

L'OTTOCENTO: DAI DIRITTI DELL'UOMO
AI DIRITTI DEL CITTADINO1. *La positivizzazione dei diritti tra Costituzioni e codificazioni*

Le Dichiarazioni dei diritti settecentesche sono le prime manifestazioni del processo di positivizzazione dei diritti¹. A questo processo contribuiscono varie teorie e correnti di pensiero che, anche se non sempre trattano esplicitamente di diritti, ne forniscono i contenuti e il terreno culturale su cui crescere. In particolare le idee illuministe trovano applicazioni sia nello sviluppo di sistemi democratici, sia nella formulazione di nuovi principi e norme in tutti i settori degli ordinamenti giuridici.

Nell'Ottocento gli sviluppi del diritto soggettivo dal piano morale e filosofico-politico si spostano sul piano delle politiche pubbliche e del diritto vigente. I diritti dell'uomo si inseriscono negli ordinamenti giuridici degli Stati nazione, ed è in questo secolo che emergono tutte le difficoltà concettuali, prima ancora che politiche e tecniche, che questo inserimento comporta. Con queste difficoltà si misurano soprattutto i giuristi, ed è infatti nella scienza giuridica, più che in altre discipline, che fiorisce il dibattito sui diritti.

La positivizzazione dei diritti si traduce nell'emana-zione di norme giuridiche che, a livello costituzionale, dichiarano l'esistenza di diritti e, a livello legislativo, ne dispongono misure d'attuazione e di tutela. Nel XIX secolo le Costituzioni si impongono in quasi tutti i paesi europei² come elemento caratterizzante di uno Stato liberale e democratico. Al loro interno i cataloghi di diritti sono una componente necessaria, che diviene via via più dettagliata rispetto alle Dichiarazioni settecentesche. Le Costituzioni e gli elenchi dei diritti in esse contenuti sono fonti primarie

degli ordinamenti giuridici nazionali; punto di riferimento della giurisprudenza, della dottrina, dello stesso legislatore; il recinto all'interno del quale si esercita sia il potere pubblico, sia la libertà individuale. I diritti delle Costituzioni ottocentesche sono diritti di libertà e proprietà, cioè diritti civili, a cui si aggiungono i diritti di partecipazione del cittadino al governo della nazione, cioè diritti politici.

La positivizzazione dei diritti civili si realizza attraverso una crescente specificazione delle libertà e dunque una moltiplicazione delle norme che le devono garantire: dalla libertà personale e di coscienza alla libertà di comunicazione, stampa, circolazione, corrispondenza, associazione; dall'inviolabilità del domicilio alle libertà economiche, di impresa e commercio, alle garanzie processuali, ecc. I principali diritti politici, invece, l'elettorato attivo, cioè il diritto di voto, e l'elettorato passivo, cioè il diritto di essere votati ed eletti a cariche pubbliche sono oggetto di specifiche legislazioni frequentemente riformate.

La diversa previsione, la tutela e l'estensione dei diritti sono espressione dei differenti assetti politici ed economici dei singoli Stati. La stessa Costituzione può restare in vigore in momenti storici diversi, adattandosi al nuovo contesto sia attraverso una differente interpretazione, sia attraverso la non applicazione delle sue norme. Ma quando si vuole sancire una diversa fase politica e dotare il governo di strumenti adeguati ad una nuova visione del rapporto con i cittadini è necessario un nuovo testo fondamentale. Non a caso i più significativi testi costituzionali ottocenteschi vengono emanati dopo le sollevazioni del 1848 e riflettono, se pur con diversi accenti, le esigenze sociali che in esse erano emerse.

In Francia, nel 1848, la Costituzione della Terza Repubblica pone come compito dello Stato quello di perseguire il progresso e la civiltà, oltre a quello di «assicurare una ripartizione sempre più equa degli oneri e dei vantaggi della società» (art. 1). L'elenco dei diritti sanciti rivela una particolare attenzione verso esigenze di tutela di libertà individuali, ma anche di sostegno ai lavoratori e ai cittadini più deboli (cap. IV, par. 1).

In Germania, pur essendovi Carte costituzionali dei singoli Stati, è la *Dichiarazione dei diritti fondamentali*

del 27 dicembre 1848 a sancire i diritti fondamentali di libertà e ad istituire il diritto di cittadinanza di tutti i tedeschi, sopprimendo i privilegi di ceto e proclamando l'eguaglianza di fronte alla legge. Benché abrogato tre anni dopo, questo documento costituì un punto di riferimento essenziale nella storia dei diritti e nel dibattito costituzionale tedeschi³.

Negli Stati italiani i testi costituzionali si susseguirono numerosi, ma quello che ebbe più estesa applicazione fino all'attuale Costituzione è lo Statuto albertino del 1848, concesso ai sudditi del Regno di Sardegna da Carlo Alberto ed esteso poi al Regno d'Italia. Si tratta di una Costituzione flessibile⁴ che dispone l'eguaglianza di fronte alla legge di «tutti i regnicoli» (art. 24) qualunque sia il loro titolo o grado, e prevede alcuni diritti di libertà. L'art. 1 riserva alla religione cattolica la posizione di sola religione di Stato, e dispone che le altre religioni siano tollerate. Sono affermate la libertà personale, la libertà di riunione – non in luogo pubblico –, la libertà domiciliare e la libertà di stampa, salvo un diritto di controllo delle autorità religiose sui testi sacri.

Il processo di positivizzazione dei diritti naturali si realizza in primo luogo attraverso la loro proclamazione nelle Dichiarazioni dei diritti e il loro inserimento in testi costituzionali, ma ciò non è certo sufficiente. Affinché questi diritti producano effetti nelle vite delle persone è necessario che vengano poste in essere norme giuridiche e istituzioni che, da un lato, ne organizzino le forme d'attuazione e, d'altro lato, dispongano e applichino le sanzioni per la loro violazione.

L'inserimento negli ordinamenti positivi dei diritti civili e politici, con sanzioni, garanzie e tutele giudiziarie, si sovrappone ad un altro grande processo della storia giuridica europea moderna: la codificazione del diritto. Non è soltanto ai testi costituzionali che è affidata la traduzione dei diritti naturali in diritto positivo, ma anche e forse anche più alle nuove fonti del diritto che nel XIX secolo si affermano in tutta l'Europa continentale: i codici. L'idea centrale che sostiene il processo di codificazione è quella di istituire per la nazione intera un solo diritto, raccolto in

un testo unitario composto da norme chiare, accessibili e valide per tutti: un diritto che ha i propri fondamenti nel giusrazionalismo illuminista [cfr. Tarello 1976].

Prima delle codificazioni il diritto vigente negli Stati europei era prodotto da un insieme eterogeneo di fonti: leggi nazionali e locali, consuetudini, giurisprudenza. Era cioè caratterizzato da particolarismo e pluralismo giuridico, da una sovrapposizione e alternanza di norme che derivavano dall'elaborazione del diritto romano, dal diritto canonico, da usi consolidatisi in singole aree geografiche o all'interno di corporazioni di mestieri, da provvedimenti di poteri locali, ecc. In uno stesso territorio nazionale erano applicati differenti ordinamenti da parte di diversi organi giudiziari e tutto ciò determinava una situazione di costante incertezza del diritto.

L'organizzazione e la trasposizione del diritto nella forma dei codici rispondevano dunque a molteplici esigenze. In primo luogo all'idea diffusa di una trasformazione radicale del diritto, alla creazione di un nuovo diritto per un nuovo ordine, un diritto unico ed eguale per tutti i cittadini, organizzato in norme generali e astratte collegate tra loro in forma sistematica⁵, i cui confini coincidessero con quelli del territorio nazionale, la cui produzione fosse riservata ad un'unica fonte, il legislatore, espressione della sovranità popolare. L'idea della preminenza del potere legislativo, già presente nella Dichiarazione del 1789, si sviluppa soprattutto in Francia, dove la legge, nella forma di norme generali e astratte, diventa la fonte del diritto per eccellenza, mentre il diritto giurisprudenziale e il diritto consuetudinario assumono un ruolo sempre più marginale e subordinato.

La creazione dei codici è riconducibile alla confluenza di motivi politici (accentramento dei poteri nello Stato nazionale con la conseguente necessità di creare un solo diritto e una sola giurisdizione), motivi tecnici (esigenze di razionalizzazione, uniformazione, certezza del diritto), motivi teorici (creazione, su basi giusnaturalistiche, di un diritto derivato e legittimato dalla ragione, unico, certo, valido universalmente) [cfr. Fassò 2006, III, cap. I].

Il primo codice fu quello civile prussiano del 1794, ma il *Code Napoléon*, codice civile del 1804, fu quello con

maggior notorietà e influenza. Ad esso seguirono i codici procedurali e il codice penale: i codici francesi costituirono modelli diffusi in tutta Europa, esportati negli Stati coloniali e all'origine di nuove scuole di pensiero giuridico.

Nell'Europa continentale è nei codici che principalmente si introducono, dando loro forma sistematica e dotandoli di garanzie, i diritti di libertà delle Dichiarazioni costituzionali. I codici civili, ispirati alla valorizzazione dell'individuo come agente autonomo e soggetto razionale economico, tutelano la proprietà privata, la libertà d'impresa, di commercio, i diritti immobiliari, ma anche i diritti successori e i rapporti all'interno della famiglia. I codici penali riflettono, più o meno estesamente, quelle esigenze di revisione della funzione e di umanizzazione della pena che erano state propugnate dall'illuminismo giuridico. Al loro interno si traducono in norme principi come l'irretroattività della legge penale, la presunzione d'innocenza, la tassatività dei reati, la proporzionalità tra azione e pena. La costruzione del sistema giudiziario a gradi, dunque le possibilità di appello e revisione delle sentenze, e il principio del giudice naturale precostituito per legge contribuiscono a consolidare le garanzie a tutela dell'imputato.

2. *Il giuspositivismo: dai diritti naturali ai diritti positivi*

La codificazione contribuirà al tramonto del giusnaturalismo, che pure ne aveva fornito le premesse teoriche, e all'affermazione del positivismo giuridico, o giuspositivismo, corrente di pensiero che domina la scienza giuridica occidentale dell'Ottocento e in gran parte anche del Novecento. Con essa anche i diritti dell'uomo dovranno confrontarsi e ne saranno ampiamente influenzati.

Con giuspositivismo si intende l'insieme di quelle dottrine che sostengono l'indipendenza del diritto positivo dal diritto naturale e limitano l'oggetto della scienza giuridica al primo⁶. Il diritto positivo, locuzione che entra in uso nel Medioevo, è il diritto vigente, valido in un dato momento e luogo. Diritto naturale e diritto positivo

hanno convissuto per secoli, poiché il secondo si considerava derivato dal primo (cap. I. par. 2): le Scuole di diritto naturale ponevano in essere un'opera di progressiva riforma e/o di giustificazione del diritto positivo richiamandosi a principi superiori. Con l'affermazione del giuspositivismo il diritto vigente diventa l'unico riferimento dei giuristi, il diritto naturale viene confinato nelle speculazioni filosofiche o, più radicalmente, ne viene respinto il fondamento mettendone in luce le valenze ideologiche⁷. La teoria giuspositivista si sviluppa con riferimento ad una nozione di diritto come comando, che fonda la propria validità su criteri formali, negando la necessità di criteri di contenuto delle norme, e disinteressandosi al loro possibile fondamento: al diritto naturale, alla morale, alla giustizia, ecc.⁸.

Già nella prima metà dell'Ottocento il giuspositivismo si afferma, se pur con percorsi e forme differenziate, in tutta Europa⁹. In questo quadro – e in contemporanea al processo di positivizzazione – ai diritti viene negato il carattere di diritti naturali. Cioè quel carattere che li assumeva come precedenti al diritto statuito e metro di giudizio della legittimità del governo. I diritti diventano dunque «positivi» non solo nel senso che sono previsti in norme giuridiche vigenti, ma anche nel senso che queste stesse norme ne costituiscono il fondamento. In questa prospettiva i diritti sono assunti come validi in quanto posti dall'ordinamento giuridico dello Stato e dunque solo all'interno dei suoi confini e per le persone soggette a quell'ordinamento.

Dal punto di vista della definizione del diritto, il positivismo giuridico ha le proprie origini nella teoria di Hobbes secondo il quale diritto è quello emanato dal sovrano. Il vero fondatore del giuspositivismo come approccio al diritto è però un altro inglese, Jeremy Bentham (1770-1832), la cui vasta produzione raccoglie l'influenza della tradizione utilitaristica inglese e dell'illuminismo francese dando origine a molte correnti di pensiero contemporanee¹⁰. Secondo una sua nota affermazione, qualunque cosa può essere diritto purché ne abbia la forma, anche le *Metamorfosi* di Ovidio [Bentham 1998, 444]. Il diritto non ha un contenuto necessario; ciò che lo defi-

nisce come tale è l'essere una dichiarazione di volontà del sovrano (o del legislatore) supportata dalla possibilità di applicare la sanzione. Ciò non significa che per Bentham non esista un diritto migliore di altri, ed è quello ispirato ai principi della morale utilitarista, cioè in ultima analisi al principio della «maggior felicità per il maggior numero»¹¹.

I diritti naturali sono per Bentham enormi sciocchezze: «non sense upon stilts» [Bentham 2002]. L'idea di diritti naturali deriva da una confusione tra prescrizione e descrizione, che presenta come diritto esistente per natura un diritto che si ritiene dovrebbe essere garantito [cfr. Hart 1982, cap. IV]. La critica costante e radicale condotta da Bentham alla nozione di «naturale», come termine fittizio che indica in realtà solo ciò che è consueto, accettato, o semplicemente preferito, si estende anche ai diritti dell'uomo, anzi probabilmente prende l'avvio da questi. Poco tempo dopo la Rivoluzione francese egli scrive uno dei suoi testi più noti, *L'esame critico della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, che consiste in un'analisi feroce delle disposizioni della Dichiarazione del 1789, incentrata sull'uso improprio e ideologico del linguaggio¹².

Al di là dell'insensatezza concettuale dell'idea di diritti naturali e delle incongruenze della Dichiarazione dei diritti, ciò che è incompatibile con la visione di Bentham sono i diritti intesi come modello ma soprattutto come limite dell'azione del governo e del legislatore. In altri termini i diritti intesi come diritti naturali, innati, come prerogative indisponibili dell'individuo. I diritti non sono esclusi dalla teoria giuridica e dal diritto vigente – Bentham anzi è stato riconosciuto come il primo ad aver elaborato una sofisticata analisi della nozione di diritto in senso soggettivo¹³ – ma esistono solo in quanto attribuiti all'individuo dalle norme giuridiche: possono essere dunque solo *legal rights*. Inoltre nel quadro utilitarista il fondamento dei diritti non è la protezione di libertà e beni del singolo, ma il perseguimento della «maggior felicità per il maggior numero»; ciò implica che i diritti individuali non possono essere opposti all'interesse generale e che spetta in ultima analisi al legislatore decidere della loro opportunità¹⁴. In nome della

felicità individuale e collettiva Bentham difende a più riprese nella sua opera anche interessi che oggi andrebbero sotto il titolo di diritti [cfr. Facchi 2006].

John Austin (1790-1859), allievo di Bentham e principale esponente della Jurisprudence, precisa che

Ogni diritto giuridico è creato da una legge positiva e corrisponde ad un dovere relativo imposto da questa stessa legge che ricade su una o più persone diverse da quelle alle quali spetta il diritto. Per ogni diritto giuridico si danno quindi tre soggetti: il governo sovrano, monocratico o collegiale, che pone la legge positiva e tramite quest'ultima conferisce il diritto e impone il relativo dovere; la persona o le persone cui il diritto è conferito; la persona o le persone cui viene imposto il dovere [Austin 1995, 308-309].

Per Austin esistono anche diritti *religiosi* e diritti *morali*, come quelli che un governo sovrano ha nei confronti dei propri sudditi [*ibidem*, 308-313].

Se nell'ambito della Jurisprudence britannica si ritrovano le prime formulazioni della teoria giuspositivista e della corrispondente visione dei diritti, sul piano della dottrina giuridica è soprattutto nell'area tedesca che si costruisce la nozione di diritto soggettivo inserendola nel sistema giuridico vigente.

Nella Germania dell'Ottocento si sviluppano scuole giuridiche che, richiamandosi al diritto romano, formulano i concetti, le strutture, le categorie portanti degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, nozioni alle quali si fa riferimento ancora oggi.

Benché positivizzati, i diritti dell'uomo conservavano il loro retaggio giusnaturalistico e con esso la valenza di nozioni normative incentrate sulla persona, sulle sue libertà. L'idea in sé di diritti umani ha rapporti difficili con la scienza giuridica dell'Ottocento e del primo Novecento, che non ammette fondazioni esterne allo Stato e all'ordinamento giuridico.

Nell'operazione di costruzione del concetto, e dell'istituzione, di Stato, la scienza giuridica ha trovato sul suo cammino l'ostacolo di una categoria, il diritto soggettivo, la quale (...) finiva per risultare pre-giuridica o addirittura antiggiuridica (...)

Come situazione normativa che segna o garantisce libertà e immunità, mal si concilia con una concezione del diritto (oggettivo) per la quale questo è eminentemente statuizione di obblighi, potere di supremazia, forza e coazione [La Torre 1996, 3-4].

Il diritto soggettivo si pone in contrasto «rispetto alla pretesa dello Stato di costituire l'unica fonte di produzione del diritto, e di conseguenza, anche l'unica forma compiuta di soggettività giuridica» [*ibidem*, 48]¹⁵.

I diritti, se giuridicamente intesi, devono dunque rientrare in un nuovo quadro: la dottrina tedesca del diritto pubblico elabora l'idea di diritto soggettivo come derivante da una limitazione che lo Stato pone alla propria sovranità. Non più dunque concepito come un limite preesistente al potere dello Stato, ma come un prodotto del potere dello Stato che si autolimita attraverso il diritto che dispone i diritti fondamentali¹⁶.

Nella scienza giuridica ottocentesca si precisa anche la distinzione tra diritto soggettivo privato e pubblico. Il diritto soggettivo per eccellenza, su cui si edificano i rapporti giuridici, diventa quello che si esercita tra privati, e si tratta di un diritto disponibile fondato sulla legislazione. I diritti naturali dell'uomo sono diritti pubblici soggettivi, cioè diritti, generalmente indisponibili, che si esercitano nei confronti dello Stato, ma che esistono in quanto previsti nel diritto dello Stato, anche se solo a livello costituzionale.

Pur all'interno di un dibattito in cui non mancano posizioni di ispirazione giusnaturalistica e kantiana [cfr. Gozzi, in Belvisi e Cavina 2002, 463-493] prende forma un'idea di diritto soggettivo che ne annulla le potenzialità di autonomia rispetto al diritto oggettivo. Ciò è visibile in diverse definizioni: già Savigny (1779-1861), fondatore della Scuola storica del diritto, lo intende come potere d'agire attribuito all'individuo; Jhering (1818-1892), con una definizione che avrà grandi sviluppi, come interesse giuridicamente protetto¹⁷. Il depotenziamento del diritto soggettivo arriva al culmine nella definizione del grande teorico del diritto austriaco Hans Kelsen (1881-1973), che ne nega del tutto l'autonomia: «Il diritto soggettivo non è, in breve, che il diritto oggettivo» [Kelsen 1963, 81]¹⁸.

I diritti dell'uomo si allontanano dunque progressivamente dalle premesse giusnaturalistiche e vengono inglobati nel sistema del diritto positivo; in ultima analisi sono considerati solo come il corrispettivo dei doveri, degli obblighi giuridici necessari per dar loro attuazione, siano essi dello Stato o dei privati. Questi ultimi sono il vero concetto significativo, i mattoni su cui si costruisce una visione del diritto come ordinamento giuridico coattivo. Anche i diritti fondamentali di libertà, la cui previsione si precisa in forme differenziate nei testi costituzionali ottocenteschi, sono considerati dal punto di vista delle norme che limitano il potere statale.

I diritti dell'uomo, dunque, sorgono nell'ambito del giusnaturalismo, ma si affermano istituzionalmente attraverso il giuspositivismo, negando così in qualche modo la loro origine e segnando la rottura della dipendenza del diritto positivo dal diritto naturale. Si apre una seconda fase nella storia dei diritti, una fase in cui «l'affermazione dei diritti dell'uomo acquista in concretezza ma perde in universalità. I diritti sono d'ora innanzi protetti, cioè sono veri e propri diritti positivi, ma valgono solo nell'ambito dello Stato che li garantisce» [Bobbio 1997, 23]. Da diritti naturali diventano diritti positivi, da diritti dell'uomo diventano diritti del cittadino, da diritti universali diventano diritti nazionali.

3. Diritti del cittadino e cittadini particolari: l'esclusione dal suffragio

Diritti civili e politici si precisano nell'Ottocento come prerogative del cittadino, definiti e attuati attraverso l'ordinamento giuridico e le istituzioni nazionali. Si inizia a delineare una nozione di cittadinanza come frontiera di esclusione: solo le persone che hanno determinati requisiti sono titolari di un complesso di diritti, e corrispondenti doveri, nei confronti dello Stato sovrano. Anche all'interno del popolo nazionale vi sono categorie sociali escluse o limitate nell'accesso ai diritti. Alle proclamazioni costituzionali di eguaglianza e libertà di tutti i cittadini corrispondono

ordinamenti giuridici costruiti sulla distinzione di posizioni individuali.

I diritti politici in particolare sono diritti per eccellenza del cittadino, di colui che partecipa alla comunità politica. Tuttavia fino alla seconda metà dell'Ottocento e in alcuni casi ai primi decenni del Novecento, non tutti coloro che, capaci di intendere e volere, avevano la nazionalità di uno Stato, avevano anche il diritto di eleggere i propri rappresentanti e di essere eletti. Esso infatti spettava solo ai cittadini maschi e benestanti; ne erano escluse la maggioranza della popolazione maschile e la totalità di quella femminile. Il reddito rappresentava il criterio più immediato e visibile di identificazione del confine tra chi era cittadino a pieno titolo e chi no, ma il suo fondamento richiedeva giustificazioni più elaborate.

Le richieste di estensione del suffragio e il dibattito sui requisiti necessari per esercitarlo erano già sviluppati nel Seicento inglese: anche le posizioni più progressiste escludevano comunque «i servi e i mendicanti»¹⁹, che non potevano essere considerati uomini liberi. La connessione tra capacità di voto, dunque di partecipare al governo, e status di uomini liberi costituiva il cardine teorico del sistema. L'essere uomo libero corrispondeva all'esercizio di determinate attività e, nella gran maggioranza dei casi, ad un determinato status economico.

I rivolgimenti di fine Settecento non cambiano molto la situazione. Anche in Francia, benché l'art. 6 della Dichiarazione del 1789 prevedesse che «tutti i cittadini hanno il diritto di concorrere personalmente o per mezzo di loro rappresentanti alla formazione della volontà generale» e quella del 1793 istituì il suffragio universale, subito dopo il periodo rivoluzionario si consolidò la distinzione tra cittadini attivi, cioè quelli che pagavano le imposte superiori ad un determinato valore, e cittadini passivi. Il diritto di voto, così come altre funzioni pubbliche, spettava solo ai primi.

Avevano diritti di partecipazione alla determinazione della legge che regola la nazione solo i possidenti. In quanto uomini liberi e generalmente dotati di un certo grado di istruzione si pensava che potessero esercitare il loro giudizio serenamente e con la necessaria competenza,

senza subire l'influenza dei loro padroni. Inoltre solo chi partecipava attivamente, cioè economicamente, alla vita della nazione si supponeva interessato al contenuto delle leggi e dunque in diritto di partecipare alla loro formulazione. Nel processo di costruzione dello Stato democratico «sesso, istruzione e reddito si manifestano subito come elementi costitutivi della sfera politica» [Rodotà 1997, 16]. Per tutto l'Ottocento e per parte del Novecento rimangono i criteri in base ai quali si escludono o ammettono categorie di cittadini al godimento di diritti fondamentali, in primo luogo diritti politici, ma in parte anche diritti civili.

Il cittadino borghese riceve particolari tutele anche sotto il profilo dei diritti di libertà. La tutela della proprietà privata e dei diritti ad essa connessi costituisce l'asse portante del sistema giuridico codicistico, mentre altri diritti, anche se dichiarati nei testi costituzionali, nel diritto positivo vengono dotati di minori garanzie e limitati rispetto ai soggetti o alle modalità d'esercizio. Inoltre l'accesso a determinati diritti, anche se non giuridicamente precluso, era negato a gran parte della popolazione dalle condizioni materiali e culturali in cui viveva. Il riconoscimento formale di un diritto senza la disponibilità dei mezzi per attuarlo ne esclude di fatto gran parte dei titolari. Si rientra qui nel più ampio problema dell'effettività dei diritti ancora oggi sotto molti aspetti irrisolto, ma di cui allora non vi era nemmeno la preoccupazione.

Il suffragio universale venne riconosciuto in Francia con la Costituzione del 1848: «Sono elettori, senza condizione di censo, tutti i Francesi in età di ventun anni e che godano dei loro diritti civili e politici» (art. 25). Non soltanto in seguito vi furono molte eccezioni, ma tra quei francesi non erano incluse le donne. Con «suffragio universale» si intendeva, e questo uso linguistico è significativo, il riconoscimento del diritto di voto a tutti i cittadini uomini.

Lo stesso percorso che escludeva la maggioranza della popolazione maschile, istituendo il legame tra uno status economico e culturale e l'esercizio dei diritti politici, poteva giustificare l'esclusione delle donne: in quanto dipendenti da un uomo sia per le loro proprietà, sia per la loro

libertà, e generalmente poco istruite, non era pensabile potessero partecipare alla determinazione del governo della nazione. Anche senza ricorrere alla loro inferiorità naturale – argomento che rimarrà peraltro diffuso fino a tempi recenti – è la loro condizione di fatto che ne determina la condizione giuridica. Questo paradosso è colto chiaramente da Bentham: la segregazione delle donne, scrive, è uno dei casi in cui «la tirannia trae vantaggio dalla sua stessa ingiustizia» giustificando il proprio dominio attraverso «una deficienza che, nel limite in cui è effettivamente riscontrabile, è stata prodotta proprio dall'abuso di quel potere che la deficienza stessa dovrebbe giustificare» [Bentham 1998, 377n].

Essere donna era una condizione che impediva l'accesso ai diritti politici. Generalmente ciò avveniva attraverso un'implicita esclusione dalla categoria dei cittadini; in alcuni casi era prevista in modo esplicito. A titolo d'esempio, in Italia la legge elettorale amministrativa del 17 marzo 1861 dispone che «non possono essere elettori ed eleggibili analfabeti, donne, interdetti, detenuti in espiazione di pena e falliti».

In tutta Europa l'estensione del diritto di voto a tutti i cittadini maschi avvenne progressivamente includendo fasce più ampie di persone fino a realizzarsi compiutamente dopo la prima guerra mondiale. In Gran Bretagna attraverso una serie di riforme alla fine dell'Ottocento si arrivò a un suffragio quasi universale. In Italia il diritto di voto venne allargato nel 1912 da Giolitti a tutti gli uomini sopra i trent'anni e pochi anni dopo a tutti i maggiorenni. Le donne ne rimasero escluse per molto più tempo (cap. V, par. 3).

4. *Il femminismo liberale e la rivendicazione dell'accesso ai diritti*

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento sulla scena politica dei paesi occidentali appare un nuovo soggetto: le donne. Nella località chiamata Seneca Falls negli Stati Uniti si tenne nel 1848 un incontro di donne²⁰; ne uscì una Convenzione che viene spesso considerata come l'atto

di nascita ufficiale del movimento femminista liberale, così chiamato in quanto si muove all'interno del pensiero e della cultura liberale, non opponendosi ai suoi fondamenti, ma rielaborandoli e rivendicandone l'estensione alle donne (per una sintesi storica del pensiero femminista cfr. Restaino e Cavarero [1999]).

In quella Convenzione, che fa ancora riferimento ad un impianto giusnaturalistico, tra gli inalienabili diritti di origine naturale e divina degli uomini e delle donne si sottolinea quello «di rifiutare obbedienza» e di ribellarsi «quando una lunga successione di abusi e di usurpazioni perseguendo costantemente lo stesso scopo, rivela il disegno di ridurli in balia del dispotismo assoluto». La prima parte consiste in una ricognizione degli abusi, offese ed usurpazioni attuati dall'uomo nei confronti della donna. La seconda parte consiste in una dichiarazione di eguaglianza e autonomia e in una rivendicazione di ammissione a tutti i diritti civili e politici, di parità di trattamento giuridico, di partecipazione alla discussione pubblica sui grandi temi della morale e della religione e di abilitazione al loro insegnamento²¹.

La Convenzione di Seneca Falls appartiene alla prima, lunga, fase della storia del femminismo, caratterizzata da un complesso di movimenti sociali e teorie chiamato, oltre a «femminismo liberale», «femminismo della parità» o «femminismo dell'eguaglianza». Di questa fase, che si sviluppò nell'Ottocento, soprattutto negli Stati Uniti, in Gran Bretagna e in Francia, fa parte il movimento delle *suffragettes*, così chiamate proprio perché avevano come primo obiettivo la conquista del suffragio, cioè del diritto di votare [cfr. Anthony *et al.* 1969].

Oltre ai diritti politici alle donne erano formalmente precluse anche alcune cariche e occupazioni perché considerate fisicamente, ma soprattutto psicologicamente, inadeguate. L'esercizio di fondamentali diritti civili era limitato, quando non in nome della loro differenza/inferiorità, in nome della tutela della famiglia, della stabilità coniugale, del bene dei figli, cioè di valori centrali nell'etica borghese ottocentesca. Le donne sposate erano di conseguenza quelle che subivano le maggiori limitazioni.

In Italia la situazione di dipendenza dal marito è sancita nel codice civile del 1865: la moglie non ha libertà di movimento, poiché «è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza» (art. 131); ha minori poteri riguardo ai figli: la potestà è «patria» (art. 220). L'azione di separazione per adulterio può essere avanzata dalla moglie solo quando il marito «mantenga una concubina in casa o notoriamente in altro luogo» oppure quando «il fatto costituisca ingiuria grave alla moglie» (art. 150). Anche i suoi diritti di proprietà sono fortemente limitati, in quanto non può «donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito» (art. 134). L'abolizione nel 1919 dell'autorizzazione maritale per gli atti economici della moglie rappresentò un passaggio fondamentale nella trasformazione della condizione delle donne (per una storia del diritto italiano che riguarda le donne cfr. Galoppini [1980]; in generale per i diritti europei cfr. Arnaud-Duc, in Duby e Perrot [2002, vol. IV]).

Nell'ambito della teoria politica ottocentesca è ancora dall'ambiente dei radicali inglesi che vengono le prime prese di posizione a favore della parità tra i sessi. Bentham, benché non si spinga fino a sostenere l'estensione del suffragio alle donne, elabora una serie di considerazioni sui rapporti tra i sessi e alcune proposte di riforma legislativa per migliorare lo status giuridico femminile. Egli infatti ritiene che nella valutazione dell'utilità collettiva il benessere della popolazione femminile conti quanto quello della popolazione maschile, mentre avverte che dal punto di vista individuale gli interessi delle donne e quelli degli uomini sono spesso in contrasto [cfr. Campos Boralevi 1980].

L'opera considerata la prima importante esposizione dei fondamenti del femminismo liberale²² è *The Subjection of Women* di John Stuart Mill (1806-1873), il cui scopo dichiarato è contrastare l'asservimento legale delle donne agli uomini. In questo saggio, nel quale si sviluppano vari argomenti presenti in scritti precedenti dello stesso Mill e della moglie Harriett Taylor (1807-1858), il grande teorico del liberalismo contesta la presunzione comune dell'infe-

riorità femminile, che considera mai verificata e fondata solo sulla legge del più forte²³. Secondo Mill si è chiamato naturale qualunque potere semplicemente derivato dalla consuetudine (schiavitù, monarchia assoluta, ecc.), mentre è possibile conoscere le differenze di nascita «naturali» tra i sessi solo dopo aver eliminato tutte le caratteristiche «susceptibili di essere spiegate con l'educazione o con circostanze esterne», una strada che non è mai stata percorsa [Mill e Taylor 2001, 100]²⁴.

Il diritto non deve rendere diseguale ciò che la natura ha fatto eguale, non deve cioè porsi come un ostacolo alla libertà della donna e all'eguaglianza tra i sessi.

Negli scritti di Mill come in quelli di Taylor vengono contestati gli argomenti diffusi contro l'eguaglianza giuridica tra i sessi che considerano invece un'impellente necessità sia per ragioni di giustizia e di felicità per entrambi, sia per ragioni di miglioramento dell'umanità. Essendo la famiglia la più importante scuola di sentimenti morali non può basarsi su di un privilegio di una parte, quella maschile, fondato solo sulla nascita. Anche l'interesse economico della collettività sostiene l'eguaglianza poiché l'apertura alle donne del mercato del lavoro aumenterebbe le facoltà mentali disponibili per la società, dando origine ad una concorrenza che sarebbe di stimolo anche per gli uomini.

Ma all'interesse della collettività si aggiunge «l'eguale diritto morale di ogni essere umano di scegliere la propria occupazione (senza danno per gli altri)» [*ibidem*, 138], che esige l'accesso delle donne a tutti i lavori e cariche pubbliche, la loro liberazione dal confinamento familiare²⁵, l'eliminazione di interdizioni «volte semplicemente a mantenere la loro subordinazione nella vita domestica». Interdizioni prima giustificate in nome «dell'interesse della società, con il quale si intendeva l'interesse degli uomini», mentre «al giorno d'oggi il potere adotta un linguaggio più sfumato e quando opprime qualcuno finge sempre di farlo per il suo bene» [*ibidem*, 136-137].

Il presupposto indispensabile per la fine dell'assoggettamento delle donne è la loro partecipazione all'elaborazione delle norme che le riguardano, e, dunque, il riconoscimento della possibilità di essere elette e di eleggere

i propri rappresentanti. Secondo un principio generale: «avere voce nella scelta di quelli da cui si sarà governati è un mezzo di autodifesa dovuto a chiunque, anche a chi dovesse restare per sempre escluso dalle funzioni di governo»²⁶ [*ibidem*, 139].

Anche nell'ambito del matrimonio – «unica forma di schiavitù riconosciuta dalla legge» – le relazioni tra uomo e donna devono seguire delle regole determinate da entrambi e non solo dalla parte più forte. Nel precedente scritto *Sul matrimonio e il divorzio* Mill avverte che non è sufficiente l'eguaglianza giuridica: «l'eguaglianza nominale non è un'eguaglianza reale. Il più forte è sempre in grado di sollevarsi completamente, o in grande misura, da ogni obbligo che gli appaia oneroso, mentre il più debole non può farlo» [*ibidem*, 23-24].

Taylor e Mill non si limitano a richiedere l'eguaglianza nei diritti, ma ripetutamente invocano per le donne l'indipendenza economica, che significa anche accesso all'istruzione, alla scelta libera di maternità, al divorzio, all'educazione, e si traduce nella possibilità di non dipendere materialmente e culturalmente dagli uomini. Nei loro scritti emerge l'idea che la liberazione delle donne richieda una trasformazione profonda della società e riforme dirette a garantire quella che, in termini attuali, sarebbe chiamata un'eguaglianza di opportunità.

Viene così ampiamente anticipato il cambiamento giuridico: prima dell'eguaglianza delle opportunità le donne hanno dovuto conquistare l'eguaglianza giuridica e ciò ha richiesto più di un secolo. Teorie e movimenti femministi fino alla seconda metà del Novecento hanno avuto come principale obiettivo l'eliminazione di ogni forma di trattamento giuridicamente discriminatorio, cioè diverso, che voleva dire peggiore, e la conquista di quell'eguaglianza nei diritti che gli uomini avevano da tempo raggiunto. Eguaglianza che significava non soltanto diritto di voto, ma anche di essere elette, di accedere a tutte le professioni e alle cariche pubbliche, di gestire liberamente la propria vita e i propri beni, significava parità di trattamento nella famiglia e nel lavoro, ricevere a parità di lavoro eguale retribuzione, avere eguali responsabilità penali, ecc.

Nel femminismo dell'eguaglianza le donne chiedevano di aver accesso agli stessi diritti e di essere trattate come gli uomini; nello stesso tempo respingevano come fattori di oppressione i ruoli e i caratteri che tradizionalmente erano stati loro attribuiti. Chiedevano di cancellare le differenze tra i sessi, che così come si erano consolidate nella cultura e nella vita occidentale si traducevano in discriminazione, subordinazione ed esclusione.

5. *La critica all'idea di diritti: da Marx alla sociologia*

Per tutto l'Ottocento l'idea di diritti soggettivi e l'ideologia dei diritti dell'uomo viene da più parti messa in discussione. Sul fronte della teoria politica la critica più radicale proviene da Karl Marx (1818-1883). Infatti mentre nell'ambito del socialismo riformista e dei movimenti operai non si nega l'idea di diritti dell'uomo, anzi se ne richiede l'estensione a tutti gli uomini (cap. IV, par. 1), secondo Marx i diritti dell'uomo non potranno mai essere strumenti di una profonda trasformazione della società e di una reale eguaglianza tra tutte le sue componenti²⁷. I diritti sono un'idea prodotta all'interno del pensiero liberale e, in ultima analisi, funzionale all'egemonia sociale, economica e politica del capitalismo:

La sfera della circolazione, ossia dello scambio di merci, entro i cui limiti si muovono la compra e la vendita della forza lavoro, era in realtà un vero e proprio Eden dei diritti innati dell'uomo. Quivi regnano soltanto Libertà, Eguaglianza, Proprietà e Bentham [Marx 1967, lib. I, 208-209].

In uno scritto del 1844, *La questione ebraica*, Marx affronta i diritti dell'uomo non solo dal punto di vista della loro realizzazione giuridica contingente, ma da quello del loro fondamento come categoria politica e giuridica²⁸. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 viene qui presentata come l'espressione di una concezione individualistica e particolaristica della società.

Secondo Marx l'idea, di matrice giusnaturalista, che «lo scopo di ogni associazione politica sia la conservazione

dei diritti naturali e imprescrittibili dell'Uomo» esprime la subordinazione della comunità politica, cioè dei diritti di partecipazione politica del cittadino, ai diritti dell'uomo, cioè ai diritti di libertà: «come vero e proprio uomo non viene preso l'uomo *citoyen*, bensì l'uomo *bourgeois*» [Marx 1975, 380]. Egli dunque denuncia l'apparente universalismo dei diritti umani, utilizzando un argomento che verrà poi variamente riformulato: non è l'Uomo universale il titolare dei diritti, ma un tipo specifico d'uomo, il cittadino borghese e proprietario. I diritti dichiarati dalla Rivoluzione francese sono diritti di quell'uomo e sono riconducibili a fondamenti storici e a interessi materiali ben precisi, quelli del capitalismo economico in formazione.

La visione dei diritti dell'uomo come espressione del particolarismo borghese si unisce ad un'altra critica, quella rivolta ai loro fondamenti individualisti. Facendo riferimento alle Dichiarazioni americane e francesi Marx scrive che i diritti dell'uomo «non sono altro che i diritti *del membro della società borghese*, cioè dell'uomo egoista, dell'uomo separato dall'uomo e dalla comunità» [*ibidem*, 377]. Ciò appare evidente nella definizione di libertà come possibilità di fare ciò che non nuoce ad altri; si tratta infatti di una definizione che non si richiama al legame tra gli uomini, ma al loro reciproco isolamento. Si tratta, scrive con una nota espressione, di una «libertà dell'uomo in quanto monade isolata e chiusa in se stessa» [*ibidem*]. Di questa concezione individualista della libertà, che trova negli altri il proprio limite invece che la propria realizzazione, il diritto alla proprietà privata è la massima espressione. Quest'ultimo è infatti per Marx il «diritto a godere arbitrariamente senza riguardo agli altri uomini (...) il diritto dell'egoismo» [*ibidem*, 378]²⁹. I diritti dell'uomo non sono dunque espressione dell'uomo che si realizza nella comunione della vita sociale, ma piuttosto di interessi di classe che lo contrappongono ad altri uomini.

La critica ai diritti dell'uomo verrà poi riformulata in varie forme e a più riprese nella tradizione marxista, che li ha tendenzialmente considerati come sovrastrutture del tutto dipendenti dalle strutture economiche e dunque va-

riabili con esse: meri riflessi e strumenti degli interessi capitalistici e borghesi e dell'individualismo proprietario.

Simili presupposti fondano la visione socialista della condizione femminile. Mentre il femminismo liberale rivendicava la parità nei diritti e si contrapponeva al potere maschile, il femminismo socialista vedeva un nemico comune di donne e uomini proletari: la proprietà privata e il sistema capitalista. Nella prospettiva marxista la contrapposizione al potere maschile è eliminata: donne e uomini sono alleati e il movimento femminista per i diritti viene considerato come parte costitutiva della società borghese. La conquista dei diritti è inutile: devono cambiare le condizioni materiali, le strutture della società, perché anche la condizione delle donne cambi veramente.

Le basi della visione socialista dei rapporti tra i sessi si trovano in un altro notissimo testo, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* di Friedrich Engels [1993]. La condizione della donna viene qui analizzata in una prospettiva evolucionista partendo dalle fasi originarie della società, quelle che corrispondevano ad attività di caccia e raccolta, nelle quali Engels assumeva non ci fosse subordinazione della donna, né esistesse la famiglia monogamica. Il processo di sedentarizzazione e il costituirsi di società guerriera ha portato in primo piano l'uomo e la proprietà privata, fino all'apparire della famiglia patriarcale monogamica fondata sui rapporti di proprietà del maschio capofamiglia verso i beni, le donne, i figli e sulla necessità di assicurare la trasmissione ereditaria a figli legittimi. La fine della proprietà privata e l'istituzione dell'allevamento comune dei figli segnerebbe dunque la fine della schiavitù femminile, eliminerebbe il problema delle gravidanze illegittime, farebbe sì che i matrimoni fossero fondati sugli affetti e non sull'interesse materiale. Alla rivoluzione socialista è dunque affidato il compito di liberare, insieme al proletariato, tutte le donne dalla schiavitù maschile.

Nell'Ottocento non è solo da Marx che provengono attacchi alle teorie dei diritti dell'uomo. La diffidenza verso i diritti e l'accento sui doveri che caratterizzano il positivismo giuridico si ritrovano alle origini della sociologia, nel positivismo filosofico. Ciò d'altronde non sorprende, tenuto conto che l'approccio positivista si definiva in op-

posizione a tutte le nozioni che assumessero connotazioni «metafisiche», tra le quali emergeva quella di diritto naturale e dunque di diritti naturali. Auguste Comte (1798-1857) scrive nel *Corso di filosofia positiva*:

In generale questa nuova filosofia tenderà sempre più a sostituire spontaneamente, nei dibattiti attuali, la discussione vaga e tempestosa dei *diritti* con la determinazione calma e rigorosa dei *doveri* rispettivi. Il primo punto di vista, critico e metafisico, ha prevalso sinché la reazione negativa contro l'antica economia non è stata sufficientemente portata a termine. Il secondo, al contrario, essenzialmente organico e positivo, deve a sua volta presiedere al rinnovamento finale: infatti l'uno è, in fondo, puramente individuale, l'altro direttamente sociale [Comte 1967, 504-505 (tomo VI, lez. LVII)].

La nozione di diritti soggettivi contenuta nella *Sociologia del diritto* di Max Weber (1864-1920) riprende i tratti caratteristici della visione giuspositivista³⁰. Egli definisce i diritti sociologicamente come «probabilità che determinate aspettative non vadano deluse a favore degli individui ai quali il “diritto oggettivo” conferisce “diritti soggettivi”» [Weber 1981, 17-18]. Queste aspettative possono assumere la forma di «pretese» «che altri facciano o tralascino una determinata cosa», o di «autorizzazioni» che si possa «fare o tralasciare qualcosa a piacimento senza interferenze da parte di terzi» [*ibidem*, 18]. Dal punto di vista della storia del diritto i diritti soggettivi sorgono in diretta connessione con il processo di specializzazione del diritto moderno che si costituisce attraverso un livello di legislazione (formulazione di principi giuridici-norme) e uno di giurisdizione (applicazione di queste norme). Dal punto di vista della storia delle idee Weber riprende l'ipotesi di Jellinek secondo la quale l'origine dei diritti universali dell'uomo va cercata nel protestantesimo, ma ne rintraccia gli sviluppi, sulla scia di Marx, nel consolidamento delle relazioni capitaliste [cfr. Marra 2006].

Nell'ambito della scienza giuridica le cosiddette teorie antiformalistiche – cioè quelle che si opponevano alla visione statalista del diritto sottolineando l'origine delle norme giuridiche nella società – non si interessavano ai

diritti, nozione derivante da astrazioni filosofiche e giuridiche, e quando lo facevano li consideravano come prodotti della storia e della consuetudine sociale, dunque non immutabili, ma variabili con esse³¹. Ancora alla metà del Novecento gli esponenti della Scuola del Realismo scandinavo vedono l'idea di diritto soggettivo e i singoli diritti che ne derivano come nozioni senza referente empirico, puro condensato di teorie e bisogni [cfr. Ross 1965; Olivecrona 1967].

Nel complesso l'approccio sociologico al diritto fino a tempi recenti ha trattato solo marginalmente dei diritti [cfr. Treves 1989; Ferrari 1991]. Da un lato l'accento sui doveri, più che sui diritti, dall'altro la maggior attrazione verso il diritto oggettivo in quanto riflesso della società, rispetto al diritto soggettivo, riflesso dell'individuo, spiegano, secondo Renato Treves, «lo scarso interesse per il problema dei diritti umani dimostrato per lungo tempo dai sociologi e dai sociologi del diritto» [1989, 8]³².

6. *Libertà, leggi e diritti*

Mentre nell'ambito della scienza giuridica giuspositivista, così come di altre correnti di pensiero ottocentesche, i diritti umani vengono depotenziati, nell'ambito della filosofia politica e della nascente teoria costituzionale si discutono idee, principi e valori che costituiscono il fondamento dei diritti civili e dei diritti politici. Di fronte al consolidarsi dello Stato nazione, all'accentramento e all'incremento delle funzioni esercitate dai suoi organi, il pensiero liberale si preoccupa di tutelare l'individuo – non più inglobato e protetto in reti di rapporti comunitari, ma solo e dunque più vulnerabile – nei confronti del potere dello Stato. Nell'Ottocento si costruisce anche la teoria della democrazia attraverso l'analisi delle diverse forme paradigmatiche di partecipazione popolare, dei meccanismi elettorali e amministrativi per il loro esercizio, nonché dei rapporti tra poteri dello Stato.

Il cardine dell'elaborazione ottocentesca sui diritti è l'idea di libertà. La libertà è un'idea che ha avuto nella storia – anche solo guardando alla storia occidentale – signi-

ficati molto diversi, alcuni dei quali hanno fornito il contenuto a rivendicazioni morali, sociali e giuridiche, e sono state espresse nel lessico dei diritti³³. Esistono molti modi di intendere la libertà: ne ricorderò qui alcuni più direttamente legati al percorso di positivizzazione dei diritti³⁴.

Una fondamentale formulazione moderna dell'idea di libertà è quella che la associa all'osservanza delle leggi. Questa concezione vede nell'ordinamento giuridico, e prima ancora nell'ordine imposto dal potere sovrano, la realizzazione della libertà. Una libertà dunque che si affianca e in parte si realizza attraverso un altro diritto naturale dell'uomo: quello alla sicurezza. Nelle teorie contrattualiste seicentesche la funzione dello Stato e delle sue leggi è in primo luogo quella di tutelare le libertà e le proprietà dei cittadini non tanto nei confronti dei poteri pubblici, ma soprattutto nei confronti dei privati, degli altri cittadini. La nozione di libertà come rispetto delle leggi è chiaramente formulata da Locke, per il quale la società civile non può che essere una garanzia e un potenziamento delle libertà naturali:

la libertà naturale dell'uomo consiste nell'essere libero da ogni superiore potere sulla terra (...) La libertà degli uomini sotto un governo consiste nell'averne una stabile norma in conformità alla quale vivere, comune a tutti i membri di quella società e fatta dal potere legislativo ivi istituito; è la libertà di seguire la mia volontà in tutti i casi in cui una norma non dà prescrizioni, senza mai essere soggetto all'incostante, incerta, imponderabile, arbitraria volontà di un altro uomo [Locke 1998, 91 (IV, 22)].

La formulazione più nota di quest'idea di libertà è quella di Montesquieu, per il quale

la libertà politica non consiste affatto nel fare ciò che si vuole (...) la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono: se un cittadino potesse fare ciò che esse proibiscono, non vi sarebbe più libertà, perché tutti gli altri avrebbero del pari questo potere [Montesquieu 1999, 307 (XI, 2)];

per il cittadino «essa consiste nella sicurezza», «dunque dalla bontà delle leggi penali dipende principalmente la libertà del cittadino» [*ibidem*, 341-342 (XII, 2)].

La stessa prospettiva è ripresa da Rousseau che vi aggiunge come componente essenziale la partecipazione alla formulazione delle leggi: libertà nello stato civile non è altro che «l'obbedienza a una legge che l'uomo si è prescritta» [Rousseau 1994 (I, 8)]. L'idea di libertà viene così ad assumere anche una valenza politica. La libertà come osservanza delle leggi a cui si è contribuito trova la propria realizzazione nell'ordinamento democratico, come conciliazione tra la volontà individuale e il potere statale. Questa prospettiva si ritrova anche nella definizione kantiana di libertà come «facoltà di non obbedire ad altre leggi se non a quella a cui avrei potuto dare il mio assenso» [Kant 1999, 170]³⁵.

L'idea di libertà come osservanza delle leggi si contrappone a quella di libertà come assenza di leggi. Quest'ultima si ricollega ad una situazione originaria di libertà, e dunque di limiti normativi all'azione umana, che caratterizza lo stato di natura. La libertà in questa prospettiva viene intesa come uno spazio vuoto, esente da regolazione, e dunque da impedimenti. Questa è la concezione espressa da Hobbes, per il quale la libertà è una possibilità di azione illimitata al di fuori delle leggi, un diritto naturale necessariamente limitato dal sovrano e dal diritto. Come si è ricordato sopra, egli identifica il diritto soggettivo e quello oggettivo con concetti differenti e potenzialmente in contrasto. In un altro passo della sua opera più nota, il *Leviatano*, Hobbes definisce la libertà come «assenza di opposizione», «la libertà di un suddito» coincide con lo spazio di silenzio della legge; essa «risiede soltanto in quelle cose che il sovrano ha trascurato nel disciplinarne le azioni» [Hobbes 2001, 175 e 177 (I, 14 e II, 21)].

La stessa prospettiva si ritrova nell'opera di Bentham, secondo il quale ciò che i giusnaturalisti e le Dichiarazioni dei diritti chiamano libertà è in realtà la sicurezza, e la sicurezza non può essere garantita che a spese della vera libertà. Come quella di diritti naturali, anche l'idea di libertà che si risolve nella legge è per Bentham un non-senso. La libertà non può essere realizzata attraverso il diritto: ogni legge si traduce in una limitazione della libertà individuale, dunque dal punto di vista del calcolo utilitarista una legge è sempre un male in sé che deve essere

giustificato in quanto produca un bene maggiore. Pur non derivando da un diritto, la libertà è comunque uno dei beni umani che più merita attenzione da parte del legislatore, in quanto costituisce un'importante fonte di piacere. Nella scia benthamiana si può collocare anche la definizione di Austin che, pur conservando l'idea della contrapposizione originaria tra diritto positivo e libertà, definisce quest'ultima in negativo: «la libertà civile o politica è la libertà da vincoli giuridici che viene lasciata o concessa da un governo sovrano a ciascuno dei suoi sudditi» [Austin 1995, 298].

Queste due concezioni contribuiscono alla formazione di quella libertà cosiddetta «liberale», che fiorirà a partire dalla fine del Settecento. La libertà liberale si preoccupa soprattutto di tutelare l'individuo nei confronti dello Stato e si traduce nella concettualizzazione di una sfera privata dell'individuo all'interno della quale nessun potere può intervenire illegittimamente [cfr. Barberis 1999]. Questa concezione di libertà corrisponde alla diffusa preoccupazione ottocentesca di arginare il potere degli Stati moderni, ma, al contempo, è garantita e realizzata attraverso le leggi e l'apparato coercitivo dello Stato stesso. Di questa libertà lo Stato è dunque la principale minaccia e colui che la deve garantire. Intorno a questa concezione si costruiscono i diritti civili, come possibilità delle persone di esprimere opinioni e porre in essere comportamenti senza ingerenze e controlli da parte del potere pubblico. Il processo di positivizzazione dei diritti si realizza dunque anche attraverso la predisposizione di norme che riprendono e amplificano la visione soggiacente ai diritti dell'*habeas corpus*.

L'affermazione di questa visione della libertà si inserisce nell'idealizzazione dello Stato «guardiano notturno», cioè di un potere pubblico concentrato sul mantenimento dell'ordine e dei rapporti sociali esistenti, che si astiene da interventi nella sfera economica e nella sfera privata delle persone. Uno Stato il cui monopolio della forza è finalizzato, direttamente o indirettamente, a garantire la sicurezza, le libertà e le proprietà dei cittadini. La visione evolutivista ottocentesca incentrata sull'idea di progresso, cioè quella che vede l'umanità dirigersi tendenzialmente verso il miglioramento della propria condizione, trova nel-

l'idea di libera concorrenza, che dal piano economico si diffonde negli altri ambiti di attività umane, uno dei suoi principali motori [cfr. Bobbio 1995, 71-74].

In area germanica uno dei primi e più significativi esponenti di questa visione è Wilhelm von Humboldt (1767-1835), il quale cerca di costruire una teoria politica, di cui fanno parte rilevante i diritti dell'uomo, nella quale confluiscono la tradizione di ogni singolo popolo e i principi universali della ragione di derivazione illuminista e giusnaturalista. Nel *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, scritto nel 1792, una prospettiva strettamente individualista lo porta a sostenere la necessità di un ruolo solo negativo dello Stato che si esprime nel principio: «Lo Stato si astenga da ogni cura per il benessere positivo dei cittadini e non vada un passo oltre rispetto a ciò che è necessario per la loro sicurezza reciproca e per quella dai nemici esterni; per nessuno scopo finale limiti la loro libertà» [von Humboldt 2004, 74]³⁶. Ciò che von Humboldt sembra prioritariamente temere nei diversi potenziali ambiti d'intervento pubblico è «l'uniformità del risultato», cioè il soffocamento delle individualità a cui porterebbe una regolamentazione delle attività dei cittadini dal momento che essa «si rivolge necessariamente ad una massa eterogenea» [*ibidem*, 66].

La definizione del concetto di libertà «liberale» si attribuisce a Benjamin Constant (1767-1830). Nel 1819 in una famosa conferenza dal titolo *La libertà degli antichi comparata a quella dei moderni*³⁷, egli distingue una libertà intesa come partecipazione dell'individuo alla sfera pubblica, da una libertà come possibilità d'azione individuale in una sfera privata. La prima era tipica delle antiche società greche dove caratterizzava l'uomo libero, il cittadino della *polis*, rispetto allo schiavo o al barbaro, e si traduceva «nell'esercizio in maniera collettiva ma diretta di molteplici funzioni della sovranità»: una libertà collettiva a cui corrispondeva però «l'assoggettamento completo dell'individuo all'autorità dell'insieme» [Constant 2001, 5-6]. Il secondo tipo di libertà è invece quello tipico delle società moderne a partire dalla Rivoluzione francese e costituisce l'altra faccia del processo di monopolizzazione del potere e del diritto da parte dello Stato. L'enunciazione di ciò che

si intendeva per libertà ai suoi tempi è in linea di massima ciò che si intende ancora oggi:

il diritto di essere sottoposti soltanto alla legge, il diritto di non essere arrestati, né detenuti, condannati a morte, maltrattati in alcuna maniera per effetto della volontà arbitraria di uno o più individui. È il diritto di esprimere il proprio pensiero, scegliere la propria occupazione ed esercitarla; di disporre dei propri beni e di abusarne addirittura; di andare e venire, senza bisogno di ottenere il permesso e senza dover render conto dei propri motivi o dei propri affari. È per ciascuno, il diritto di riunirsi con altri individui sia per discutere riguardo ai propri interessi, sia per professare il culto che costui e i suoi compagni preferiscono, sia semplicemente per occupare il proprio tempo nella maniera più conforme alle personali inclinazioni e fantasie. Infine, è il diritto che ciascuno ha d'influire sull'amministrazione del governo, sia nominando per intero o in parte certi funzionari, sia attraverso rappresentanze, petizioni, domande, che l'autorità è più o meno tenuta a prendere in considerazione [*ibidem*, 5].

Il più importante teorico della libertà «liberale», le cui posizioni costituiscono ancora oggi un punto di riferimento ineludibile nel dibattito sulle politiche pubbliche, è però John Stuart Mill, esponente di primo piano in ambito politico del radicalismo inglese, in ambito filosofico del liberalismo e dell'utilitarismo. Il suo notissimo saggio *On Liberty* si fonda da un lato sulla necessità di contrastare la tendenza all'espansione del potere della società sull'individuo attraverso le opinioni e la legislazione, dall'altro sull'assunto per cui il fatto che il governo esprima la volontà e gli interessi del popolo non costituisce una garanzia per tutti. Mill avverte dunque i rischi di una «tirannia della maggioranza», che in termini più ampi implica la distinzione tra democrazia e libertà. Il potere di coercizione della società, sia esso esercitato con l'uso della forza fisica attraverso l'apparato dello Stato, sia esso derivante dalla coercizione morale dell'opinione pubblica, deve perciò avere dei limiti nella sfera individuale che per alcuni aspetti è estranea ad ogni competenza sociale: per Mill anche una sola persona in uno Stato con un'opinione diversa dagli altri ha diritto di esprimerla.

La libertà individuale richiede dunque tutele specifiche. Il principio che Mill pone a fondamento di queste tutele è il cosiddetto principio del danno che, anche per la chiarezza con cui è formulato, conviene citare direttamente:

l'umanità è giustificata individualmente o collettivamente a interferire nella libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su un qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare un danno ad altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente [Mill 1999, 12-13].

In questa formulazione si possono distinguere due parti: la prima pone l'esistenza o la prevenzione di un danno come sola giustificazione del potere pubblico coercitivo, la seconda specifica che il danno deve riguardare altri soggetti, non colui sul quale si interviene che rimane l'unico giudice del proprio interesse. Ciò si traduce in una concezione antipaternalista dello Stato secondo la quale «un essere umano nella pienezza delle sue facoltà» può essere costretto ad un'azione (o astensione) solo se queste incidono, procurando un danno, in una sfera altrui, dal momento che «su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo l'individuo è sovrano» [*ibidem*, 13]³⁸.

Dal principio del danno discendono le varie libertà, in primo luogo la libertà di pensiero, e le connesse libertà di parola, scrittura, associazione, ma anche quella

di modellare il piano della nostra vita secondo il nostro carattere, di agire come vogliamo, con tutte le possibili conseguenze, senza essere ostacolati dai nostri simili, purché le nostre azioni non li danneggino, anche se considerano il nostro comportamento stupido, nervoso o sbagliato [*ibidem*, 16].

Mill non ricorre in questo saggio alla nozione di diritti, anzi dichiara esplicitamente di rinunciare al vantaggio di un'argomentazione fondata sull'idea astratta di diritto soggettivo, richiamandosi unicamente alla prospettiva utilitarista come fondamento ultimo di ogni que-

stione etica. La protezione della libertà non è finalizzata solo all'interesse dell'individuo, ma anche a quello della società: è necessaria per il progresso, è il presupposto di scelte responsabili.

Il pensiero liberale si preoccupa, come si è detto, di tutelare l'individuo principalmente nei confronti del potere pubblico, ma la libertà delle persone è minacciata costantemente anche da poteri privati, cioè dalla famiglia, dalla comunità, dal datore di lavoro, ecc. Mill avverte anche questo aspetto soprattutto per quanto riguarda i minori e le donne.

Nel corso dell'Ottocento e del Novecento la riflessione sul concetto di libertà porta sempre più a cristallizzarne due nozioni diverse, che richiamano in parte la distinzione storiografica di Constant, denominate correntemente libertà negativa e libertà positiva [cfr. Berlin 2000]³⁹. La libertà negativa può intendersi come assenza di vincoli, possibilità di agire senza intromissioni, impedimenti o costrizioni esterne. Corrisponde idealmente alla libertà originaria delle persone e a una concezione individualistica della società. La sua protezione giuridica avviene principalmente attraverso divieti e limiti posti all'azione di altri, siano essi soggetti pubblici o privati, e si traduce nei diritti civili.

La libertà positiva può intendersi invece come autodeterminazione, capacità di prendere decisioni, di fare, realizzare la propria vita e comprende come componente essenziale la partecipazione democratica delle persone alla sfera pubblica. Questo tipo di libertà giuridicamente è perseguito attraverso norme che attribuiscono poteri, alla sua realizzazione contribuiscono i diritti civili, ma soprattutto è affidato ai diritti politici e ai diritti sociali.

Le due libertà, benché concettualmente distinguibili, si alimentano a vicenda. Anche considerate complessivamente le libertà garantite dai diritti civili possono esistere senza democrazia, ma di fatto senza un sistema politico fondato sulla sovranità e il controllo popolare, è difficile che si mantengano nel tempo. Viceversa una democrazia può, sulla carta, esistere senza diritti civili, ma è difficile immaginare un effettivo accesso ai diritti politici in condizioni di assenza di libertà.

La distinzione tra libertà negativa e positiva viene di frequente sovrapposta ad un'altra nota distinzione: quella tra «libertà da...», cioè libertà da vincoli, ingerenze, e «libertà di...», cioè libertà di agire, di esprimersi. Tuttavia le due distinzioni non coincidono; infatti in una situazione concreta nessuno può essere «libero da» senza essere «libero di» e «storicamente di fatto non vi può essere richiesta di una “libertà di” che non implichi anche una richiesta di almeno una “libertà da” e viceversa, mentre analogo interdipendenza non esiste rispetto alle richieste di libertà negativa e di libertà positiva», richieste che «sono ben distinte e ne sono quasi sempre portatori gruppi politici diversi» [Bobbio 1995, 58-59].

NOTE AL CAPITOLO TERZO

¹ «Solo la dichiarazione ha fatto sì che il concetto di diritto soggettivo del cittadino verso la totalità statale, noto fino allora solo al diritto di natura, potesse sorgere e svilupparsi compiutamente nel campo del diritto positivo» [Jellinek 2002, 4].

² Nota è l'eccezione della Gran Bretagna la cui Costituzione non è costituita da un testo unico e sistematico ma da un insieme di disposizioni e pronunce giudiziarie aventi valore vincolante e direttivo.

³ Sulle complesse vicende che segnano la positivizzazione dei diritti fondamentali negli Stati tedeschi e sul dibattito che le accompagna cfr. Östreich [2001, capp. XVI, XVII, XVIII].

⁴ Oltre ad essere una Costituzione flessibile, cioè modificabile senza procedure speciali, lo Statuto albertino contiene disposizioni di garanzia dei diritti seguite da una riserva di legge particolarmente accentuata che ne ha permesso ampie interpretazioni e deroghe.

⁵ Per la nozione e gli sviluppi giuridici dell'idea di sistema si veda Losano [2002].

⁶ Cfr. Ferrajoli [1989, 203-210] che mette in luce come la laicizzazione del diritto, che si riflette nella rottura del legame necessario tra diritto e morale, «acquisizione basilare della civiltà liberale», abbia origine, prima che nel positivismo giuridico, nel pensiero illuminista.

⁷ La separazione giuspositivista del diritto dalla morale si accompagna alla costruzione di una nuova moralità nel diritto [cfr. Fuller 1986] fondata non sui contenuti, ma su caratteri formali, tra cui in primo luogo l'essere costituito da norme generali (valide per tutti o per categorie di persone) e astratte (composte da fattispecie tipiche a cui si riconducono casi particolari) che tendono alla realizzazione dell'eguaglianza giuridica.

⁸ La distinzione tra visione giusnaturalista e giuspositivista si condensa nella formula: *Quid ius? Ius quia iustum/iustum quia ius*. Per un'analisi del positivismo giuridico nelle tre articolazioni di giuspositivismo come metodo (che rinvia all'idea che il giurista non si occupa dei valori o dei fatti, ma solo delle norme e loro collegamenti), come teoria (che assume il diritto posto dallo Stato come unico diritto) e come ideologia (che partendo dall'idea che diritto è solo quello positivo, assume una visione relativistica per la quale non esistono norme giuste o, più radicalmente, giuste sono le norme vigenti) si veda Bobbio [1977, parte seconda].

⁹ Negli sviluppi del positivismo giuridico si distinguono generalmente tre aree: francese, inglese, tedesca. In Francia sono legati alla codificazione e alla Scuola dell'esegesi, dottrina giuridica che ha la sua massima espressione tra il 1830 e il 1880 e che fa coincidere la scienza giuridica con l'analisi e il commento dei codici. In Gran Bretagna all'elaborazione teorica e alla costruzione analitica della Jurisprudence che ha come principali esponenti Jeremy Bentham e John Austin. In Germania invece all'affermazione della scienza giuridica a partire dalla Scuola storica del diritto attraverso la teoria generale del diritto, che formula concetti giuridici basandosi sulle norme vigenti. Cfr. Barberis [2004].

¹⁰ Una delle sue ultime opere, il codice costituzionale, affronta tematiche centrali per la futura scienza del diritto pubblico come le forme di rappresentanza, i meccanismi elettorali, i referendum, le associazioni rappresentative, ecc.

¹¹ Bentham distingue due forme di teoria del diritto: quella analitica che procede attraverso la descrizione del diritto esistente, come è, e quella censoria che si occupa del diritto ideale, come dovrebbe essere. Entrambe sono attività legittime del giurista, ma è necessario tenerle distinte, non nascondere le proprie preferenze sotto un manto di oggettività, necessità, naturalità [cfr. Bentham 1998, 434 ss.].

¹² Questo testo sarà pubblicato nel 1816 insieme ai *Sofismi anarchici* [Bentham 2002]. Come egli stesso scrive si tratta in gran parte di critiche alle disposizioni della Dichiarazione dell'89, «ma nelle leggi e soprattutto nei principi fondamentali delle leggi, le parole sono cose reali e i termini impropri, fonti di idee false, possono condurre a calamità nazionali» [Bentham 1947, 228].

¹³ Bentham traccia una distinzione tra due categorie di diritti: quelli a cui corrisponde l'assenza di obblighi giuridici (diritti di libertà) e quelli che si traducono nell'imposizione di obblighi per altri soggetti [cfr. Hart 1982, cap. VII].

¹⁴ Per un'analisi dei diritti in Bentham e Mill cfr. Pastore [1988] che sottolinea «le difficoltà e le incongruenze legate ad una giustificazione utilitarista dei diritti individuali». A questo proposito Hart si chiede perché Bentham non faccia dell'utilità generale il fondamento dei diritti dell'uomo e individua una delle principali ragioni nell'idea che l'utilità cambia con il cambiamento delle società e non possiede quella stabilità che è fortemente associata alla nozione di diritti [Hart 1982, 85-86].

¹⁵ A questo volume si rinvia per un'accurata analisi dell'evoluzione del diritto soggettivo, che si sintetizza nell'immagine di una parabola a tre fasi: «nella prima è considerato come una categoria fondante dell'ordinamento giuridico (...) Nella seconda non è più una categoria fondante, ma fondata» (sul diritto oggettivo) a cui corrisponde un concetto di Costituzione non più come documento dichiarativo, ma costitutivo di diritti. Nella terza il diritto soggettivo «viene espulso dal sistema concettuale della dogmatica giuridica» [La Torre 1996, 60-70]. In quest'ultimo passaggio confluiscono sia la dottrina pura kelseniana, sia la corrente del realismo giuridico che vede nel diritto soggettivo una categoria «ideologica» o «metafisica», sia le correnti socialiste che ne sottolineano la funzionalità sociale e ideologica.

¹⁶ Tra i contributi più significativi vi è quello di Gerber (1823-1891) e soprattutto quello di Jellinek per il quale solo in quanto cittadini si può essere titolari di diritti che derivano da limiti che lo Stato stesso si pone. Jellinek precisa la nozione di diritti pubblici soggettivi e definisce la libertà come «esenzione da costrizioni illegali» [1912, 115]. In Italia la concezione del diritto soggettivo come autolimitazione dello Stato è stata rielaborata e diffusa da Santi Romano (1875-1947), cfr. Romano [1900].

¹⁷ Egli stesso scrive che nella definizione di diritto soggettivo, al posto della volontà, come nella dottrina dominante, aveva messo l'interesse. Ciò lo condusse «a prendere in esame lo scopo; il diritto in senso soggettivo mi spingeva a considerare quello oggettivo». Scopo che divenne poi l'elemento centrale della sua visione del diritto [cfr. Jhering 1972, 5].

¹⁸ La posizione di Kelsen [cfr. 1990, 148-167] sui diritti soggettivi è molto più complessa [cfr. La Torre 1996, cap. IV] e si articola intorno ad un carattere comune che egli riconosce ai diritti soggettivi, privati e pubblici, nelle loro varie forme. Si tratta del potere giuridico di cooperare, in forme diverse, alla produzione di norme, siano esse individuali, cioè derivanti da un'azione giudiziaria, o generali, cioè legislative nel caso dei diritti politici in senso stretto, o di norme «con le quali si annulla la legge incostituzionale o lesiva della libertà», nel caso dei diritti di libertà fondamentale [Kelsen 1990, 168]. Il «riduzionismo» giuridico del concetto di diritto soggettivo non gli impedisce comunque, dal punto di vista politico, di riconoscere un ruolo centrale al riconoscimento di diritti. Ad esempio, per il riconoscimento di diritti politici agli stranieri cfr. Kelsen [1984, 53-55].

¹⁹ Sul dibattito seicentesco inglese si veda Macpherson [1973] che, tra l'altro, osserva come per i Livellatori «in base al concetto di libertà come condizione di proprietario della propria persona e capacità» diritti civili, religiosi ed economici fossero diritti inalienabili da riconoscersi a tutti, mentre il diritto di voto doveva essere riservato a chi non aveva alienato «quella parte di libertà che consisteva nel proprio lavoro» [*ibidem*, 176].

²⁰ Seneca Falls Convention, New York, 19-20 luglio 1848, in Anthony, Gage e Stanton [1969].

²¹ L'origine borghese delle donne di questo movimento appare chiaramente da vari passi del testo che si richiamano all'importanza della stabilità politica, alla volontà del Creatore, alla posizione centrale della religione nella vita sociale.

²² Per una sintesi storica del pensiero femminista cfr. Restaino e Cavarero [1999].

²³ La più recente edizione italiana [Mill e Taylor 2001] unisce al più noto *L'asservimento delle donne* (1869) un suo scritto precedente, *Sul matrimonio e il divorzio* (1832-33), e due di Harriet Taylor, *Sul matrimonio* (1832-33) e *L'emancipazione delle donne* (1851), permettendo di coglierne la continuità e le risposdenze.

²⁴ Scrive Taylor: «Il fatto che un'istituzione o una pratica sia abituale non costituisce una presunzione a favore della sua bontà se alla sua esistenza può essere attribuita qualche altra causa sufficiente. Non c'è alcuna difficoltà nel comprendere perché l'asservimento delle donne sia stato un costume. Non serve alcuna altra spiegazione che la forza fisica» [Mill e Taylor 2001, 42].

²⁵ Taylor anticipa un tema centrale nell'analisi femminista: «Molti pensano (...) che la sfera propria delle donne non è la politica o l'ambito pubblico, ma la vita privata o domestica. Noi neghiamo il diritto di una parte della specie di decidere per un'altra, o di un individuo per un altro individuo che cosa sia e che cosa non sia la sua "propria sfera"» [*ibidem*, 44].

²⁶ La partecipazione dei destinatari alla formulazione delle norme risponde anche per Mill a valutazioni dirette al miglior funzionamento della società e all'efficacia del diritto. Si può infatti presumere che chiunque sia meglio disposto a conformarsi a delle regole sulle quali è stato almeno consultato e che il suo contributo possa aiutare a formularle in modo più adeguato, dunque potenzialmente più efficiente.

²⁷ Già in uno dei suoi primi scritti, apparso nel 1842 sulla «Gazzetta Renana», Marx [1975] aveva messo in luce gli effetti dell'abolizione, in nome di nuovi diritti di proprietà, dei diritti consuetudinari del popolo, cioè della tradizionale libertà di raccolta di legna secca, di caccia e pesca. Queste consuetudini, residui delle proprietà comuni feudali, rappresentavano garanzie di sopravvivenza per la popolazione contadina: con la nuova regolamentazione comportamenti che erano sempre stati leciti venivano trasformati in reati contro la proprietà, cioè in furti.

²⁸ L'occasione di questo testo è la risposta ad uno scritto contemporaneo in cui, tra l'altro, si sosteneva che ebrei, come cristiani, non possono ricevere, né accordare gli Universali diritti dell'Uomo, in quanto l'essere ebreo isola da chi non lo è, non è compatibile con l'essere uomo in senso universale. Marx contesta questa tesi distinguendo tra i diritti del cittadino, quelli di partecipazione politica, indifferenti all'appartenenza religiosa, e i *droits de l'homme*: «il diritto di essere religioso, di essere religioso a modo proprio, di praticare il culto della propria religione particolare, viene anzi espressamente annoverato tra i diritti dell'uomo. *Il privilegio della fede è un diritto universale dell'uomo*» [Marx 1975, 376-377].

²⁹ Marx prosegue analizzando il processo di disgregazione della società feudale e dell'organizzazione della società in corporazioni, che allontanava l'individuo dallo Stato. L'eliminazione di tutte le società intermedie «spezzò la società civile nei suoi elementi semplici, da un lato gli *individui*, dall'altro gli *elementi materiali e spirituali* che costituiscono il contenuto vitale». E aggiunge: «La *costituzione dello Stato politico* e la dissoluzione della società civile negli individui indipendenti – il cui rapporto è il *diritto*, così come il rapporto degli uomini divisi in ceti sociali e in corporazioni era il *privilegio* – si adempie in un *medesimo atto*» [Marx 1975, 382-383].

³⁰ Weber riprende la dottrina giuspositivista tedesca anche rispetto alla nozione di diritti pubblici soggettivi che «valgono come competenze soggettive dei singoli ad agire quali organi dello stato per certi scopi esattamente determinati. Essi si possono quindi propriamente considerare, nonostante la forma di diritto soggettivo che assumono, come semplici riflessi di un regolamento» [Weber 1981, 1-2].

³¹ Così Eugene Ehrlich (1862-1922), nell'opera *I fondamenti della sociologia del diritto*, tratta dei diritti della personalità come categoria creata dalla dottrina in modo indipendente dalla legge, che si traduce nella «tutela sociale e giurisdizionale di quegli interessi dell'individuo che risultano dalla sua posizione nel gruppo sociale (...) o nella società nel suo complesso». Poiché questa posizione è regolata dalla consuetudine, anche i diritti della personalità si fondano su di essa. E infatti si chiede retoricamente: «fino a dove si estende, negli stessi popoli civili del nostro tempo, il diritto all'integrità fisica e alla libertà per le donne ed i bambini?» [Ehrlich 1976, 435-436].

³² Marra rintraccia nell'opera di Durkheim un motivo fondamentale che vede «la religione dei diritti come religione dell'umanità, culto destinato a soppiantare le religioni tradizionali» e dunque «il riconoscimento dei diritti come traduzione normativa della nuova, moderna religione della società» [Marra 2006, IX e 9].

³³ Non tutte le nozioni di libertà sono riconducibili all'esercizio di un diritto, nozione che, come si è visto, è decisamente successiva a quella di libertà. Sull'importanza di distinguere il diritto di libertà dalla libertà stessa, si sofferma Ferlito [2003, 15-16].

³⁴ Come premessa a questa breve ricognizione è necessario ricordare che a queste tipizzazioni spesso sfuggono le sfumature; che non sempre due concezioni si escludono vicendevolmente, ma al contrario si integrano; che spesso in un autore assunto come rappresentativo di una concezione prevalente ne sono presenti altre. Per una ricostruzione storica sintetica, ma chiara ed esauriente, delle diverse concezioni occidentali di libertà cfr. Barberis [1999].

³⁵ In un altro scritto Kant esprime una concezione della libertà con una decisa connotazione antipaternalista e positiva: «nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo, ma ognuno deve poter cercare la sua libertà per la via che gli appare buona, purché non leda l'altrui libertà di tendere ad un analogo fine» [1999, 137-138]. Per un appro-

fondimento delle diverse accezioni di libertà in Kant, cfr. Pérez Luño e Contreras Peláez, in Peces-Barba Martínez *et al.* [2001, vol. II, 460-568].

³⁶ Anche riguardo ai mezzi von Humboldt distingue lucidamente tre modalità d'azione dello Stato: «direttamente con la coercizione o tramite incentivi ed esempi (...) oppure indirettamente dando all'organizzazione dei cittadini una fisionomia favorevole al suo scopo (...) oppure, infine, tentando addirittura di conciliare con se stesso la loro inclinazione agendo sulla loro mente e sul loro cuore» [von Humboldt 2004, 56]. Egli interviene nella faticosa elaborazione costituzionale tedesca con proposte di inserimento di diritti civili che garantiscano la sicurezza nei confronti dello Stato e dei privati, garanzie processuali per la libertà personale e per le proprietà, abolizione della servitù della gleba, libertà di circolazione, libertà di coscienza e di stampa. Cfr. Lalatta Costerbosa [2000].

³⁷ Secondo Constant le due concezioni di libertà dovrebbero progredire insieme. La cosiddetta libertà dei moderni sarà invece maggiormente sviluppata nella teoria politica anglosassone e tedesca, mentre la libertà come partecipazione politica nella tradizione francese. Sulla corrispondenza tra i due tipi di libertà e il costituzionalismo francese e inglese, cfr., in sintesi, Barbera, in Barbera e Zanetti [2002, 25-26].

³⁸ Il principio milliano traccia così una demarcazione tra le cosiddette azioni *self regarding* e *others regarding*. Non è certo qui possibile neppure accennare alla vastità di implicazioni, questioni, interpretazioni e ricadute anche giuridiche di questo principio. Esso è stato peraltro oggetto anche di molte critiche. Per fare qualche esempio: come definire il danno? Come delimitare ciò che causa danno ad un soggetto dal momento che ciascuno è inserito in una rete di rapporti familiari e sociali e che eventi che lo riguardano possono tradursi in costi per la comunità? Non vi sono beni – come la vita e la salute – che vanno considerati indisponibili anche dal soggetto stesso? Non vi sono valori, come la sofferenza degli animali, che giustificano l'intervento pubblico anche se non si traducono in un danno per una persona? L'intervento coercitivo si traduce solo nell'uso diretto della forza o anche in forme di costrizione indiretta, di tipo persuasivo o economico?

³⁹ La distinzione è stata chiaramente individuata da Isaiah Berlin nell'ormai classico *Two Concepts of Liberty* del 1958 [2000]. Cfr. Bobbio [1995, 56-60], per un'analisi dei contenuti delle due forme di libertà.