27. Illuminismo giuridico

1. *Montesquieu*

Quale momento iniziale della nuova cultura illuministica si suole designare l'anno della prima edizione di un'opera che ebbe in Europa enorme risonanza: nel 1748 venne pubblicato l'*Esprit des lois* di Charles de Secondat, barone di Montesquieu (1689-1755)[2]. Già alto magistrato e presidente della corte sovrana di Bordeaux, studioso di storia, di diritto, di letteratura ma anche di scienze naturali, l'autore era divenuto celebre già un quarto di secolo prima con la pubblicazione, nel 1721, di una breve opera, le *Lettres Persanes*, in cui aveva immaginato che un musulmano venuto dalla lontana Persia descrivesse ai familiari, in forma epistolare, le sue impressioni sulla Francia del tempo in occasione di un viaggio a Parigi: un felice espediente letterario (già adottato qualche decennio prima dal genovese Giovan Paolo Marana) che consentiva all'autore di raffigurare con apparente ingenuità e con pungente ironia non pochi aspetti dei costumi del tempo, inclusi alcuni criticabili profili della giustizia[3]. Nell'opera maggiore Montesquieu si propose un obbiettivo ben più ambizioso: volle tracciare un compiuto disegno delle relazioni necessarie che intercorrono tra il regime politico-costituzionale di un paese e il suo diritto pubblico e privato.

Fondato su una vastissima conoscenza di prima mano non solo della storia antica di Grecia e di Roma, ma anche della storia medievale e moderna francese ed europea, l'*Esprit des lois* riprende e riformula la tripartizione aristotelica dei regimi politici, considerando tre forme di governo: il governo repubblicano, a sua volta distinto a seconda che il potere risieda nell'intero popolo (democrazia) o invece nella sola componente aristocratica; il governo monarchico, in cui il sovrano governa attraverso le leggi; il governo dispotico, nel quale il despota può operare a suo arbitrio in ogni campo. Tra i regimi aristocratici l'autore ha ben presenti le repubbliche di Ve-

[2] Halpérin in DGOJ, pp. 417-425.

[3] Montesquieu, *Lettres Persanes* (1721), ed. P. Vernière, Paris, 1960.

nezia e di Genova, tra i regimi tirannici egli considera tipico per i suoi tempi il regime della Turchia, che al sultano attribuiva poteri indiscriminati. Quanto al governo monarchico, in esso è essenziale per Montesquieu il ruolo della nobiltà[4], che ad un tempo rafforza e modera il potere sovrano; e tra le monarchie l'autore distingue i modelli della Francia e dell'Inghilterra, soffermandosi sulle differenze tra i due ordinamenti. Il principio cardine del governo repubblicano è la «virtù» e con essa la ricerca dell'eguaglianza: nella distribuzione dei carichi fiscali come nelle successioni di diritto privato[5]. Il principio su cui si regge il governo monarchico è invece l'onore[6]. Ma vi sono monarchie strutturate per il perseguimento della «gloria» (quale è quella di Francia) ed altre imperniate sul valore della «libertà» (come è il caso della monarchia d'Inghilterra): ove la libertà è intesa come «la tranquillità di spirito che proviene dall'opinione della propria sicurezza»[7].

Proprio le pagine sulla costituzione britannica, frutto di una personale ricognizione dell'autore, che a Londra aveva soggiornato, sono tra le più importanti dell'opera, in quanto per la prima volta la costituzione inglese, una costituzione non scritta, veniva descritta all'opinione colta del continente. Il ruolo del re come titolare del potere esecutivo ma non del potere legislativo, i poteri legislativi e fiscali del Parlamento, ma anche la disciplina giuridica della famiglia e la struttura del processo civile e penale con l'istituto tanto caratteristico della giuria,[8] ricevevano una rappresentazione particolarmente chiara, dalla quale implicitamente traspariva l'ammirazione dell'autore per le istituzioni d'oltre Manica.

Su questa base Montesquieu, sviluppando in modo nuovo le tesi di Locke, teorizzava la dottrina dei tre poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – che diverrà un caposaldo del moderno costituzionalismo non solo europeo; difendeva i pregi di un regime rappresentativo che affidasse il potere legislativo congiuntamente ad una Camera elettiva e a una seconda Camera alta, espressione della nobiltà e dell'élite della nazione; e dichiarava, pur senza accenti polemici, preferibile il modello inglese della separazione dei poteri perché più atto a difendere la libertà dei singoli[9]. Egli enunciava al riguardo la formula celebre secondo la quale la libertà cresce quando il potere

[4] Montesquieu, *Esprit des lois*, ed. R. Dérathé, Paris, 1973, II. 4: «point de monarque, point de noblesse; point de noblesse, point de monarque, mais on a un despote».

[5] Montesquieu, *Esprit des lois*, V. 5.

[6] Montesquieu, *Esprit des lois*, IV. 2.

[7] Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 5: «occorre che il governo sia tale che un cittadino non possa aver paura di un altro cittadino».

[8] Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 3.

[9] Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 6, *de la constitution d'Angleterre*.

è limitato; e che ciò che consente di limitare i poteri è per l'appunto la loro separazione, in quanto è il potere che blocca il potere[10]: «quando nella stessa persona o nello stesso corpo costituito il potere legislativo è congiunto con il potere esecutivo, non c'è libertà»[11]. Al potere giudiziario, che Montesquieu qualifica come «quasi nullo», spetta non già di creare le regole ma di applicare la legge, in modo però differenziato: mentre nel regime della repubblica il giudice deve limitarsi ad una sua applicazione automatica e per così dire meccanica – celebre è l'espressione che assegna al magistrato la funzione di rappresentare semplicemente «la bocca della legge»: «la bouche de la loi» – nelle monarchie al giudice è riconosciuto un ruolo maggiore, che lo abilita a fare ricorso anche allo «spirito della legge»[12].

Si possono ravvisare nel pensiero di Montesquieu componenti di natura diversa. Alcune regole considerate preferibili in assoluto, quale è quella della libertà, atte a garantire il bene dell'individuo e quello della società, sembrano ispirarsi all'impostazione del giusnaturalismo: come ad esempio nella dottrina costituzionale sui tre poteri o nella positiva valutazione della giuria popolare[13] o sui principi di legalità e di proporzionalità nel diritto penale. Spesso la razionalità di un principio o di un istituto è invece connessa ad una determinata forma di governo: così a proposito di alcuni aspetti del sistema penale (ove le caratteristiche del regime repubblicano impongono sanzioni rigide e discrezionalità minima o nulla nella loro applicazione, mentre nel regime monarchico il sovrano dispone largamente dello strumento della grazia)[14] o nella valutazione dell'istituto del fedecommesso, considerato negativo nel regime aristocratico e invece positivo nel monarchico[15], e come in moltissimi altri esempi tratti dal diritto pubblico come dal privato. Altre volte Montesquieu fa derivare regole e istituti giuridici dai caratteri fisici del paese, dal clima e in generale dalla geografia.

Questi elementi coesistono in Montesquieu con la consapevolezza della storicità del diritto, che risulta foggiato in forme diversissime nel tempo e nello spazio. Persino il diritto delle genti secondo l'autore non è ovunque il medesimo[16]. Ogni popolo ha il proprio diritto, le sue leggi e i suoi costumi, anche se vi sono relazioni necessarie tra

[10] Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 4: «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir».

[11] Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 6. E prosegue: «tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs».

[12] Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 2; XI. 6.

[13] Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 3; XII. 3.

[14] Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 4; VI. 21.

[15] Montesquieu, *Esprit des lois*, V. 8-9; XXVI. 6; XXX. 33.

[16] Montesquieu, *Esprit des lois*, I. 3: a proposito della tribù indo-americane degli Irochesi [su ciò Tarello 1976, p. 271].

regime politico e regime giuridico. Ed è appunto in virtù di un'attenta ricognizione dell'esperienza storica che per Montesquieu si possono ricostruire, con metodo empirico ma con intento scientifico, le relazioni necessarie tra le forme di governo e le regole del diritto pubblico e privato.

Questa complessa articolazione concettuale – che intreccia la rielaborazione originale di teorie politiche antiche e moderne con elementi tratti dalla conoscenza storica, l'enunciazione di principi e di valori immutabili con puntuali analisi empiriche, dunque giusnaturalismo, storicismo, sociologia – non è l'ultima ragione della fortuna straordinaria dell'opera montesquiviana.

2. *Gli Enciclopedisti e Rousseau*

Una fase significativa della nuova cultura illuministica fu segnata dalla grande impresa dell'Enciclopedia. Diretta da due intellettuali di diversa formazione, Denis Diderot e Jean-Baptiste D'Alembert, pubblicata nell'arco di un quindicennio a partire dal 1750, l'opera coinvolse molte energie dell'intellettualità francese, aperte alle dimensioni nuove della cultura. E se sul terreno del diritto le voci curate da Louis de Jaucourt non hanno particolare qualità teorica, esse tuttavia riflettono molte posizioni dei giusnaturalisti e di Montesquieu[17]; mentre la voce *Droit de la nature*, scritta da Diderot, costituisce un'interessante messa a punto del pensiero antico e moderno sul tema[18].

All'Enciclopedia aveva collaborato anche un autore di origine ginevrina, Jean-Jacques Rousseau (1712-1788), che trasferitosi a trent'anni in Francia dopo diverse vicissitudini divenne rapidamente, con i suoi scritti di economia, di pedagogia e di letteratura, una figura tra le più rilevanti (ma anche tra le più controverse) del mondo intellettuale parigino. Sul terreno delle idee politico-giuridiche il testo capitale di Rousseau è il breve trattato intitolato *Il contratto sociale*, nato come frammento di un'opera più vasta poi non condotta a compimento, edito nel 1762. In queste poche pagine troviamo espresse alcune idee che – quasi ignorate nel venticinquennio successivo alla pubblicazione dell'opera – assumeranno a partire dalla Rivoluzione francese un rilievo assoluto nella storia delle dottrine politiche e costituzionali moderne.

«L'uomo è nato libero ed è ovunque in catene»: l'incipit del *Contratto* è già uno squillo di tromba che anticipa l'impostazione del

[17] *Encyclopédie*, voce *Loi* (ed. Neuchâtel-Genève, 1778, vol. XX, p. 264); voce *Juge* (vol. XIX, p. 166).

[18] *Encyclopédie*, voce *Droit*, vol. XI, pp. 424-429 (su cui Tarello 1976, pp. 333 ss.).

libro. La vita in società, il contratto sociale, non è per Rousseau una scelta libera compiuta in un momento del passato, ma una necessità oggettiva. La sovranità appartiene a chi al contratto ha dato vita, al popolo nella sua totalità: non al sovrano. Ed è una sovranità unica, inalienabile e indivisibile[19]. Ciò che risulta dalle deliberazioni collettive è la «volontà generale» del popolo, che dà vita a un corpo unico, a un ente morale, che prende il nome di popolo[20]. Inoltre «il patto sociale stabilisce tra i cittadini una tale uguaglianza, che essi si obbligano tutti sotto le medesime condizioni e devono godere tutti degli stessi diritti»[21]. Nei confronti delle idee di Grozio e dei giusnaturalisti sul contratto sociale, lontane dalle sue, Rousseau reagisce con forza[22].

Le deliberazioni collettive si manifestano attraverso la legge, che ha carattere generale ed astratto e che deve promanare da tutto il popolo, non da corpi particolari e intermedi che distruggerebbero la volontà generale curando solo interessi settoriali[23]. Anche le istituzioni rappresentative e l'esercito di mestiere per Rousseau sono contrastanti con la sovranità del popolo[24]: egli elogia infatti lo Stato di dimensioni limitate e si pronuncia risolutamente a favore della democrazia diretta[25]. D'altra parte il potere legislativo deve essere distinto dal potere esecutivo: «chi comanda sugli uomini non deve comandare sulle leggi, e chi comanda sulle leggi non deve comandare sugli uomini»[26]. Le decisioni debbono essere assunte sempre a maggioranza, graduandone il livello a seconda dell'importanza della materia ma senza mai esigere la regola dell'unanimità[27].

Non è difficile scorgere quanto una tale concezione della sovranità, dello Stato e del diritto fosse in contrasto non solo con la realtà istituzionale del tempo, ma con le idee di Locke, di Montesquieu e

[19] Rousseau, *Contratto sociale* (1762), Torino, 1969, II. 1-2; cf. Cayla in DGOJ, pp. 495-506.

[20] Rousseau, *Contratto sociale*, I. 6: «ciascuno di noi mette in comune la sua persona e ogni suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e riceviamo in quanto corpo ciascun membro come parte indivisibile del tutto». Questa proposizione è già nella prima versione dell'opera: si veda l'ed. critica a cura di R. Derathé, ed. Pléïade, J.-J. Rousseau, *Œuvres complètes*, vol. III, Paris, 1964, p. 290.

[21] Rousseau, *Contratto sociale*, II.4.

[22] Rousseau esprime infatti una radicale opposizione contro la concezione del contratto sociale di Grozio, contestando vivacemente l'idea che sia legittima la rinuncia della sovranità del popolo a favore di un sovrano: e nota che non si può semplicisticamente far derivare il diritto dal fatto e considerare legittimo ciò che è semplicemente il risultato della forza (Rousseau, *Contratto sociale*, I. 2-3).

[23] Rousseau, *Contratto sociale*, II. 6.

[24] Rousseau, *Contratto sociale*, III.15: quando i cittadini scelgono di farsi rappresentare da deputati o pagano le truppe per restare a casa, «lo Stato è già prossimo alla rovina».

[25] Rousseau, *Contratto sociale*, II. 9.

[26] Rousseau, *Contratto sociale*, II. 7.

[27] Rousseau, *Contratto sociale*, IV. 2.

degli altri esponenti del pensiero politico del tempo. Il *Contratto* di Rousseau introduce nella storia del pensiero politico giuridico europeo, con argomentazioni tanto concise quanto efficaci, una concezione del potere politico basato sul principio della democrazia diretta e sul suffragio universale, dunque sulla sovranità popolare nel suo significato pieno e rigoroso. Un principio che si aprirà faticosamente il suo cammino in Europa e fuori d'Europa nel corso dei due secoli seguenti.

3. *Voltaire*

Chi impresse un segno indelebile all'illuminismo giuridico europeo fu un francese, François-Marie Arouet, più noto con il nome letterario di Voltaire (1694-1778). Autore di importanti opere storiche sulla Francia medievale e moderna, di scritti letterari e poetici, di saggi filosofici, formidabile polemista[28], Voltaire pose al centro della sua attività di scrittore la denuncia delle ingiustizie e delle storture generate dall'ordinamento legale del tempo.

La pretesa di imporre ai sudditi un'unica fede religiosa e di farne osservare il rispetto anche attraverso il potere cogente dello Stato fu combattuta da Voltaire con le armi appuntite della storia, della filosofia e della satira. Le terribili sanzioni penali prescritte da secoli nei confronti degli eretici, il procedimento dell'inquisizione che eliminava i diritti della difesa, la disciplina esclusivamente canonistica del matrimonio e il divieto del divorzio, i privilegi civili, penali e fiscali del clero e la loro sottrazione alla coazione dello Stato, il regime degli ordini monastici, l'intolleranza religiosa e le sue funeste conseguenze («ci siamo sterminati per dei paragrafi»)[29] e molti altri temi formarono l'oggetto di innumerevoli scritti di implacabile denuncia.

Altrettanto netta fu la condanna delle violazioni della libertà di pensiero e di espressione, che l'istituto della censura dei libri codificava limitando fortemente la libertà di stampa. Il sistema penale e i vasti poteri discrezionali delle Corti sovrane vennero stigmatizzati attraverso la presentazione di errori giudiziari esemplari, quali la condanna e l'esecuzione capitale del calvinista Calas, accusato a torto di aver ucciso il figlio per evitare che si convertisse al cattolicesimo (*Mémoire de Donat Calas*, 1762)[30], o il procedimento contro il protestante Sirven nel 1765, anch'egli a torto accusato di aver ucciso la figlia[31]; si noti

[28] *Candide ou l'optimisme*, 1759.

[29] Voltaire, *Traité sur la tolerance* (1765), VI.

[30] Voltaire, *Œuvres complètes*, ed. Beauchot, Paris 1828-1840, rist. 1866 (40 volumi), vol. 23, pp. 522-529; Id., *L'Affaire Calas et autres affaires*, Paris, 1975, pp. 35-87.

[31] Voltaire *Œuvres*, ed. Beauchot, vol. 24, pp. 445-460; Id., *L'Affaire Calas* [nota prec.], pp. 199-236.

che in entrambi questi casi l'intervento dei giudici penali era legato a ragioni confessionali, sicché Voltaire nel censurare le corti di giustizia proseguiva in pari tempo la sua battaglia contro l'intolleranza religiosa. Non a caso il trattato sulla tolleranza, pubblicato nel 1763[24], è stato scritto in occasione dell'Affare Calas.

Più in generale, Voltaire criticava la pluralità delle consuetudini e l'arbitrarietà delle troppe regole in vigore, diverse per località situate anche a poche leghe di distanza. E criticava la pluralità dei regimi giuridici per le diverse classi sociali, in particolare per il ceto feudale e nobiliare, patrocinando invece una chiara e uniforme disciplina per tutti i sudditi del regno. Per Voltaire il rimedio contro le norme obsolete e contraddittorie era semplice: occorreva abrogarle per sostituirle con altre, migliori. Celebre è la sua esclamazione: «Volete avere buone leggi? Bruciate le vostre e fatene di nuove!».

Queste battaglie ideologiche – nelle quali si riscontrano non poche argomentazioni ispirate alle idee di Pufendorf e dei giusnaturalisti – facevano leva sul principio della libertà originaria dell'uomo (ogni uomo nasce libero), e conducevano all'esaltazione della libertà economica e dell'iniziativa individuale, contro i vincoli del regime tradizionale delle persone, delle famiglie e dell'economia. D'altra parte, non mancano in Voltaire giudizi e pregiudizi contrastanti con l'idea di eguaglianza tra gli uomini. E va sottolineato che lo strumento per realizzare queste istanze, sia nei confronti della Chiesa che dei ceti privilegiati, era costituito per Voltaire dal potere sovrano, attraverso lo strumento della legge. La sua era e rimase sempre una posizione pro-assolutistica, non particolarmente incline all'adozione di forme di rappresentanza politica, sebbene il modello costituzionale inglese gli fosse noto per esperienza diretta e destasse la sua ammirazione[25]. Non a caso Voltaire fu per decenni familiare e consigliere di uno dei più potenti e coerenti sovrani dell'assolutismo illuminato, Federico di Prussia; e fu ammiratore di un'altra sovrana del dispotismo illuminato, l'imperatrice Caterina di Russia.

Con gli intellettuali di tutta Europa Voltaire mantenne un'attivissima corrispondenza per oltre mezzo secolo[26], sino alla morte. E grazie ai suoi scritti molte idee dei «lumi» acquisirono forza di convinzione sull'opinione pubblica colta e divennero un efficace strumento di pressione sui sovrani assoluti.

[24] Voltaire, *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas* (come nota 3), pp. 86-198.

[25] Voltaire, *Dictionnaire philosophique* (1764), voce *Lois*

[26] Si vedano le osservazioni originative delle *Lettres philosophiques ou Lettres anglaises* (1734), in cui «La nation Anglaise est la seule de la terre qui ait [illegible] et pousser des bornes [illegible]» (ed. Nouvelle, Paris, [illegible] p. 46); [illegible] (ed. Besterman, Paris, [illegible]).

Gallimard, La Pléiade)