

Storia del diritto medievale e moderno.

DINI – AA 2024/2025

AS/16

MONTESQUIEU

Nasce nei pressi di Bordeaux nel 1689 e muore a Parigi nel 1755.

È consigliere del **Parlement di Bourdeaux**

- E, nel 1716, ne diviene **Presidente a vita**.
 - La carica gli viene ceduta dallo zio: era “venale”.

La sua opera fondamentale è “L’esprit des loix” del **1748**.

- Viene letta e tenuta in grande considerazione anche da **Federico II e Caterina II**

L’esprit des loix comprende tendenzialmente tutto il sapere gius-politico.

- e sarà alla base di quasi tutte le formulazioni dei problemi politici e giuridici dell’illuminismo.
- ... e delle riflessioni successive.

Il pensiero di M. affonda le proprie radici nel retroterra culturale francese e, soprattutto, nell’opera di Domat.

- ma con una differenza profonda e rivoluzionaria
- per lui, non tutte le leggi sono parti di un unico sistema,
- al contrario, il senso delle leggi si chiarisce distinguendo i diversi sistemi in cui esse sono incluse.

Per Domat, matematizzante, la ricerca dei principi fondamentali è ricerca d’unità.

per Montesquieu, che assume a modello la scienza naturale,

- la ricerca dei principi
 - è ricerca dei fondamenti DI CIASCUNA PARTICOLARE ESPERIENZA.

Per comprendere Montesquieu sono fondamentali i concetti di Legge e Libertà

le LEGGI, per lui, sono:

“i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose”

- ed ANCHE LE LEGGI POSITIVE, in quanto “leggi”,
- sono “rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose”.

E questa idea va CONTRO TUTTA LA TRADIZIONE GIUSNATURALISTICA

- poiché configura la legge positiva stessa
 - come relazione necessaria e naturale.

Con tale idea, si apre la porta all'elaborazione di criteri di **razionalizzazione del diritto positivo**.

Si fonda, cioè, una scienza della legislazione

- **distinta dalla scienza del diritto positivo**.

Altro concetto fondamentale per Montesquieu è **quello di libertà**

Libertà che consiste **"nella sicurezza, o almeno nell'opinione che si ha della propria sicurezza"**.

- È dunque una **condizione psicologica** del soggetto (**libertà dalla paura**)
- e consiste **nella convinzione**
 - di poter vivere e godere legittimamente dei propri beni
 - **senza essere turbati** da **altri cittadini** o **dallo Stato**

In questo senso, la **libertà** si **lega** strettamente **al principio della certezza del diritto**:

- infatti:
 - *"la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono".*
 - Perché se "un cittadino potesse fare ciò che gli è vietato, egli non avrebbe più libertà, poiché gli altri avrebbero ugualmente quel potere".

La legge è dunque il fondamento della libertà

Se la funzione della legge è così importante, **anche i suoi aspetti formali** sono di **grande rilievo**.

- Le **leggi** infatti devono essere **chiare, semplici, precise**.
 - Perché è essenziale che le **parole delle leggi risveglino in tutti gli uomini le stesse idee!**

Se le leggi non fossero precise,

- si vivrebbe nella società **senza sapere gli impegni che vi si contraggono**,
- e si godrebbe di **una libertà incerta** e
 - **perciò esposta al pericolo di essere violata**.

La **legge, per M., non ha a quindi nulla a che vedere con il giusto e la morale**,

- ✓ Piuttosto attiene **la libertà individuale**

- Con la quale – ricordate la definizione di legge - **entra in un rapporto relativo**,

- cioè, **condizionato dalle variabili proprie di ciascun sistema: luogo, forma di governo, clima, economia, etc.**

La **libertà, per M., è peraltro un diritto fondamentale (naturale) dell'individuo**,

- ma il suo fondamento non sta nella limitazione dell'invadenza della legge.
- ma in un'organizzazione statale che impedisca gli abusi,
 - garantendo una relativa impotenza degli organi costituzionali
 - e l'immobilismo in una situazione legislativa fissa e durevole.

M. afferma che “il potere assoluto corrompe assolutamente”,

- La costituzione più favorevole alla libertà politica
 - che rappresenta e riassume tutte le libertà dell'individuo
 - si realizza perciò negli “*stati moderati*”
 - Ma neppure in tutti: solo in quelli, fra essi, dove “*non si abusa del potere*”.

E l'abuso del potere è arginato solo dove “*le pouvoir arret le pouvoir*” (ad. esempio la costituzione inglese).

Occorre perciò capire quali e quanti siano i poteri

- che in una costituzione diretta a garantire la libertà e la sicurezza dell'individuo,
- possono porsi e limitarsi a vicenda.

Egli osserva che negli Stati i generi di potere sono sempre e solo tre.

- il potere legislativo;
- il potere esecutivo;
- il potere giudiziario.

Occorre quindi vedere come devono essere e funzionare questi poteri,

- il che equivale a trovare la formula per la perfetta coesione
 - tra libertà del cittadino e autorità dello Stato.

M. elabora perciò

- Nel libro XI° de Lo spirito delle leggi
- la famosa dottrina della separazione dei poteri,
che la cultura giuridica ottocentesca ha associato ai valori di libertà, di modernità e giuridicità costituzionale.

Dopo aver analizzato questi tre generi di poteri, Montesquieu traccia quindi la costituzione fondamentale di un sistema che garantisce la libertà.

- Un corpo legislativo composto di due camere (popolare e nobiliare) con la mutua facoltà di veto, poiché così una terrà legata l'altra

- Entrambe le camere vincolate dal potere esecutivo (che dovrà controllarne l'operato) che lo sarà a sua volta da quello legislativo.
- Il potere giudiziario vincolato dal legislativo e dall'esecutivo, quindi mera bocca della legge.

Teoria che lungi dal voler essere rivoluzionaria era conservatrice

- ed incardinata sul concetto di potere che ostacola il potere.

La libertà individuale, considerata come liberazione dalla paura di essere turbati nel pacifico godimento della vita e dei possessi,

è garantibile con una costituzione che collochi i tre poteri in organi separati

- in modo da rendere impossibili gli abusi.

Dottrina, si badi, volta a sostenere non l'efficienza del governo, ma la sua inazione.

“i tre poteri dovranno determinare un riposo e un'inazione. Ma poiché per il movimento naturale delle cose sono costretti a muoversi, saranno forzati a muoversi di concerto”.

QUALCHE CONCLUSIONE:

Le conclusioni di M. si imposero all'opinione pubblica.

- Fu perciò possibile chiedersi, da M. in poi,
 - se la costituzione politica e le leggi della Francia
 - facessero o no il benessere dei Francesi

Ancora, l'influenza dell'opera di Montesquieu:

- accredita l'idea di una possibile scienza della legislazione,
 - se la legge positiva è vagliabile alla luce della ragione,
 - il legislatore può e deve legiferare secondo scienza;
- accredita l'idea dell'essenza nazionalistica della legislazione
- accredita l'idea della dipendenza della legislazione civile dalla costituzione
- Il modello perfetto, per M. non era la repubblica, era una monarchia “costituzionale”.
 - Nella sua opera esamina infatti tutti i tipi di governo (Repubblica, monarchia e dispotismo)
 - E rileva che le repubbliche, per sussistere, devono avere quale valore fondamentale la virtù (l'amor di patria e dell'uguaglianza);

- In democrazia, infatti, il popolo è al tempo stesso monarca e suddito; fa le leggi e elegge i magistrati, detiene sia la sovranità legislativa sia quella esecutiva.
 - Ma poiché raramente gli uomini sanno essere tali,
 - le democrazie immancabilmente degenerano.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712 – 1778)

Jean Jacques Rousseau nasce a Ginevra nel 1712.

Il luogo di nascita ne influenza lo sviluppo della personalità.

- Ginevra è la città di Calvino: l'aria è greve.

Il temperamento di R. è avventuroso e ad un tempo solitario, introverso ed incline alla disperazione.

Imbocca la carriera ecclesiastica, quindi la abbandona.

Per qualche tempo è a Torino dove svolge l'attività di domestico.

Nel 1741 la svolta.

Si trasferisce a Parigi, conosce Diderot e collabora all'Enciclopedia.

Nel 1762 scrive l'Émile ou De l'éducation

- un romanzo pedagogico,
- ove sottolinea che nulla si può fare se non si parte dall'educazione che serve a creare uomini nuovi, in una società nuova.
- Il grande pedagogo, tuttavia, abbandonò alla carità pubblica tutti i suoi cinque figli.

Soggiorna in Inghilterra e in Scozia, quindi ritorna a Parigi e da qui a Ermenonville, dove muore nel 1778.

Progressivamente aveva perso per strada amici, parenti, protettori e protettrici/amanti.

- Sola la compagna Thérèse gli resta vicino.

Le idee politiche di Rousseau influenzarono:

- la Rivoluzione Francese,
- lo sviluppo delle teorie socialiste,
- la crescita del nazionalismo.

Opere:

- Autore dal 1749 di articoli dell'*Enciclopedia*
 - (maggior contributo fu la voce "*Economia politica*", 1755).
- *Il Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini*, 1755.

- *Il Contratto sociale*, 1762
- *Considerazioni sul Governo della polonia*, 1772

Di massimo rilievo, per il nostro discorso, è la Sua concezione di **contratto sociale**

Espressa ne *Il Contratto sociale*, 1762

- Divenne uno dei titoli più influenti
 - nella successiva teoria politica europea.

ROUSSEAU afferma che **lo stato di natura**,

- **degenerato in una condizione ferina priva di legge o morale,**
 - vedeva l'uomo soggetto a una competizione incessante coi suoi simili
 - e, al contempo, a diventarne progressivamente dipendente.

Questa duplice tensione MINACCIAVA sia la SOPRAVVIVENZA, che la LIBERTÀ.

- **l'umanità, quindi, è stata costretta ad ADOTTARE DELLE ISTITUZIONI o a PERIRE.**

Secondo Rousseau,

gli individui,

- **possono conservare sé stessi**
- **e al contempo restare liberi.**
 - **solo abbandonando la loro pretesa di diritti naturali.**
 - **Ed unendosi grazie al contratto sociale**

La **concezione del “contratto”** è:

- **antivolontaristica**
- **antisoggettivistica**
- **oggettivistica.**

IL CONTRATTO non è la forma con cui si fissa la volontà empirica dei contraenti

- del resto è ipotesi logica, non fase storica dell'umanità
- **bensi la regola in cui NON PUÒ NON tradursi – razionalmente – il contratto sociale dei soggetti**
- **regola che NON promana dalla volontà dei soggetti**
 - **BENSÌ DALLA RAGIONE applicata al fatto che gli uomini sono in società.**
- **Perciò il contratto:**
 - **non può non essere stipulato**
 - **né avere contenuti diversi.**

Ciò segnava una duplice divergenza dalla vulgata contrattualistica:

- il contenuto del contratto **non viene individuato in base alla concreta volontà dei contraenti**

- il contratto non può essere annullato,
 - neppure in seguito ad una violazione.
- La strada per risalire al contenuto del contratto sociale non è quella di ipotizzare comportamenti ragionevoli degli individui nello stato di natura,
 - bensi quella di individuare la razionalità intrinseca dello stato di società civile.
- Prima dello stato civile, l'uomo non è ragionevole, è un bruto ignorante.
- Il contenuto del contratto sociale
 - è l'insieme delle condizioni per cui l'uomo ...è uomo sociale razionalmente;
 - e l'uomo è razionalmente sociale
 - se le condizioni di razionalità della società
 - si identificano con le condizioni di razionalità dell'uomo.

L'uomo è fatto DALLA e PER LA società

- perciò, se l'individuo concreto si muove o vuole contro il contratto,
- la sua condotta o volontà è irrazionale.

Secondo questo nuovo contrattualismo,

- il contratto è dunque
 - il criterio di giudizio degli individui empirici
 - e mezzo di determinazione razionale della loro volontà,
 - non il contrario.

Secondo i vecchi contrattualisti, Locke in testa,

- poiché la sottomissione ad un potere avveniva per garantire i diritti naturali degli individui,
 - la tutela e la protezione erano la causa del patto
 - e quindi la violazione da parte del potere di tale clausola
 - dava titolo ad annullare il contratto
 - in virtù d'un diritto di resistenza e ricreava lo stato di natura.

NON COSÌ PER ROUSSEAU.

Per lui, il Contratto è l'eterna ed imm modificabile razionalità del coesistere sociale,

- che può essere violata di fatto,
 - ma non certo modificata e annullata in diritto.
 - allo stato di natura non si torna mai.
- Lo stato di società è eterno.

La potenzialità sovversiva è enorme:

- Perché spinge all'azione sovversiva
 - non solo quando il governo viola alcuni diritti soggettivi naturali degli individui,
 - ma anche ogni volta in cui il governo esistente non si conforma in tutto e per tutto al contratto sociale,
- cioè, alla ragione politica.

E la ragione politica, per Rousseau,

- che pure parte dall'individuo libero,
- è il potere del corpo sociale.

Per passare dalla premessa individualistica alla conclusione statualistica

- il filosofo si pone la seguente domanda:
 - *Come trovare una forma associativa*
 - *che protegga per mezzo di tutta la forza comune*
 - *la persona ed i beni di ciascun associato,*
 - *e mediante la quale ciascuno, unendosi a tutti, non ubbidisca che a sé stesso e rimanga tanto libero quanto era prima?*

Semplice:

- Annullando l'individuo contraente
- per identificarlo nell'entità corporata che scaturisce dal contratto.

Allora il contratto sociale è il seguente:

“Ciascuno di noi mette in comune la propria persona e tutta la propria forza, sotto la direzione suprema della volontà generale;

....e noi come corpo riceviamo ciascun membro come una parte indivisibile del tutto.

...all'istante, al posto della persona particolare di ciascun contraente, questo atto associativo produce UN CORPO MORALE E COLLETTIVO composto da tanti membri quante sono le voci dell'assemblea”.

La razionalità del contratto sociale consiste:

- nell'eliminare NELLA SFERA DEL DIRITTO
- I CONFLITTI che SUSSISTONO NELLA SFERA DI FATTO,
 - per proporre il diritto come la norma del fatto.

Se sovrano e sudditi sono la stessa cosa

- il conflitto razionalmente non può esistere.

Questa PERSONA PUBBLICA diviene il Corpo Politico,

Ed il Corpo politico (lo Stato), essendo costituito dai sudditi,

- razionalmente non può agire contro il loro interesse,
 - non avendo interesse contrario al loro
- ergo i cittadini NON HANNO BISOGNO DI GARANZIE CONTRO LO STATO.

- ma poiché nella realtà i singoli posso agire irrazionalmente,
- occorrono sanzioni “per obbligare i singoli ad essere liberi”.

Simile CORPO SOCIALE,

- la cui volontà è generale ed il cui interesse è di tutti
 - non tollera concorrenti.

quindi:

- La sovranità è indivisibile.
 - quindi:
 - gli organi dello Stato ne sono solo articolazioni funzionali
 - La divisione dei poteri non può essere sostanziale
 - non devono esservi corpi intermedi o partiti
 - ed il cittadino dev'essere solo per poter essere parte del tutto.

“Ma i nostri politici, non potendo dividere la sovranità nel suo principio, la dividono nel suo oggetto; la dividono in forza e volontà; in potere legislativo ed esecutivo; in diritto d'imposta, di giustizia e di guerra; in amministrazione interna e in potere di trattare con lo straniero; ora confondono tutte queste parti, ora le separano; fanno del sovrano un essere fantastico costituito di pezzi giustapposti Tali sono press a poco i giuochi di bussolotti dei nostri politici; dopo aver smembrato il corpo sociale con un giuoco di prestigio da fiera, non si sa come, ne rimettono insieme i pezzi”.

Su tale teoria del corpo sociale

- si innesta LA TEORIA DELLA LEGGE.

La legge è “movimento” e “volontà” del Corpo Politico

- È quindi espressione della Volontà generale.
- ed è strumento di conservazione del Corpo politico stesso.

La legge è la formula delle relazioni nello Stato civile

- “nel quale tutti i diritti sono stabiliti dalla legge”;

il suo carattere di formula deriva dalla generalità,

- dato che la volontà generale NON può avere oggetto particolare,
 - dev'essere stabilita da tutto il popolo per tutto il popolo
 - dev'essere perciò astratta.

ASTRATTEZZA e GENERALITÀ sono i caratteri formali della legge

- **e non riguardano il suo contenuto.**
- Una legge, pur restando generale ed astratta,
 - **può stabilire che vi saranno privilegi,**
 - può distribuire i cittadini in classi,
 - può istituire un governo monarchico ecc.

Rousseau chiama REPUBBLICA uno STATO RETTO DA LEGGI,

- **quale che ne sia la forma di governo che la regge**
- **e fa coincidere il fatto che uno stato sia retto da leggi con la qualità della legittimità di esso.**

"Ogni governo legittimo è repubblicano"

- **è l'origine della teoria dello Stato di Diritto**
- **che tanto peso avrà sulle istituzioni politiche e la cultura europea dell'800.**

Passiamo ora alle

CONSIDERAZIONI SUL GOVERNO DELLA POLONIA:

- l'opera ci interessa soprattutto per gli accenni che fa alla **necessità della codificazione.**
- Questa, secondo Rousseau deve investire **tre settori**
 - **ai quali corrispondono tre codici:**
 - politico
 - civile
 - criminale

le caratteristiche di questi codici devono essere

CHIAREZZA – BREVITÀ - PRECISIONE.

Rousseau scrive:

"Non c'è bisogno d'altri corpi normativi..."

- *bisogna però che tutti i cittadini - e soprattutto coloro che esercitano pubbliche funzioni - conoscano le leggi positive del loro paese*
- *e le particolari regole da cui sono governati.*
- *Essi le troveranno nei codici.*

ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE:

- 1) nella società civile libertà, libertà, sicurezza e proprietà degli individui

- sono il risultato della legge,
 - sempre per definizione giusta
 - e non lo scopo della legge
- 2) nella società civile la legge è espressione della volontà generale.
- 3) il volto ideologico della teoria di Rousseau è collettivistico.
 - come tale, ha potenzialità totalitarie:
 - gli uomini sono fatti dalla e per la Repubblica
- 4) Al centro dell'attività umana (sociale) vi è la "VOLONTÀ GENERALE' che è diversa dalla volontà di tutti,
- 5) La "VOLONTÀ GENERALE' è la somma delle volontà particolari,
 - i. dunque è un'entità astratta sovrastante i singoli.
 - ii. Essa è "costante, inalterabile, pura».

La teoria di Rousseau,

è stata letta prevalentemente in senso democratico

(e in questo senso possiede anche delle potenzialità)

e talvolta liberale (potenzialità che non possiede).

Ma attenzione.

- Ricordate la legittimazione ad “obbligare i singoli ad essere liberi”.
- l'essenza del patto sociale appare estremamente pericolosa
- poiché la società di cui i contraenti del patto divengono parte con la volontaria remissione della libertà individuale
- nella realtà, non è un consorzio dotato di diversa e superiore identità e dignità morale,
 - ordinariamente, giusti i sistemi di rappresentanza, è un corpo di funzionari,
 - i rappresentanti, appunto,
 - che possono usare lo schermo della volontà generale per propagandare una data ideologia
 - ed imporre la propria volontà sulle masse.

Notevole è stata l'influenza di Rousseau sul diritto scaturito dalla Rivoluzione francese:

- esso è percepibile **nelle dichiarazioni dei diritti dell'uomo** e dalle carte costituzionali che accolgono la definizione stessa di legge data da Rousseau

Art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Art. 6 - La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti.

art. 6 della costituzione del 1791.....

Art. 6 – La legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti alla sua formazione. Essa deve essere la medesima per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti.

art. 4 della costituzione del 1793

Art. 4 – La Legge è l'espressione libera e solenne della volontà generale; essa è la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca; può ordinare solo ciò che è giusto e utile alla società; non può vietare se non ciò che le è nocivo.

art. 6 della costituzione del 1795

Art. 6 – La legge è la volontà generale, espressa dalla maggioranza dei cittadini, o dei loro rappresentanti.

Ancora, **l'influenza** di Rousseau **si ha:**

- **nei postulati di uguaglianza che vengono recepiti nelle riforme legislative**
- **nell'atteggiamento antiassociazionistico**
 - che sta alla base della **legge Le Chapelier** del **14 giugno 1791**
 - legge che proibì il regime di esercizio collettivo dei mestieri operai (le corporazioni),
 - compresi tutti i regolamenti sociali particolari,
 - e conseguentemente anche il regime derogatorio delle manifatture privilegiate
 - e in generale di tutti i mercati contadini.
 - **e nelle altre leggi similari.**

Anche le sue idee di codificazione ebbero vasta eco:

- Vediamo le istanze di riforma del diritto civile negli *Chaiers de doléance* - stati generali 1789

3° STATO DI PARIGI – Redatto da Guy Target – “Codice unico, chiaro e preciso, che impedisca l’arbitrio giudiziale”.....Target che poi sarà autore d’uno progetto di Codice.

3° STATO DI NEMOURS - “redazione di un progetto di Codice civile comune a tutto il regno che riunisca i precetti più saggi del diritto romano e del droit coutumier, eliminando quelli non conformi alla giustizia ed alla ragione”.

Durante la rivoluzione

- La Codificazione sarà prevista come obbligo costituzionale
- Obiettivo dell’Assemblea nazionale costituente anche per la sua efficacia di
 - simbolo d’unità nazionale,
 - guida dell’individuo verso il bene
 - rigenerare la società attraverso la legge

Deliberazione 5 luglio 1790 sull’organizzazione giudiziaria:

art. 19 : *Le leggi civili saranno riformate dal legislatore. E sarà fatto un codice generale di leggi semplici, chiare ed appropriate alla costituzione.*

Costituzione monarchica 3 settembre 1791:

Titolo I: *“Sarà fatto un codice di leggi civili comune a tutto il reame”*

Costituzione Giacobina 24 giugno 1793: Art. 85:

“I codici di leggi civili e criminali saranno comuni a tutta la nazione”

Infine, l’influenza riguarda il caratteristico spirito rivoluzionario.

- uno spirito anch'esso astratto e caratterizzato da un radicalismo teorico estremo
- dal quale sono scaturite gran parte delle istituzioni e delle codificazioni che lo Stato contemporaneo ha ereditato e conservato.