo non ha diritti di proprietà sull'uomo e nessuna generazione ha diritti di proprietà sulle generazioni a venire [*ibidem*, 121].

Adottando una prospettiva lockiana, Paine afferma che l'uomo è entrato in società non «per avere meno diritti di quanti ne avesse prima, ma perché essi fossero meglio protetti» [*ibidem*, 145]. I governi o sorgono dal popolo, come quello sorto dalla Rivoluzione francese, e cioè attraverso un patto sociale, o al di sopra del popolo, come quello inglese, e cioè sono imposti con la superstizione e la forza. Ricostruendo lo svolgimento della Rivoluzione francese, sottolinea che non è avvenuta contro gli individui, cioè contro il re, ma contro i principi dispotici che la monarchia incarnava e perpetuava. Il dispotismo dei governi si nutre anche dell'unione tra Chiesa e Stato – fortemente raccomandata da Burke. Per Paine tutte le religioni all'origine sono benigne e non spingono alla persecuzione degli altri, ma è proprio dall'unione con il potere politico che nascono le peggiori ingiustizie<sup>25</sup>.

Paine aveva partecipato direttamente sia alla sollevazione delle colonie americane sia alle vicende dell'Assemblea nazionale francese nel periodo precedente alla Dichiarazione del 1789. Egli pose subito una questione su cui ancora oggi si dibatte<sup>26</sup>: quella dei rapporti tra le due rivoluzioni e le due Dichiarazioni, più precisamente dell'influenza delle Dichiarazioni americane su quella francese. Certamente fondamenti teorici comuni, contrattualisti, illuministi e in parte utilitaristi, non mancavano e certamente la sollevazione delle colonie americane e i nuovi principi dichiarati nelle loro Costituzioni nordamericane hanno influenzato e accelerato gli eventi francesi. Rimane comunque una differenza così profonda tra le due vicende

e tra i loro presupposti politici e sociali che rende difficile tracciarne con certezza i legami. Per i coloni americani le Dichiarazioni dei diritti hanno la funzione principale di sancire l'Indipendenza e porre i fondamenti di nuovi Stati, per i rivoluzionari francesi quella di sancire la demolizione di un ordine precedente e di ricostruire la società e il potere politico sulla base di nuovi valori che dalla Francia si estendessero a tutto il mondo.

## 5. *L'apparizione dei diritti delle donne*

Nel corso del XVIII secolo, parallelamente all'affermazione dei diritti universali dell'uomo, si rafforza una nuova morale sociale incentrata sui valori dell'autonomia individuale e dell'intraprendenza borghese. Si precisano i contorni di due sfere dell'azione e della morale umana: una sfera pubblica, che corrisponde alle attività economiche, commerciali, politiche, al lavoro retribuito, e una sfera privata, che corrisponde alla famiglia, agli affetti, al lavoro domestico. La sfera pubblica si costruisce come il luogo privilegiato d'azione maschile, mentre alle donne è riservata la sfera privata<sup>27</sup>.

Il nuovo ordine sociale fondato sull'individuo, sulla sua liberazione da vincoli comunitari, sulle sue capacità di affermazione economica e sociale si riferisce solo agli uomini, e si regge su una differenza di ruoli che assegna alle donne il mantenimento dei legami collettivi, la cura delle persone e della casa comune, la crescita dei figli [cfr. Pitch 2006, 36-38].

Questa separazione/complementarità di attività e valori si traduce in un'educazione e in una morale diffusa, ma assume anche forme giuridiche che sono principalmente disposizioni di esclusione delle donne da attività e lavori riservati agli uomini. In primo luogo dal diritto di partecipare al governo della nazione, di votare ed essere votate. Anche dopo le Dichiarazioni dei diritti in Francia, come nel resto dei paesi occidentali, la condizione giuridica femminile rimane diversa da quella maschile, l'eguaglianza di fronte alla legge non si applica alle donne. L'uomo della Dichiarazione universale è maschio.

L'esclusione delle donne dai diritti era d'altronde facilmente giustificata in base alla loro «naturale» diversità, che ne determinava fin dalla nascita la propensione per determinate attività e l'inattitudine verso altre. L'uomo razionale è per eccellenza l'individuo di sesso maschile, mentre si assume che nelle donne prevalga l'emotività, il sentimento, caratteri inadatti alle decisioni economiche, politiche e giuridiche.

Nel pensiero degli illuministi erano già affiorate alcune affermazioni dell'eguaglianza tra i sessi: isolate denunce delle ingiustizie e delle costrizioni cui erano soggette le donne insieme a richieste di interventi giuridici che ristabilissero i loro diritti. In particolare Condorcet denunciò la violazione dei «diritti di metà del genere umano» e in vari scritti sostenne l'importanza di instaurare l'eguaglianza nei diritti delle donne agli uomini, garantendo loro l'accesso alla vita pubblica, all'istruzione, al suffragio, alla parità giuridica in famiglia [cfr. Condorcet 1968, vol. X, 119-130 ss.]. Nonostante ciò e nonostante il fatto che la partecipazione delle donne alla Rivoluzione francese fosse stata ampia e determinante, la condizione delle donne non migliorò. Certamente però nel clima settecentesco iniziò ad emergere una nuova coscienza femminile.

Un'attenzione diffusa al tema dell'eguaglianza dei diritti tra donne e uomini caratterizza i radicali inglesi, gruppo di pensatori riformisti di cui fecero parte anche Paine, Bentham e, più tardi, Mill (cap. III, par. 4). Una sua esponente, Mary Wollstonecraft scrive nel 1792 *A Vindication of the Rights of Woman*<sup>28</sup>, che sarà considerato il primo testo di teoria femminista. L'autrice difende la potenziale parità di ragione e di giudizio morale tra i sessi e pone l'istruzione come il primo obiettivo a cui le donne devono mirare, ma un'istruzione «di tipo maschile», del tutto diversa da quella fino ad allora ricevuta che «ha teso soltanto a fare di loro insignificanti oggetti di desiderio», determinando la loro oppressione.

Attraverso una lunga dissertazione Wollstonecraft si rivolge alle donne della classe media che incita ad agire su se stesse, per modificare l'immagine imposta da una società maschile, che spesso però loro stesse accettano e

valorizzano. Si rivolge anche agli uomini, in particolare ai protagonisti della Rivoluzione francese:

se le donne devono essere escluse dalla partecipazione ai diritti naturali dell'umanità dimostrate in qualche modo (...) che esse mancano di ragione, altrimenti questa pecca della vostra NUOVA COSTITUZIONE mostrerà sempre che l'uomo deve, in qualche modo, agire da tiranno [Wollstonecraft 1977, 75].

Li esorta dunque a creare un sistema di istruzione pubblica per maschi e femmine, dal momento che l'esclusione delle donne è un danno per il genere umano: «la donna se non viene preparata dall'istruzione a diventare la compagna dell'uomo, fermerà il progresso del sapere e della virtù» [*ibidem*, 73].

La critica di Wollstonecraft è rivolta soprattutto alla frivolezza, al sentimentalismo, alle occupazioni e ai caratteri considerati tipicamente femminili, senza mettere in discussione il ruolo di moglie e madre della donna, né rivendicare specificamente diritti di libertà ed eguaglianza.

La prima affermazione dei diritti delle donne si trova invece in un documento quasi contemporaneo, scritto e diffuso in Francia nel 1791 da Olympe de Gouges, scrittrice, drammaturga, protagonista di primo piano del periodo rivoluzionario.

Nella *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, de Gouges riformula al femminile la Dichiarazione del 1789 riprendendone il modello sia nei principi ispiratori, sia nella struttura e nel linguaggio, ma portando in primo piano il punto di vista delle donne. L'art. 1 dichiara che la donna nasce e rimane eguale agli uomini nei diritti, cioè in quei diritti naturali di uomini e donne che sono «la libertà, la proprietà, la sicurezza e, soprattutto, la resistenza all'oppressione». Questo «soprattutto» che accentua l'importanza del diritto di ribellione trova riscontro in una successiva affermazione: i diritti naturali delle donne «non hanno altro limite che la perpetua tirannia opposta loro dall'uomo» (art. 4).

De Gouges afferma il diritto alla piena partecipazione delle donne alla formazione della volontà generale e il loro libero accesso a tutte le cariche, dignità, impieghi pubblici

e funzioni politiche, e sottolinea l'importanza per le donne della libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni»<sup>29</sup>. La preoccupazione di costituire la donna come persona autonoma e responsabile non si traduce soltanto nella richiesta di parità di diritti, ma anche nell'affermazione di parità di doveri: l'identico contributo alle spese pubbliche, l'identica soggezione ai rigori della legge penale. Queste rivendicazioni di parità non ebbero alcun esito nella transizione rivoluzionaria, e nel 1793, durante il periodo del Terrore, Olympe de Gouges fu ghigliottinata per aver difeso fino all'ultimo Luigi XVI dalla pena di morte, attaccando Robespierre e i giacobini.

Il multiforme, fervente e conflittuale periodo della Rivoluzione francese aveva comunque prodotto anche la prima Dichiarazione dei diritti delle donne, il documento che segna l'inizio del lungo percorso verso la parità di diritti per entrambi i sessi, e lo fa adottando un punto di vista particolare: appunto quello delle donne.

Ciò d'altronde corrisponde alla storia dell'attuazione dei diritti universali proclamati nelle Dichiarazioni settecentesche che avviene attraverso l'istituzione di regimi particolari. I diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo quando si realizzano in leggi civili escludono, del tutto o in parte, molti esseri umani: in primo luogo quelli di genere femminile – il che in fondo non è in contraddizione con l'idea dei diritti dell'uomo – ma anche molti di genere maschile, in base a requisiti di status economico e sociale. Un'esclusione che non si ferma alla riserva del diritto di voto in base al censo (cap. III, par. 3), ma si estende ai fondamentali diritti di libertà. Basti pensare che la schiavitù nelle colonie<sup>30</sup>, abolita nel 1794, fu reintrodotta da Napoleone e di fatto continuò ad esistere per tutto l'Ottocento [cfr. Schmidt 2005].

La costruzione teorica dell'universalismo dei diritti settecentesco copre una realtà decisamente particolaristica, sia dal punto di vista dei soggetti titolari di diritti, sia dal punto di vista dei valori e degli interessi che quei diritti proteggono [cfr. Baccelli 1999].

<sup>1</sup> Sui principali esponenti e temi dell'illuminismo politico e giuridico si vedano Tarello [1976, capp. VII e VIII] e Comanducci [1978] per un'antologia in italiano. Per un approfondimento di singoli aspetti Peces-Barba Martínez *et al.* [2001, tomo II].

<sup>2</sup> Kant [1999, 45]. Il grande filosofo tedesco scrisse le sue opere più importanti negli anni intorno alla Rivoluzione francese. Egli accolse i riferimenti al contratto sociale, ai diritti dell'uomo, alla ragione, approfondendoli e dando un contributo fondamentale all'elaborazione di idee essenziali nella storia dei diritti umani: idee come quella di universalità, di dignità umana, ma soprattutto di libertà (cap. III, par. 6). I suoi scritti più rilevanti per la teoria dei diritti sono: *Per la pace perpetua* (1795) e *Riproposizione della domanda se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio* (1798); *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale la prassi* (1793), trad. it. in Kant [1999].

<sup>3</sup> Questa è la nota tesi formulata alla fine dell'Ottocento dal giurista tedesco Georg Jellinek (1851-1911) che riconduce la positivizzazione dei diritti principalmente alla libertà religiosa e ad un suo ruolo fondamentale nella costruzione delle colonie americane, come «diritto connaturato all'uomo (...) secondo cui le attività della coscienza e le manifestazioni della fede sono espressione di un diritto superiore che si contrappone allo Stato ed è, per questo, intangibile». La connessione tra diritti di libertà, libertà religiosa e affermazione del protestantesimo sarà poi ripresa da vari autori, tra cui anche il grande sociologo Max Weber nel saggio *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* del 1922 [1979]. Su questa linea Troeltsch [1974, 61 ss.]. Per una ricostruzione del dibattito cfr. Luther [1991].

<sup>4</sup> Nel *Dizionario filosofico*, del 1764 alla voce *Tolleranza* Voltaire scrive: «Che cos'è la tolleranza? È l'appannaggio dell'umanità. Siamo tutti impastati di debolezze ed errori: perdoniamoci reciprocamente le nostre sciocchezze, è la prima legge della natura (...) È chiaro che qualunque privato che perseguita un uomo, suo fratello, perché questi non è della sua opinione è un mostro» e se lo fa il governo è ancora più grave [Voltaire 1995].

<sup>5</sup> Sul contributo determinante dell'illuminismo alla costruzione del modello garantista classico su cui si basa (o dovrebbe basarsi) il diritto penale moderno cfr. Ferrajoli [1989]. In questo importante lavoro Ferrajoli mette in luce come diverse tradizioni di pensiero, dal contrattualismo al razionalismo, dall'illuminismo all'utilitarismo, al positivismo giuridico, si siano intrecciate e nonostante «l'eterogeneità e le ambivalenze» abbiano dato luogo ad un sistema coerente unitario, quello del garantismo penale moderno.

<sup>6</sup> «La conservazione della proprietà rappresenta il Dio morale degli imperi: essa vi tutela la pace domestica e vi fa regnare l'equità; gli uomini si sono uniti solo per assicurarsi le loro proprietà; la giustizia, che contiene in sé tutte le virtù, consiste nel dare a ciascuno ciò che gli appartiene e si riduce di conseguenza a conservare il diritto di proprietà...» [Helvétius, sez. IX, cc. 1 e 2, in Maffey 1961, 83].



<sup>7</sup> In questa direzione s'impegna in particolare Condorcet; per un'analisi complessiva della sua opera, particolarmente avanzata e originale cfr. De Lucas [in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001].

<sup>8</sup> Anche Tarello sottolinea come le Carte americane siano i primi documenti in cui si esprime una soggettività universale dei diritti, dunque «l'idea di una legislazione la cui forma logica è la proposizione universale che vale quale che sia il soggetto», in altri termini la formula dell'eguaglianza giuridica [Tarello 1976, 615 ss.].

<sup>9</sup> Per una sintesi dei caratteri fondamentali del costituzionalismo, che esprimono non soltanto la richiesta formale di un documento costituzionale ma un complesso di valori e una corrispondente visione politica, cfr. Barbera, saggio introduttivo, in Barbera e Zanetti [2002, 4-5].

<sup>10</sup> Il primo e fondamentale commento alla Costituzione americana sono i *Federalist Papers*, una raccolta di articoli pubblicati tra il 1787 e il 1788 che costituisce il principale riferimento per l'analisi dei principi che hanno guidato la rivoluzione americana e della struttura istituzionale degli Stati Uniti d'America [Hamilton *et al.* 1998].

<sup>11</sup> Sull'influenza della religione protestante sulle Dichiarazioni americane dei diritti, e attraverso queste su quella francese, esiste un dibattito inaugurato da Jellinek e vivo ancor oggi. Al di là delle posizioni assunte l'opera di Jellinek apre «una tradizione storiografica» sui fondamenti delle Dichiarazioni settecentesche – e dunque di tutta la dottrina dei diritti che ne deriva (cfr. Bongiovanni, *Introduzione a Jellinek* [2002]). Sulla traccia delle due ipotesi storiografiche di Jellinek, cfr. Gozzi [1999, 6-22]. Per un approfondimento delle differenti configurazioni della libertà religiosa e dei rapporti tra religione e Stato nelle Dichiarazioni nordamericane cfr. Celador Angon, in Peces-Barba Martínez *et al.* [2001, 47-74].

<sup>12</sup> Secondo Tarello non va attribuita eccessiva importanza alla libertà religiosa negli ordinamenti delle colonie nordamericane e, più in generale, non è nella storia giuridica delle colonie che possono essere cercati i fondamenti comuni del costituzionalismo americano: «una cultura giuridica “americana” non vi fu» [Tarello 1976, 578]. A quest'opera si rinvia per una ricostruzione delle origini, reali e presunte, nella storia degli insediamenti coloniali dei caratteri del costituzionalismo americano. Tarello sottolinea come il modello politico nordamericano risentisse fortemente di un carattere fondamentale della nascente nazione: il federalismo, struttura politica ignota in Europa dove invece si stava affermando ed espandendo la centralizzazione dello Stato nazione.

<sup>13</sup> La riunione nel maggio del 1789 degli Stati generali, convocati dal re Luigi XVI per arginare il conflitto con l'aristocrazia, fece affluire a Parigi da tutta la Francia i rappresentanti del Terzo Stato e si trasformò poi in Assemblea costituente. Per una classica ricostruzione degli eventi e del quadro sociale che condusse alla Rivoluzione, cfr. Lefebvre [1957]. Per un approfondimento degli avvenimenti, dei protagonisti e delle idee della Rivoluzione francese si veda Furet e Ozouf [1988].

<sup>14</sup> Si vedano i tre saggi contenuti in Martinelli *et al.* [1989] che, a partire dalla convinzione «che i principi dell'Ottantanove costituisca-

no tuttora il nucleo normativo del progetto moderno» [*ibidem*, VII], ne analizzano gli sviluppi e le implicazioni nella filosofia politica, nella scienza sociale e nella teoria economica.

<sup>15</sup> Bobbio rileva come questo documento sancisca quel passaggio rivoluzionario che si era compiuto nel pensiero moderno per il quale i rapporti politici non sono più esclusivamente considerati dal punto di vista del sovrano (*ex parte principis*) o della società nel suo insieme, ma piuttosto dal punto di vista del popolo (*ex parte civium*) e degli individui che lo compongono [Bobbio 1997, 126-129].

<sup>16</sup> Il ruolo del clero e della religione cattolica nella Rivoluzione francese è molto complesso [cfr. Celador Angon, in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001].

<sup>17</sup> Art. 1: «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono che essere fondate sull'utilità comune». Art. 2: «Lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione». Art. 3: «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente».

<sup>18</sup> Lo scarso rilievo dato al diritto di libertà religiosa, menzionato soltanto come forma d'opinione da tutelare, è spiegato come conseguenza delle difficoltà sorte nella Commissione costituente che su questo delicato tema aveva manifestato opinioni divergenti. Ci si accordò infine su questa formulazione minimale, compromesso tra coloro che volevano un riconoscimento pubblico della religione cattolica, come religione di Stato, e coloro che invece difendevano la libertà di coscienza e di culto garantita da una laica tolleranza.

<sup>19</sup> Nel dibattito che attraversa le varie fasi e anime della Rivoluzione francese la critica all'assunzione della proprietà tra i diritti naturali, con la stessa dignità della libertà e della vita, inizia subito dopo la Costituzione del 1791 riprendendo le tesi di Rousseau.

<sup>20</sup> I diritti di partecipazione politica possono essere ricondotti al diritto di ciascuno di partecipare alla formazione delle leggi che lo riguardano. Principio formulato da Jean-Jacques Rousseau nel *Contratto sociale* (1762) secondo il quale «il popolo sottomesso alle leggi ne deve essere l'autore. Solo a coloro che si associano spetta lo stabilire le condizioni della società» [Rousseau 1994, 87 (II, 6)].

<sup>21</sup> All'inizio dell'anno Condorcet presentò all'Assemblea nazionale un progetto di Costituzione caratterizzato da un ruolo centrale del principio d'eguaglianza, da disposizioni di democrazia sociale, e dalla previsione del suffragio universale. Il lungo progetto di Condorcet non venne infine accolto, ma la sua influenza appare chiaramente nella Dichiarazione dei diritti del 1793 [cfr. Condorcet 1968, vol. XII, 333-501 e De Lucas, in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001].

<sup>22</sup> Nella Dichiarazione del 1793 il catalogo dei diritti è ampliato e quelli previsti nella Dichiarazione del 1789 sono più dettagliati: alla definizione della libertà concorre l'enunciazione di regole morali («non

fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te»), mentre la sicurezza viene definita come «la protezione accordata dalla società a ciascuno dei suoi membri per la conservazione della sua persona, dei suoi diritti, delle sue proprietà» (art. 8). Si tutelano specificamente il «diritto di manifestare il proprio pensiero e le proprie opinioni, sia attraverso la stampa, sia in qualsiasi altra maniera, il diritto di riunirsi pacificamente, il libero esercizio dei culti» (art. 7). Alcuni articoli fissano le garanzie nei confronti del potere giudiziario e di polizia e anche il diritto di proprietà è definito in modo più analitico (art. 16). Sono inoltre previste le libertà economiche e cioè la libertà di ogni cittadino di svolgere «ogni genere di lavoro, di cultura, di commercio» (art. 17).

<sup>23</sup> Sul rapporto tra Kant e la Rivoluzione francese si veda Bobbio [1997, parte II].

<sup>24</sup> Dunque tutti gli uomini hanno «diritto a ottenere giustizia tra i loro simili (...), ai frutti del proprio lavoro ed ai mezzi che rendono fruttuoso tale lavoro, (...) alle proprietà degli avi, al nutrimento ed al miglioramento della loro prole, all'istruzione durante la vita ed alla consolazione nell'ora della morte» [Burke 1963, 222].

<sup>25</sup> La Costituzione francese ha abolito «insieme la *tolleranza* e l'*intolleranza*, ed ha istituito il diritto universale di coscienza. La tolleranza non è l'opposto dell'intolleranza, bensì il suo travestimento. Entrambe sono dei dispotismi. L'una si arroga il diritto di togliere la libertà di coscienza e l'altra di concederla. L'una è il papa armato di torce e fascine, l'altra è il papa che vende o concede indulgenze» [Paine 1978, 162].

<sup>26</sup> Jellinek contestò l'idea diffusa che le teorie contrattualiste, in particolare quella di Rousseau, costituissero la fonte primaria della Dichiarazione francese, sottolineando invece l'influenza di quelle americane, in particolare di quella della Virginia. Al di là della libertà religiosa egli riconosce nel principio che affida alla legge la delimitazione del potere pubblico il più importante punto di convergenza tra Dichiarazioni americane e francese [cfr. Jellinek 2002, 29-30]. Nella letteratura più recente si veda, tra gli altri, Bobbio [1997, 120-141] che indica come significative differenze il più marcato individualismo della Dichiarazione del 1789 rispetto a quelle americane, e la scomparsa del riferimento alla felicità come valore collettivo supremo, tema centrale del pensiero illuminista, incompatibile però con una visione antipaternalista dello Stato. Costa sottolinea invece il diverso rapporto tra diritti e legge: mentre nella Dichiarazione francese il principio di legalità è sovrano e l'attuazione dei diritti è completamente affidata al legislatore, in quelle americane «i diritti del soggetto rinviano a un sistema di garanzie giurisdizionali» e valgono anche come strumento di controllo dell'attività del legislatore [in Zolo 1994, 76].

<sup>27</sup> Si tratta di un tema centrale nella riflessione femminista. Mi limito a segnalare per una ricostruzione del pensiero in cui matura questo nuovo ordine mercantilista e la corrispondente divisione delle sfere femminile e maschile Tronto [2006]. Per un'analisi del pensiero politico incentrata sull'esclusione della famiglia dalla sfera pubblica cfr. Okin [1999]. Sulla progressiva esclusione delle donne dall'organizzazione del lavoro borghese cfr. Sullerot [1977].

<sup>28</sup> Wollstonecraft era già intervenuta in risposta allo scritto di Burke contestando il preteso fondamento «naturale» della tradizione e dell'ordine sociale esistente [cfr. Escudero Alday, in Peces-Barba Martínez *et al.* 2001].

<sup>29</sup> Di questa libertà fa parte anche il fatto che «ogni cittadina possa dire liberamente: io sono madre di un bambino che vi appartiene» (art. 11), precisazione molto indicativa di un problema evidentemente diffuso all'epoca: la nascita di figli illegittimi in quanto non riconosciuti dal padre.

<sup>30</sup> Per l'eguaglianza dei neri e per l'abolizione della schiavitù contro gli interessi dei commercianti di schiavi e dei coloni si mobilitarono alcuni pensatori illuministi; anche sotto questo aspetto emerge Condorcet [1968, vol. VII, 61-140].