



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM IN

LOGICA DEL DIRITTO SOCIALE E TEORIE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

CICLO XXVI (2011-2013)

LA TEORIA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI DI MONTESQUIEU

RELATORE

CHIAR.MO PROF. ADRIANO BALLARINI

COORDINATORE

CHIAR.MO PROF. ADRIANO BALLARINI

DOTTORANDA

DOTT.SSA ALBERTA DI BERARDINO

ANNO 2014

INDICE

INTRODUZIONE

Capitolo I – MONTESQUIEU E LA POLITICA

1. Montesquieu: dalla sociologia alla separazione dei poteri.....p.7
2. Il diritto e la giustizia.....p.19
3. Un nuovo metodo
 - a. Il metodo empirico.....p.22
 - b. Il capovolgimento del contrattualismo classico e la *ratio*.....p.26
4. Natura e princìpi dei governi.....p.35
5. Le tre forme di governo.....p.38
6. Il dispotismo: una nuova chiave di lettura.....p.54

Capitolo II – LA TEORIA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI

1. Le libertà e la legge.....p.60
2. «Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con il cittadino».....p.64
3. «Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione».....p.68
4. Il mito della separazione dei poteri: una lettura critica.....p.83

**Capitolo III – LA SEPARAZIONE DEI POTERI: EVOLUZIONE DI
UN PRINCIPIO**

1. Le interpretazioni sulla teoria della «separazione dei poteri».....p.88
2. La nuova chiave di lettura: la tesi di Michel Troper.....p.101
3. Le tre versioni della separazione dei poteri: la sintesi di Mauro Barberis.....p.106

BIBLIOGRAFIA

- Monografie e volumi collettanei.....p.115
- Articoli su rivista.....p.124

INTRODUZIONE

Alla base delle principali formulazioni dei problemi giuridici e politici dell'età dei Lumi, nonché punto di avvio privilegiato di un gran numero di riflessioni speculative del secolo XIX, può essere senza alcun dubbio posta l'opera di Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu, ed in particolare il testo cardine del suo pensiero, l'*Esprit des Lois*.

Proprio all'analisi della più significativa opera giuridica-politica-sociale del filosofo bordolese della prima metà del Settecento è rivolto il presente lavoro, con attento riferimento alla teoria della separazione dei poteri, da Montesquieu elaborata e che trova l'addentellato nel cruciale Libro XI del testo in esame.

Quando nel 1748 il libro di Montesquieu fu pubblicato a Ginevra, e nell'arco temporale di appena due anni letto in tutta Europa e già oggetto di ben ventidue edizioni, il «padre» del moderno costituzionalismo non avrebbe mai potuto immaginare che stesse offrendo un vivace contributo allo sviluppo intellettuale di quegli uomini che, nel 1787, avrebbero scritto la Costituzione degli Stati Uniti e che, tutte le parti che intervennero nel dibattito che la precedette, lo avrebbero citato come un'autorità. Montesquieu e la sua teoria della separazione dei poteri, infatti, divennero tra Sette e Ottocento il collegamento imprescindibile tra l'idea tradizionale e quella moderna di governo costituzionale, tanto da portare alcuni studiosi ad attribuire al filosofo di La Brède l'appellativo di «oracolo in due Continenti»¹. È sufficiente del resto qui ricordare che, quando ancora il movimento dei *philosophes* viveva la sua fase embrionale, Montesquieu già poneva le basi del loro pensiero e di tutta la moderna impostazione teorica dello stato liberale. Un'eredità pesante, dunque, quella lasciata da Montesquieu, e con la quale, necessariamente, dovettero

¹ Cfr. J.H. Shklar, Montesquieu, Bologna, Il Mulino, 1987, p.115.

confrontarsi i suoi successori. Un vero e proprio percorso alla inesauribile ricerca di una libertà e alla scoperta di nuovi strumenti di garanzia della stessa. È su questo terreno che si realizza l'incessante opera di Montesquieu e del costituzionalismo, il cui processo fatto di lotte e conquiste sembra non giungere mai a reale conclusione.

Al fine di agevolare la comprensione dei nodi cruciali del pensiero giuridico del filosofo francese, proponendo un metodo rigorosamente legato all'analisi testuale, si è cercato di illustrare ed esaminare le principali tematiche dell'*opus maius* di Montesquieu: dalla teoria della tripartizione dei governi (repubblica, monarchia e dispotismo) a quelle sulla libertà politica e le forme istituzionali che meglio la realizzano, proponendo altresì alcune chiavi di lettura del pensiero montesquiviano offerte dai più significativi interpreti ottoneviceschi dell'opera del filosofo.

Nello specifico, il primo capitolo, dopo aver ricostruito un'ampia e dettagliata rassegna di studi degli ultimi cinquant'anni annidati attorno alle speculazioni filosofiche, politiche, giuridiche e sociali di Montesquieu, concentra innanzitutto il proprio *focus* sui concetti di «diritto» e «giustizia», sulla nuova accezione montesquiviana della legge, sganciata dalla morale e dalla teologia (da qui le dure accuse di ateismo e di deismo mosse al filosofo), e sullo scarso interesse mostrato dall'Autore per le teorie sullo stato di natura che riverbera le sue conseguenze nel capovolgimento del concetto del contrattualismo classico.

Nella seconda parte del capitolo si passa, quindi, ad analizzare la natura ed i principi dei governi individuando le caratteristiche precipue delle tre forme governative, per le quali Montesquieu, differenziandosi dal pensiero classico, proponeva una classificazione di tipo valutativo che permetteva di distinguere le forme corrette da quelle corrotte.

Al riguardo si mettono altresì in luce le caratteristiche specifiche di una delle tre forme, quella dispotica, tra le più interessanti dal punto di vista interpretativo, in quanto intesa non più come possibile degenerazione del governo monarchico, ma

come forma autonoma in cui la religione gioca il complesso ruolo di limite all'arbitrio.

Il secondo capitolo focalizza, invece, l'attività speculativa sulla teoria della separazione dei poteri. Prima di addentrarsi nell'analisi della struttura politica- istituzionale, Montesquieu prende però in esame il concetto di libertà politica, i suoi caratteri ed il rapporto con la libertà filosofica. Ne discende l'interesse del nostro lavoro per le «leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con il cittadino» e per le «leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione». Il punto nodale della ricerca è qui sviluppato cercando di rivolgere la propria attenzione ai tre poteri statuali individuati da Montesquieu (il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti ed il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile) e ai loro reciproci rapporti.

Nell'ultimo capitolo, infine, si forniscono le più accreditate riflessioni speculative sull'evoluzione del concetto di separazione dei poteri, partendo dai sempre validi studi di Charles Eisenmann per arrivare, tra gli altri, a quelli più recenti ed interessanti di Michel Troper e Mauro Barberis, nel tentativo di comprendere le modalità attraverso le quali si sia passati dall'accezione della separazione dei poteri, come la si intendeva nel diciottesimo secolo, all'interpretazione fornita successivamente nel corso del diciannovesimo secolo fino alle più attuali chiavi di lettura.

Capitolo I – MONTESQUIEU E LA POLITICA

1. Montesquieu: dalla sociologia alla separazione dei poteri

La rassegna di studi che ruota attorno alle speculazioni filosofiche, politiche, giuridiche e sociali di Montesquieu è indubbiamente molto ampia ed estesa.

Una figura cardine a livello internazionale per coloro che hanno studiato Montesquieu, o che comunque si apprestano a farlo, è inequivocabilmente rappresentata da Louis Althusser. Il filosofo francese, che ha attraversato quasi l'intero secolo ventesimo e si è reso protagonista dello strutturalismo degli anni Sessanta, ha svolto un ruolo primario nell'analisi del pensiero politico di Montesquieu.

La sua opera principale *Montesquieu, la politique et l'histoire* è stata pubblicata per la prima volta nel 1959 e proposta in Italia dalla casa editrice romana Samonà e Savelli, nella traduzione di Bonaventura Menato, esattamente dieci anni più tardi.

Come manifestato dall'autore stesso nella premessa all'opera, l'intento è quello di fornire un «ritratto vivo del personaggio Montesquieu»¹, interessandosi però non alla sua vita interiore bensì alla sua passione per le materie giuridiche e per la politica. Da qui la riconosciuta attribuzione al barone di La Brède del ruolo di fondatore «della scienza politica»², distinguendolo chiaramente dai suoi predecessori. Secondo Althusser fu

¹ Cfr. L. Althusser, *Montesquieu la politica e la storia*, trad. it. a cura di B. Menato, Roma, Edizioni Samonà e Savelli, 1969, p. 7.

² Ivi, p. 11.

proprio Montesquieu ad attuare una vera e propria «rivoluzione nel metodo», in quanto, pur non essendo stato il primo a concepire l'idea di una fisica sociale, di sicuro è stato il primo a volerle infondere lo spirito della fisica nuova, il primo a «voler partire non dalle essenze ma dai fatti, per trarre da questi fatti le loro rispettive leggi»³. Da qui il suo scopo primario che non è quello di cogliere delle essenze, bensì di scoprire delle leggi (come conseguenza di questo suo intento, poi scaturirà, secondo Althusser, anche una nuova teoria della legge⁴).

Se Althusser rappresenta una vera e propria eccellenza nel mondo della filosofia francese (e non solo), tra i maggiori interpreti italiani di Montesquieu va senza dubbio annoverato il filosofo Sergio Cotta il quale, oltre ad aver percepito e analizzato le indagini del barone di La Brède in chiave sociologica, confluite poi nel testo *Montesquieu e la scienza della società*, prezioso lavoro giovanile dato alle stampe nel 1953 per la casa editrice torinese Ramella, ne ha indagato anche il pensiero politico-giuridico. Proprio nella sua prima opera, tuttavia, Cotta, con grande originalità, riesce già a fornire un'analisi preliminare, del pensiero politico del filosofo francese ancorandolo però necessariamente ad una più importante dimensione sociale. Secondo Cotta, infatti, la dottrina costituzionale «non costituisce che una ben piccola parte del pensiero montesquiviano, il cui scopo è quello di fondare una scienza empirica della società»⁵. Proprio in tale riuscito tentativo consiste secondo Cotta, l'apporto più significativo del filosofo di La Brède all'evoluzione del sapere umano. Ecco perché nel suo testo, l'autore cerca di dimostrare come in tutta l'opera di Montesquieu si realizzi un graduale processo di formazione di una

³ Ivi, p. 15.

⁴ Ivi, p. 27-39.

⁵ Cfr. S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, Edizioni Ramella, 1953, p. 7.

scienza empirica della società. Processo, peraltro, assolutamente cosciente, di cui Cotta cerca di stabilire «i fondamenti filosofici e scientifici e le caratteristiche metodologiche non solo in sé, ma anche nei loro rapporti con il pensiero del tempo»⁶.

Attraverso un'attenta divisione in sette capitoli del suo volume, Sergio Cotta riesce ad introdurre il lettore nel contesto storico in cui Montesquieu visse e soprattutto lo avvicina al suo orizzonte speculativo ed al suo innovativo metodo di lavoro, che si evolve a partire dagli scritti giovanili fino alla completa maturazione riscontrabile nell'opera principale dell'*Esprit des Lois*, frutto delle riflessioni dell'intera vita del filosofo bordolese. Da questa analisi compiuta da Cotta si riesce a cogliere la vera essenza del pensiero di Montesquieu, realizzando l'impresa, fallita da altri, di non snaturare l'*Esprit des Lois*, di non ridurla dunque soltanto alla teorizzazione del sistema inglese o considerandone come aprioristiche le conclusioni scientifiche, bensì cogliendone il valore in stretta relazione con quel percorso compiuto faticosamente dall'autore nelle opere precedenti e poi sfociato in questo testo più maturo.

Più strettamente connessi al tema della politica nell'opera di Montesquieu sono invece altri due lavori di Sergio Cotta, collocabili comunque già a cavallo tra gli anni Novanta ed il nuovo Millennio e quindi ascrivibili entrambi ad una fase più compiuta dell'elaborazione filosofica dello stesso Cotta. Ci si riferisce in questa sede all'agile e quanto mai utile testo *Il pensiero politico di Montesquieu*, edito nel 1995 dalla casa editrice Laterza, ed al più recente *I limiti della politica*, pubblicato dal Il Mulino nel 2002.

Nel primo dei due lavori citati Sergio Cotta si appresta fin da subito a delineare, con estrema chiarezza e lucidità, l'organizzazione dell'*Esprit des Lois* rinvenendo in essa ciò che Cotta stesso chiama «triangolazione

⁶ Ivi, p. 8.

ermeneutica», la quale esprime gli obiettivi della ricerca di Montesquieu costituiti da «principi» – «spirito» – «regole ed eccezioni»⁷. L'analisi di Sergio Cotta dell'opera, dopo aver sottolineato la prospettiva filosofica dell'*Esprit*, prosegue fino a giungere alla descrizione del sistema politico definito da Montesquieu, costituito dalla tipologia dei governi, ed alla parallela analisi dei relativi principi politici e del principio morale. Ad arricchire il volume ed a farne uno strumento di lavoro particolarmente valido per chi intendere esaminare a tutto tondo l'opera del filosofo francese, contribuiscono una sintetica ma esaustiva nota bio-bibliografica di Montesquieu ed una selezionata antologia di testi, all'interno della quale Cotta ci fornisce la felice immagine dell'*Esprit des Lois* quale «mosaico o sintesi mirabile raccogliente in modo organico le innumerevoli informazioni e riflessioni accumulate dal Presidente lungo tutta la vita e, se non utilizzate, custodite nelle *Pensées*, nello *Spicilège*, nelle venti voluminose raccolte sistematiche di notizie, andate tutte perdute eccetto una: *Geographica II*»⁸.

Nel lavoro *I limiti della politica*, invece, Sergio Cotta realizza probabilmente, soprattutto nella prima parte del volume, uno dei più significativi e riusciti tentativi di accostamento della figura di Montesquieu ad altri pensatori precedenti, contemporanei e successivi. In decisa opposizione rispetto ad Hobbes, ed anche con più precisione e rigore che non si trovi in Locke, è Montesquieu a rivelarsi, secondo l'interpretazione di Cotta, quale il teorico più sistematico della divisione dei poteri come fattore di stabilità e di libertà. Da qui l'attenta analisi fornita dall'autore in merito al ruolo attribuibile, secondo Montesquieu, alla religione ed alla sua funzione politica, o relativamente alla collocazione delle speculazioni

⁷ Si veda al riguardo S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 8.

⁸ Ivi, p. 171.

filosofiche dello stesso Montesquieu nel contesto storico e culturale dell'Europa illuminista della metà dell'Settecento. Del resto, come efficacemente sottolineato da Cotta, appare evidente come «l'opera del filosofo di La Brède rappresenti il punto cruciale del pensiero politico settecentesco – e come tale fu sentita dagli scrittori del tempo, i quali non poterono fare a meno di cimentarsi con essa»⁹.

In questa sede è altresì opportuno precisare che, oltre a quelli sopra citati, molti altri sono gli studiosi attraverso le cui riflessioni si possono ulteriormente conoscere ed apprezzare la valenza e il contributo che il barone di La Brède ha fornito alla scienza politica. In tal senso appare quanto mai doveroso ricordare i lavori di Dino Del Bo e Enrico Vidal, che, seppur pubblicati intorno alla metà del XX secolo, rappresentano ancora oggi dei preziosi punti di riferimento per chiunque intende avvicinarsi allo studio di Montesquieu.

Ci si riferisce in particolare al testo di Dino Del Bo *Montesquieu le dottrine giuridiche e politiche*, edito nel 1943 dall'Istituto di Propaganda Libreria di Milano¹⁰; ed al sempre valido contributo di Enrico Vidal dal titolo *Saggio sul Montesquieu con particolare riferimento alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica*, pubblicato dalla Giuffrè nell'immediato dopoguerra (1950)¹¹.

Nel primo caso l'autore cerca di illustrare le dottrine giuridiche del filosofo francese nella speranza di far risaltare il più possibile la sua condizione di pensatore e giurista di eccellente valore. Proprio per offrire un quadro completo ed esaustivo, Del Bo si preoccupa innanzitutto di definire con accuratezza il momento storico della vita e dell'azione di

⁹ Cfr. S. Cotta, *I limiti della politica*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 150.

¹⁰ Si veda D. Del Bo, *Montesquieu le dottrine giuridiche e politiche*, Milano, Istituto di Propaganda Libreria, 1943.

¹¹ Si veda, E. Vidal, *Saggio sul Montesquieu con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica*, Milano, Giuffrè Editore, 1950.

Montesquieu, prima di provare ad individuare l'«animus» politico del pensatore di La Brède. Da qui un'attenta analisi della sua metodologia di indagine, delle principali interpretazioni del suo pensiero, oltre che una scrupolosa comparazione tra il pensiero del bordolese ed il giusnaturalismo e le sue dottrine. Ciò che risulta particolarmente utile ed attuale del contributo di Del Bo è però soprattutto l'ampia panoramica offerta circa il concetto di diritto e di leggi, la nozione di giustizia nonché l'individuazione dei rapporti tra diritto e morale, religione e diritto, politica e diritto, sempre a partire dall'analisi diretta dei lavori di Montesquieu, quasi che volta volta le risposte stesse alle domande poste da Del Bo, vengano ricavate direttamente dal testo del pensatore settecentesco senza avvertibili, almeno all'apparenza, forzature di sorta. Interessante, infine, anche nell'ottica di proiettare il pensiero montesquiviano verso orizzonti contemporanei, il tentativo, peraltro migliorabile alla luce di più recenti contributi, di mettere in luce l'influenza esercitata da Montesquieu sulle successive dottrine giuridico-politiche, a partire proprio dalle teorie sviluppate da Rousseau¹².

Sfida altrettanto interessante è quella posta in essere dallo studioso di origine turca Enrico Vidal che, all'inizio degli anni Cinquanta, provava a ridefinire il valore storico, sociale e culturale dell'opera di Montesquieu, prendendo in esame sia i giudizi forniti da illustri personaggi ottocenteschi sull'opera del filosofo bordolese (si pensi alle valutazioni quanto mai contrastanti proposte da Ludwig von Haller e da Villemain), sia cogliendo i punti di vicinanza e di lontananza esistenti tra l'opera di Montesquieu e quelle precedenti o coeve di altrettanto importanti figure europee quali, solo

¹² Dino Del Bo evidenzia, in particolare, il portato del termine libertà in Montesquieu attraverso un'analisi comparativa con Rousseau. Infatti, mentre per quest'ultimo la libertà ha un contenuto essenzialmente morale, per Montesquieu esso è strettamente connesso alla legge positiva. A corroborare quanto appena detto soccorre proprio la definizione che lo stesso autore fornisce nell'*Esprit des Lois* definendo libertà come potestà di fare tutto ciò che le leggi permettono. Si veda al riguardo D. Del Bo, *Montesquieu le dottrine giuridiche e politiche*, cit., p. 310.

per citarne alcune, Machiavelli, Althusius, Hobbes e Locke. Punto nevralgico del volume di Vidal è la definizione, ancora oggi considerevole di riflessione, dell'*Esprit de Lois*. Secondo lo studioso sarebbe assolutamente riduttivo ed errato definirlo soltanto un trattato politico. Esso, invece, si presenta come «un saggio sull'uomo, tanto più apprezzabile quanto più rare sono opere simili, malgrado che dal Rinascimento in poi non scarseggiano davvero ripetute enunciazioni umanistiche»¹³. In tal senso, secondo Vidal, «la sua riduzione addirittura ad un semplice trattato di legislazione, avanzata da chi si lasciò suggestionare dalla mera lettera del titolo, non può che rendere ancora più difettoso il punto di vista da cui deve essere guardata quest'opera per essere rettamente intesa»¹⁴. Per quanto concerne, infine, una peculiarità interessante del contributo di Vidal, difficilmente rinvenibile in altri testi, si può rintracciare nell'indagine volta ad evidenziare l'influenza esercitata su Montesquieu dagli scrittori politici italiani, un'influenza ritenuta maggiore di quanto si possa sospettare e di quanto sostenuto da taluni studiosi¹⁵. In particolar modo Vidal si sofferma assai a lungo sul presunto intimo rapporto esistente tra l'opera di Montesquieu e quelle del letterato e giurista Gian Vincenzo Gravina e del filosofo e matematico genovese Paolo Mattia Doria, la cui *Vita Civile*, rappresenterebbe secondo Vidal, il «testo che sembra essere stato tenuto

¹³ Cfr. E. Vidal, *Saggio sul Montesquieu con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e delle politica*, cit., p. 16.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Si pensi in modo particolare al Ferrari ed al suo testo, più volte citato da Vidal, *Corso sugli scrittori politici italiani*, edito nel 1862 (l'edizione alla quale fa riferimento Vidal è però quella riedita nel 1929), nel quale l'autore sostiene che Montesquieu, nell'aver indagato lo spirito delle leggi, non sia affatto da ritenere un debitore degli studiosi italiani di tali settore. Si veda G. Ferrari, *Corso sugli scrittori politici italiani*, Milano, Tipografia F. Manini, 1862.

sempre presente dal Montesquieu, durante i lunghi anni di studio al castello di La Brède»¹⁶.

Per una più completa analisi del pensiero politico-giuridico del filosofo francese è, però, assolutamente vincolante ed imprescindibile il richiamo al filosofo contemporaneo Domenico Felice che a tutt'oggi risulta essere tra i più accreditati studiosi di Montesquieu nel panorama nazionale ed internazionale. Direttore della rivista *Montesquieu.it*, pubblicazione periodica nata nel 2009 all'interno dell'Università degli Studi di Bologna, Felice dedica da circa trent'anni le proprie attenzioni di studioso al pensiero del pensatore bordolese. Tra i suoi lavori più significativi si ricordano in particolar modo i sempre validi volumi *Montesquieu in Italia. Studi e traduzioni: 1800-1985* (pubblicato dalla CLUEB nel 1986), *Pour l'histoire de la fortune de Montesquieu en Italie* (edito da Thema nel 1990), *Modération et justice. Lectures de Montesquieu en Italie* (1995 a cura della casa editrice Fuorithema) e *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu* (la prima edizione di tale curatela, pubblicata da Liguori Editore, è datata 1998), oltre ai più recenti ed aggiornati *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu* (pubblicato nel 2000 per la Ets), *Libertà, necessità e storia: percorsi dell'Esprit de Lois di Montesquieu* (2003 per Bibliopolis), *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali: dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des lois di Montesquieu* (2005 per Olschki), *Politica, economia e diritto nell'«Esprit des Lois» di Montesquieu* (lavoro pubblicato nel 2009, appartenente alla prestigiosa collana «Quaderni di Dianioia», edita da CLUEB). Per quanto concerne le tematiche di nostro interesse appare necessario soffermarsi in modo particolare su tre dei testi citati nel tentativo di enucleare, in maniera

¹⁶ Cfr. E. Vidal, *Saggio sul Montesquieu con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e delle politica*, cit. p. 21.

sintetica ma si spera esaustiva, alcuni dei risultati della ricerca trentennale sviluppata e coordinata da Domenico Felice e dal suo valido gruppo di lavoro sui grandi temi dell'*Esprit des Lois*.

Come ricordato, nel 1998, in occasione del 250° anniversario della pubblicazione dell'*opus magnum* di Montesquieu, fu pubblicato il volume *Leggere l'Esprit des Lois*, raccolta di sei saggi curata dal prof. Felice¹⁷, in cui si affrontano chiaramente alcuni percorsi: il concetto di dispotismo; la teoria della libertà politica; il problema del rapporto ambiente naturale/dinamica delle società politiche; la riflessione sul *commerce*; la questione del nesso tra religione e società; e, con particolare riferimento alle vicende di Roma antica, il nesso tra diritto e storia¹⁸. Ogni saggio ovviamente propone approcci interpretativi diversi ma tutti sembrano essere accomunati dalla volontà di indagare con minuzia di particolari la straordinaria ricchezza e complessità «di un testo che non cessa mai di “faire penser”, ovvero [...] di far emergere continuamente nuove soluzioni agli infiniti problemi che investiga, o che magari solo oggi si presentano»¹⁹.

¹⁷ In tutti e tre i volumi a cui si fa riferimento la divisione è la medesima. Si tratta sempre di una raccolta di sei contributi, uno per ciascuna delle sei «parti» in cui il filosofo borsese ha suddiviso la sua opera. Come è noto, sei sono le parti in cui Montesquieu suddivise *l'Esprit des Lois*: la prima e la seconda incentrate, rispettivamente, sullo studio della tipologia delle forme di governo e del problema della libertà politica; la terza dedicata all'analisi dell'influenza delle cause fisiche e morali sul carattere dei popoli e sulle loro istituzioni giuridico-politiche; la quarta, all'esame del rapporto tra le leggi e il commercio, la moneta e lo sviluppo demografico; la quinta, all'indagine del nesso tra le leggi e la religione; la sesta ed ultima, infine, alla maniera di comporre le leggi e soprattutto all'evoluzione storica del diritto.

¹⁸ Nell'opera in oggetto, *Leggere l'Esprit des Lois*, i saggi sono a cura di Domenico Felice (*Una forma naturale e mostruosa di governo: il dispotismo*), Sergio Cotta (*Montesquieu e la libertà politica*), Rolando Minuti (*Ambiente naturale e dinamica delle società politiche: aspetti e tensioni di un tema di Montesquieu*), Eluggero Pii (*Montesquieu e l'esprit de commerce*), Lorenzo Bianchi (*Montesquieu e la religione*), Umberto Roberto (*Diritto e storia: Roma antica nell'Esprit des lois*).

¹⁹ Cfr. D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, Liguori Editore, 1998, p. 5.

Cinque anni più tardi, nel 2003, con il nuovo volume collettaneo *Libertà, necessità e storia*²⁰, si intendeva far compiere un ulteriore passo in avanti allo stato delle ricerche sul capolavoro di Montesquieu. Da qui la necessità di sviluppare ed indagare in maniera organica nuovi temi presenti nell'*Esprit*: i differenti modelli repubblicani proposti dal filosofo bordolese; l'autonomia della giustizia e la filosofia della pena; il concetto di *esprit o caractère général* delle nazioni e le cause geo-climatiche e storico-culturali che concorrono a formarlo; l'interdipendenza tra demografia, economia e società; il rapporto tra leggi divine e leggi umane; la genesi e la strutturazione dell'identità culturale e politica europea.

La ricerca proposta da Felice si conclude nel 2009 con l'ultimo volume della triade, *Politica, economia e diritto nell'«Esprit des Lois» di Montesquieu*²¹, nel quale è nuovamente riproposta la divisione in sei contributi in cui si affrontano sei nuove tematiche rintracciabili nell'opera montesquiviana: il modello della “monarchia” dei poteri intermedi; la concezione della repubblica federativa; il problema della relazione tra modi di *subsistance* e leggi; la riflessione su Roma e la storia economica e sociale del mondo antico; la questione del rapporto tra leggi e «ordine delle cose sulle quale esse statuiscono»; il tema delle regole da seguire nella composizione delle leggi. Proprio nell'analisi di questo argomento viene

²⁰ In tale volume, curato da Domenico Felice i saggi sono di Thomas Casadei (*Modelli repubblicani nell'«Esprit des Lois». Un “ponte” tra passato e futuro*), Domenico Felice (*Autonomia della giustizia e filosofia della pena nell'«Esprit des Lois»*), Carlo Borghero (*Libertà e necessità: clima ed “esprit général” nell'«Esprit des Lois»*), Salvatore Rotta (*Demografia, economia e società in Montesquieu*), Lorenzo Bianchi (*Leggi divine e leggi umane. Note sulla religione nel libro XXVI dell'«Esprit des Lois»*), Umberto Roberto (*Montesquieu, i Germani e l'identità politica europea*).

²¹ In tale volume Marco Goldoni si occupa de *L'onore del potere giudiziario: Montesquieu e la monarchia dei poteri intermedi*; Mario Cattaneo di *Montesquieu e la repubblica federativa*; Thomas Casadei e Domenico Felice (quest'ultimo ancora una volta curatore dell'intera opera) di *Subsistance, code des lois ed état politique nel libro XVIII dell'Esprit des Lois*; Umberto Roberto di *Roma e la storia economica e sociale del mondo antico nell'Esprit des Lois*; Carlo Borghero de *L'ordine delle leggi e la natura delle cose nel libro XXVI dell'Esprit des Lois*; Giovanni Cristani de *L'esprit du législateur. Riflessioni sul libro XXIX dell'Esprit des Lois*.

enunciato il principio-cardine di tutto l'*Esprit des Lois*, vale a dire il principio secondo cui lo «spirito del legislatore deve essere improntato alla moderazione perché il bene politico, come il bene morale, si trova sempre tra i due estremi»²².

Nell'insieme, dunque, i tre volumi citati costituiscono la più ampia, puntuale ed equilibrata "introduzione" ad un classico del pensiero filosofico-politico occidentale. Partendo da un'attenta analisi dei testi, infatti, gli autori dei contributi centrano l'obiettivo di riuscire ad esaminare ed illustrare le grandi tematiche dell'opera di Montesquieu: dalla teoria della tripartizione dei governi a quelle sulla libertà politica e le forme istituzionali che meglio la realizzano; da quella sui fattori fisici e morali che condizionano le leggi e costituiscono lo spirito generale a quella sui rapporti tra economia e politica e tra società e Stato nella storia antica e moderna, occidentale e orientale; dalla questione del ruolo della religione nella vita sociale e politica dei diversi popoli della terra a quella del rapporto tra leggi e storia e tra leggi e legislatore. Come efficacemente sottolineato da Domenico Felice, su ciascuno di questi argomenti, il contributo di Montesquieu è stato determinante, «sia per il grandioso sforzo di sintesi di tutto il sapere giuspolitico precedente sia, soprattutto, per la *novitas* assoluta delle soluzioni proposte, soluzioni che hanno concorso in misura rilevante alla creazione delle odierne istituzioni democratiche»²³.

Montesquieu, dunque, secondo quanto sostenuto da Domenico Felice, è il più importante teorizzatore dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo negli Stati moderni. Tutte le costituzioni democratiche hanno necessariamente contratto un debito con il barone di La Brède: quella americana, in particolare, risulta però essere la più somigliante al modello

²² Cfr. C.L. Montesquieu, *Esprit des Lois*, trad. it. a cura di S. Cotta, 2 voll., Torino, UTET, 1965, vol. II, p. 289.

²³ Cfr. D. Felice (a cura di), *Politica, economia e diritto nell'«Esprit des lois» di Montesquieu*, Bologna, CLUEB, 2009, p. X.

che aveva proposto all'interno delle sue opere. Il grande studioso francese, fondatore della teoria politica della separazione dei poteri, deve essere dunque considerato quale il filosofo per eccellenza del governo moderato: quella moderazione che, secondo Felice, può essere considerata quale unico modo di governare, ma anche quale ricerca del giusto mezzo tra le divergenze.

La breve rassegna bibliografica innanzi svolta permette di orientarsi nel pensiero di Montesquieu attraverso le indagini, le analisi e le riflessioni dei maggiori filosofi. Più in particolare, gli autori che si sono avvicinati allo studio dell'*Esprit des Lois* ne hanno messo in luce i molteplici itinerari di ricerca rinvenibili nella sua opera, ciascuno dei quali meritevole di essere approfondito.

Attraverso il presente lavoro, tuttavia, si tenterà di mettere a fuoco solo alcuni degli aspetti evidenziati dagli autori summenzionati.

Nel primo capitolo, dopo aver preso in esame il concetto di giustizia e di legge, si passerà ad esaminare le tipologie di governo, i principi regolatori che li reggono e le relative degenerazioni. Infine, si illustrerà, più in particolare, la forma di governo dispotica, la quale non viene presentata quale forma corrotta bensì come autonoma forma di governo.

Successivamente si analizzerà la teoria della separazione dei poteri ponendo l'accento sul relativo controllo incrociato tra i poteri dello Stato, o bilanciamento, che ha rappresentato uno dei punti cardine del costituzionalismo moderno.

In ultima istanza, si cercherà di fornire un adeguato quadro storico-politico del periodo compreso tra il XVIII ed il XIX secolo, sì da poter individuare i riflessi che le speculazioni filosofico-giuridiche ebbero sul quadro istituzionale.

2. Il diritto e la giustizia

Punto di partenza della maggior parte delle formulazioni dei problemi giuridici e politici dell'Illuminismo, nonché origine di molte riflessioni speculative più tarde della Restaurazione e del mondo positivista, è sicuramente da rintracciare nell'opera di Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu.

Proprio per tale ragione, si avverte sin dall'inizio del nostro discorso l'esigenza di chiarire le coordinate entro le quali il barone di La Brède, si muove e, dunque, è opportuno comprendere il portato significativo di taluni termini, le accezioni, nonché i rapporti e le connessioni che si instaurano tra gli stessi.

Per quanto riguarda l'insorgenza del diritto, il perché del suo sviluppo e le distinzioni alle quali la scienza giuridica abitualmente deve ricorrere, non sembra potersi rintracciare nell'*Esprit des Lois*, opera principale di Montesquieu, indicazioni utili in tal senso. Nei primi capitoli del testo, tuttavia, si fa menzione di uno stato di guerra che, verificatosi in principio tra i singoli, li spinge poi a raggrupparsi in determinate organizzazioni o società. Proprio la previsione di un conflitto tra le medesime società darebbe origine da una parte al diritto civile, che regola i rapporti tra i singoli individui, dall'altro al diritto delle genti, traducibile in una sorta di diritto internazionale, che disciplina e regola le relazioni tra gli Stati²⁴.

È, altresì, la previsione dello stato di guerra a stabilire in mezzo agli uomini la legge, la quale rappresenta la più immediata realtà del diritto in quanto quest'ultima attribuisce al diritto stesso il compito e la possibilità di entrare dentro l'organizzazione politica dello Stato.

²⁴ Si veda C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, pp. 61-65.

A ciò si riconnette l'esigenza di Montesquieu di individuare nel principio di ogni governo la misura del suo diritto, prevedendo, al contempo, i pericoli che si prospettano quando uno di questi principi sia tradito. Il principio presente in ciascun governo individuato da Montesquieu ha un immediato riflesso sulle leggi le quali, a loro volta, esprimono il relativo diritto²⁵.

Da un'analisi unitaria del testo, tuttavia, si evince che il filosofo bordolese non parli di un diritto in senso unitario. Questo perché i governi menzionati nell'*Esprit des Lois* sono la «repubblica», la «monarchia» e il «dispotismo», ciascuno dei quali governato da proprie leggi. Pertanto, dato che le leggi sono diverse a seconda del governo al quale si riferiscono, altrettanto diversificato è il diritto che trova nelle leggi la sua espressione.

Sulla stessa linea Montesquieu si muove con riguardo al concetto di giustizia, in quanto, anche in questo caso, non rinviene come esistente un tipo ideale ed unitario di giustizia.

Sotto questo profilo, infatti, il barone di La Brède non parla di una giustizia pura di tipo universalistico ma la fa rientrare nell'organizzazione statale, sicché essa si configura in tipi diversi con differenti principi predominanti. Il limite della permanenza della giustizia è, quindi, segnato e legato ad una determinata forma Stato nel senso che, quando viene meno il suo principio determinante, allora, anche la giustizia viene meno.

Quindi, anche in questo caso, appare evidente la compenetrazione tra una forma di Stato e la sua giustizia, in cui quest'ultima risulta essere la logica espressione della forma di Stato che di volta in volta si attua.

Vi è, tuttavia, una forma di Stato preferibile e che gli uomini dovrebbero eleggere, la quale corrisponde ad uno Stato a carattere

²⁵ *Ibidem.*

democratico-repubblicano. Montesquieu, infatti, in relazione alla modalità di esercizio della giustizia stabilisce che

più la forma di governo si avvicina a quella repubblicana, più diventa stabile il modo di giudicare. [...] Negli Stati dispotici le leggi non esistono: il giudice stesso è la regola. Negli Stati monarchici vi è una legge: il giudice la segue dove è precisa, ne cerca lo spirito dove non lo è. Nel governo repubblicano la natura della costituzione vuole che i giudici seguano la lettera della legge²⁶.

Attraverso queste parole si evince la convinzione dell'Autore dei vantaggi che la suddetta forma di governo produce e, dunque, la garanzia di un'amministrazione della giustizia esercitata attraverso la sicurezza. Una garanzia che, nell'attuale stato di diritto di democrazia pluralista nel quale viviamo, potrebbe trovare corrispondenza nella "certezza del diritto". È opportuno, però, utilizzare questa espressione con estrema cautela e solo al fine di esemplificare le parole del barone di La Brède.

Occorre, allora, distinguere nel pensiero di Montesquieu un'indagine della giustizia effettuata in senso generale, e più vasto, da un'altra speculazione specifica, che attiene alla giustizia nello Stato repubblicano, come tale ritenuto perfetto.

²⁶ Ivi, p. 160.

3. Un nuovo metodo

a. Il metodo empirico

Punto di avvio della ricerca è rappresentato dalla speculazione filosofica di Montesquieu il quale è stato, a più riprese, definito come il fondatore della scienza politica²⁷.

La ragione di tale asserzione è possibile rintracciarla nelle pagine dei suoi molteplici scritti i quali evidenziano la centralità dell'uomo e della ragione che si riverbera, ineluttabilmente, sul significato e sul ruolo della legge positiva sganciata così da un'accezione morale e teologica.

In un'epoca in cui la speculazione politica e giuridica era ancora immersa nelle astrazioni metafisiche, l'opera di Montesquieu si manifesta, dunque, come strumento di pieno rinnovamento. In tal senso, sono emblematiche le parole utilizzate dall'Autore e le precisazioni terminologiche nell'*Avvertenza dell'autore* che aprono l'*opus maius* e che chiariscono perfettamente la strada intrapresa. Egli, infatti, spiega che la virtù della quale si parla nell'*Esprit des Lois* non è una virtù morale o cristiana bensì meramente politica e, allo stesso tempo, «l'uomo virtuoso non è l'uomo virtuoso in senso cristiano ma in senso politico»²⁸.

Nella stessa *Défense de l'Esprit des Lois*²⁹, pubblicata a seguito degli attacchi di matrice giansenista, Montesquieu sottolinea come la sua sia

²⁷ Tale affermazione è attribuibile al filosofo francese ottocentesco Auguste Comte e fu nuovamente ripresa a mezzo secolo di distanza dal sociologo, sempre francese, Émile Durkheim.

²⁸ Cfr. *Avvertenza dell'autore*, in C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p.47.

²⁹ L'enorme successo riscosso dall'*Esprit des Lois* (ventidue edizioni in due anni) rese Montesquieu bersaglio prediletto di violente critiche, mosse soprattutto da ambienti giansenisti (in particolar modo dal giornale «Les Nouvelles ecclésiastiques» nei numeri del 9 e 16 ottobre 1749). A tali attacchi, il filosofo francese rispose nel 1750 con una *Défence de l'Esprit des Lois*, pubblicata anonimamente a Ginevra. Ma l'opera, già condannata dalla Sorbona, venne comunque messa all'Indice nel 1751. Si veda al riguardo

«un’opera puramente di politica e di giurisprudenza»³⁰, proprio a voler evidenziare la sua libertà e la sua indipendenza dalla dogmatica teologica.

È proprio nella *Prefazione* dell’opera summenzionata che l’autore chiarisce le linee guida, decidendo di interloquire principalmente con gli uomini i quali rappresentano con le loro leggi, con i costumi e con le usanze l’oggetto della sua ricerca. Montesquieu, dunque, parte dall’osservazione della realtà, parte dai fatti per poi ricostruire, sulla base degli stessi, le leggi che governano i popoli della terra.

Questa nuova metodologia di ricerca presuppone innanzitutto che la politica e la storia possano essere oggetto di una scienza, al pari di tutte le altre.

Vale la pena di ricordare che tra le più accese critiche che furono mosse all’opera di Montesquieu figuravano le accuse di ateismo, di deismo, di aver taciuto il peccato originale, di aver giustificato la poligamia³¹. Proprio per tale motivo il filosofo bordolese fu costretto più volte a ribadire nella sua *Défense de l’Esprit des Lois* la sua istanza di laicizzazione, attraverso la separazione della politica e del diritto dalla morale e dalla teologia. A tal proposito nella nona obiezione Montesquieu, anonimamente, risponde:

È una cosa triste aver a che fare con un uomo che censura tutti i passi di un libro, non avendo in mente che un’idea dominante. È come la storia di quel parroco di campagna, al

la nota 1 della *Difesa dello Spirito delle Leggi alla quale sono stati aggiunti alcuni schiarimenti*, in C.L. Montesquieu, *Esprit des Lois*, cit., vol. II, p. 463. I testi di questa polemica furono raccolti e pubblicati nelle *Pièces pour et contre l’Esprit des Lois* (Ginevra, Antoine Philibert, 1752).

³⁰ Cfr. *Difesa dello Spirito delle Leggi alla quale sono stati aggiunti alcuni schiarimenti*, in C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. II, p. 463.

³¹ Tra i principali accusatori di Montesquieu vi fu l’abate giansenista Fontaine de La Roche.

quale gli astronomi facevano vedere la luna in un telescopio, e che vi vedeva soltanto il suo campanile...³².

Questa nuova visione della realtà, che si sostanzia nel rifiuto di sottomettere i fatti politici a princìpi religiosi e morali i quali sottendono giudizi di valore, confluisce anche nel concetto e nel significato della legge.

L'accezione moderna di questo concetto, intesa nel senso di "legge scientifica", compare preliminarmente nei lavori dei fisici e dei filosofi del XVI e XVII secolo. Prima di assumere il rapporto costante tra variabili fenomeniche, ovvero prima di riferirsi alla pratica delle scienze sperimentali moderne, la legge faceva parte del mondo della religione, della morale e della politica. La legge era un comandamento e, per tale ragione, esigeva una volontà ordinatrice e delle volontà che portassero ad esecuzione questi ordini. Avendo la legge un'unica struttura si poteva parlare di legge divina, di legge naturale e di legge umana in uno stesso senso. Su questa scia, quindi, le leggi umane non erano che l'eco di quel comandamento originario.

Il pensatore di La Brède dedica proprio il Capo I del Libro Primo *dell'Esprit des Lois* alle «leggi in generale». Al riguardo così si pronuncia:

Le leggi nel loro più ampio significato sono i rapporti necessari derivanti dalla natura delle cose; e, in questo senso, gli esseri tutti hanno le proprie leggi: la divinità, il mondo materiale, le intelligenze superiori all'uomo, gli animali, l'uomo³³.

In questo caso, come pure Sergio Cotta non manca di rilevare, le leggi cui l'Autore si riferisce non sono quelle positive ma quelle

³² Cfr. *Difesa dello Spirito delle Leggi alla quale sono stati aggiunti alcuni schiarimenti*, in C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. II, p. 478.

³³ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 55.

«fenomenologicamente esplicative che delimitano le diverse “nature delle cose”»³⁴.

In questa sede, è opportuno presentare la lettura che uno dei maggiori e più accreditati di Montesquieu, Cotta, appunto, fornisce del summenzionato rapporto.

Egli giustifica l'esistenza di un Dio creatore proprio nella trama e nelle connessioni tra tutti i rapporti, in cui consistono le leggi e la giustizia. In altre parole, l'esistenza di tutti i rapporti tra gli esseri forniscono la prova della concezione metafisica, in cui esiste un Dio creatore e conservatore dell'intero universo il quale, a sua volta, è ordinato e sorretto da leggi immutabili tanto per le cose e gli animali, quanto per gli uomini. Montesquieu dichiara, proprio nelle prime pagine della sua opera, l'esistenza di una «ragione primitiva», e, quindi, ritiene che le leggi altro non siano che i rapporti che si instaurano tra essa e gli esseri, e i rapporti tra gli esseri stessi fra loro.

Cotta rintraccia in ciò che il Barone di La Brède chiama “ragione primitiva” l'Assoluto, al quale tutto si rapporta. Infatti, Montesquieu afferma il legame che congiunge Dio all'universo proprio in quanto creatore e, al tempo stesso, conservatore; le leggi che lo governano, dunque, sono leggi invariabili.

Il disegno speculativo dell'autore, in ordine alle leggi, si completa prendendo in considerazione da un lato le leggi di natura, dall'altro le leggi positive.

³⁴ Cfr. S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., p. 30. Al riguardo l'autore chiarisce altresì che le leggi di cui Montesquieu parla «non sono quelle giuridiche (prescrittive)».

b. Il capovolgimento del contrattualismo classico e la ratio

In prima battuta, il barone di La Brède attribuisce al termine “legge” una lettura di più vasta portata, sì da ricomprendere non solo le leggi umane, con inequivocabile riferimento a quelle giuridiche, ma anche qualsivoglia norma che regoli la vita di tutti gli esseri.

All’origine, prima di ogni legge³⁵, vi sono le leggi di natura «così chiamate perché derivano unicamente dalla costituzione dell’essere nostro. Per ben conoscerle – sostiene Montesquieu – dobbiamo considerare l’uomo prima che le società fossero costituite»³⁶. Si tratta quindi di una condizione che si realizza anteriormente alla formazione di qualsiasi forma di collettività.

In tale sede è però opportuno precisare che Montesquieu, contrariamente alla diffusa opinione del suo tempo, dedica scarsa attenzione allo stato di natura³⁷.

A questo proposito occorre preliminarmente evidenziare l’elemento di discontinuità di Montesquieu in ordine all’origine dell’ente politico. Infatti, i teorici politici del XVII e del XVIII secolo sono da considerare

³⁵ «Un essere siffatto ad ogni istante poteva dimenticare chi lo ha creato: Dio colle leggi della religione lo ha richiamato a sé; poteva ad ogni istante dimenticare se stesso: i filosofi con le leggi della morale lo hanno avvertito; fatto per vivere in società, poteva dimenticarvi degli altri: con le leggi politiche e civili, i legislatori lo hanno restituito ai suoi doveri». Cfr. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 58.

³⁶ Ivi, p. 59.

³⁷ Montesquieu, infatti, credeva fermamente alla naturalità del vincolo sociale come si evince da quanto riportato nelle *Lettere Persiane*, alla lettera XCIV: «Non ho mai inteso parlare di diritto pubblico senza che si cominciasse col ricercare accuratamente quale sia l’origine della società, ciò che mi sembra ridicolo. Se gli uomini non ne formassero affatto, se si abbandonassero, se fuggissero gli uni con gli altri, bisognerebbe domandarsene la ragione e indagare perché se ne stiano separati; ma essi nascono tutti uniti gli uni agli altri; un figlio nasce vicino a suo padre e vi resta: ecco la società e la causa della società». Cfr. C.L. Montesquieu, *Lettere Persiane*, trad. it. a cura di A. Todaro, G. Faranda, Milano, Fabbri Editori, 1996, p. 187.

teorici del contratto sociale attraverso il quale si risponde alla domanda sull'origine della società.

La questione dominante di quel tempo si avviluppava attorno al passaggio dallo stato di natura ad uno stadio successivo costituito da una società organizzata.

Il punto di avvio era tendenzialmente rappresentato proprio dallo stato di natura, cioè uno stadio in cui gli uomini non sono ancora in società. In altre parole lo stato di natura è, nella letteratura giusnaturalistica del Seicento e del Settecento, una condizione in cui gli uomini sarebbero vissuti senza alcuna organizzazione politica e senza leggi, all'infuori di quelle naturali.

Dalla concezione dello stato di natura ne discende l'idea del contratto sociale. Dallo stato di natura, infatti, gli uomini sarebbero usciti mediante un duplice patto. Il primo si genera dall'unione tra gli uomini che decidono di unirsi in società, e che per questa ragione si denomina *pactum unionis*. Da questo ne deriva o, a questo si accompagna, il *pactum subiectionis* attraverso il quale si realizza la sottomissione degli uomini ad un'autorità che darà luogo, così, ad una organizzazione politica. Dire che la società umana scaturisca da un contratto, significa in realtà proclamare che ogni istituzione sociale è precisamente umana e artificiale. Aderendo ad una simile impostazione si rifiuta la concezione secondo la quale la società sia generata da un'istituzione divina o naturale rigettando, consequenzialmente, l'antica teoria del fondamento.

In questa sede, però, è doveroso ricordare che i giusnaturalisti seicenteschi al di là della natura pattizia, attraverso la quale giustificavano la creazione dell'ente politico, mostrano tesi discordanti sia in ordine allo stato di natura che al patto stesso.

Al riguardo, Montesquieu, manifesta una posizione originale. Il pensatore bordolese, infatti, tace sul contrattualismo.

L'unica nota, al riguardo, viene fornita nella Quarantaquattresima lettera persiana

Non ho mai udito parlare del diritto pubblico senza che si sia cominciato a cercare attentamente quale sia l'origine delle società: il che mi sembra invero ridicolo. Se gli uomini non ne formassero affatto, se si lasciassero e si sfuggissero gli uni con gli altri, bisognerebbe chiederne la ragione e cercare perché restino separati. Ma essi nascono tutti legati gli uni agli altri; un figlio è nato dopo suo padre, e si limita a ciò: ecco cos'è la società e la causa della società³⁸.

Dunque, si affronta, seppur in maniera sintetica, il tema dell'origine pattizia della società solo nelle *Lettres persanes*, mentre si sofferma sullo stato di natura.

Al riguardo, come efficacemente osservato anche in questo caso da Sergio Cotta, il pensatore francese non ritiene infatti naturale l'esistenza di un individuo presociale e, a suffragare tale tesi, è proprio il ricorrente utilizzo del condizionale all'interno dell'opera in esame³⁹. Lo stesso Montesquieu afferma esplicitamente, nella sua *Défense de l'Esprit des Lois*, di aver parlato di un uomo ipotetico che non rappresenta dunque una vera realtà, ma solo uno schema per permettergli di svolgere la sua indagine. In altre parole l'uomo presociale non è la realtà ma solo uno schema, un artificio per far sì che esso possa svolgere la sua indagine la quale lo porterà in una dimensione opposta e cioè che la sola condizione dell'uomo è quella sociale.

Proprio a partire da tale impostazione, egli individua cinque leggi di natura: la pace, la ricerca di nutrimento, l'attrazione sessuale, il desiderio di vivere in società e la naturale tendenza della creatura verso il suo Creatore.

³⁸ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lettere Persiane*, cit., p. 77.

³⁹ Sergio Cotta mette in luce questo aspetto richiamando alcuni esempi in cui Montesquieu fa uso del condizionale. Si veda in tal senso S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, cit., p. 357.

Rovesciando l'impostazione hobbesiana che rintracciava nello scontro tra gli individui la condizione primordiale dell'umanità⁴⁰, Montesquieu ravvisa dunque nella pace la prima legge di natura, generata dall'esigenza umana di conservazione del proprio essere.

Ecco dunque che dalla debolezza di un uomo tutto senso, quale l'uomo nello stato presociale, e dalla continua minaccia che su di esso incombe dalla realtà circostante, nasce la prima delle leggi naturali, strettamente connessa anche alla seconda e alla terza, anch'esse dal carattere visibilmente fisiologico e che, sviluppandosi progressivamente, portano alla quarta (istinto sociale) e infine alla quinta (amore di Dio). Si tratta in pratica di un graduale passaggio da uno stato di passività alla conoscenza⁴¹.

Per Montesquieu, dunque, la società si presenta quale fenomeno naturale e lo stato di natura, inteso come condizione di isolamento dell'uomo, non è mai esistito. Inutile chiedersi in quale modo gli uomini passino dallo stato di natura a quello sociale, poiché in questo essi sono sin dall'inizio.

Il *bellum*, inevitabile per l'uomo nello stato di natura secondo Hobbes e possibile anche per Locke⁴², viene invece rifiutato da

⁴⁰ Secondo Montesquieu l'uomo in quanto debole ed inesperto non poteva essere animato da alcuna volontà di dominazione, come invece sostenuto da Hobbes: «Il primo desiderio che Hobbes attribuisce agli uomini, di soggiogarsi a vicenda, non è ragionevole. L'idea dell'impero e della dominazione è tanto complessa e dipende da tante altre idee, che non sarebbe certamente la prima». Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 60.

⁴¹ Come opportunamente evidenziato da Sergio Cotta, tale tipo di conoscenza è strettamente legata all'esperienza delle qualità naturalistiche dell'essere umano. In pratica, tutto il ragionamento presenta delle basi empirico-naturalistiche, senza procedere dall'esistenza a priori di principi razionali superiori. Si veda S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, cit., p. 359.

⁴² Per un'analisi più dettagliata del rapporto tra il pensiero di Montesquieu e quello di Hobbes, Locke e Pufendorf, si rimanda a ivi, pp. 361-369.

Montesquieu secondo il quale l'individuo, per i suoi istinti e la sua debolezza ne sarebbe costituzionalmente incapace⁴³.

Dopo aver trattato delle leggi naturali, il barone di La Brède passa quindi in rassegna, nel Capo III del Libro Primo, quelle che sono le leggi positive.

Appena in società, infatti, gli uomini perdono il senso della loro debolezza, cessa l'uguaglianza che regnava per dare invece spazio allo stato di guerra.

Montesquieu, in opposizione alla tesi hobbesiana, ritiene naturale la pace e non la guerra la cui causa si rintraccia, non in natura, ma in società.

Proprio per fronteggiare la persistente condizione bellica⁴⁴ si arriva dunque alla costituzione delle leggi fra gli uomini. Qui Montesquieu individua un diritto delle genti (che regoli i rapporti che i popoli hanno tra loro), un diritto politico (che si dispiega nei rapporti tra governanti e governati) e un diritto civile (il quale si interessa dei reciproci rapporti esistenti tra i cittadini).

Dunque, si vanno a configurare tre tipologie di diritto le quali trovano corrispondenza nei potenziali conflitti che possono generarsi in società.

In prim'ordine si colloca il diritto delle genti il quale, pur trattandosi di un diritto positivo, trova l'addentellato nelle leggi naturali. Questo diritto afferisce al rapporto che si instaura tra le nazione ed è fondato sul principio in base al quale

⁴³ È in questo più che evidente come tale posizione anticipi in pratica quella in seguito sostenuta in maniera ben più ampia da Rousseau. Sulla teoria del filosofo ginevrino si veda R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, trad. it. a cura di R. Ferrara, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 135-141, il quale cita in nota Montesquieu senza però sottolineare la precisa anticipazione della posizione di Rousseau.

⁴⁴ Montesquieu individua nello specifico due «stati» di guerra: quello tra i singoli di ogni società e quello fra nazione e nazione. Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 61.

le varie nazioni devono in pace farsi il massimo bene, e in guerra il minimo male possibile, senza nuocere ai loro veri interessi. Oggetto della guerra è la vittoria; quello della vittoria, la conquista; quello della conquista, la conservazione. Da questo principio e dal precedente debbono derivare tutte le leggi che formano il diritto delle genti⁴⁵.

Se il diritto delle genti è comune a tutte le società, accanto ad esso si colloca il diritto politico il quale, a differenza del primo, si moltiplica per ciascuna di esse, in quanto non può esistere società senza governo⁴⁶. «In generale – sostiene Montesquieu – la legge è la ragione umana in quanto governa tutti i popoli della terra; e le leggi politiche e civile di ogni nazione non debbono esser altro che i casi particolari in cui questa ragione umana si applica»⁴⁷.

È dunque opportuno mettere in rilievo che proprio questo passaggio rappresenta uno snodo cruciale per comprendere pienamente l'indagine montesquiviana, in cui interpretazioni contrastanti si sono misurate e confrontate.

Infatti, questa espressione ha fatto supporre che il barone di La Brède credesse nell'esistenza di una norma razionale suprema ed universale, da cui dovessero venire dedotte le leggi positive. Se così fosse, però, Montesquieu avrebbe in sostanza aderito alla tesi giusnaturalistica della possibilità di una costruzione razionale del mondo giuridico. In realtà, Cotta osserva che questa definizione non si riferisce affatto al concetto generale di

⁴⁵ Ivi, p. 62.

⁴⁶ Montesquieu afferma che la forza generale può essere affidata sia nelle mani di uno solo che di molti, ma evidenzia che taluni scrittori hanno ritenuto che il governo di uno solo fosse più conforme alla natura così come la natura ha voluto la patria potestà. Al contempo, però, Montesquieu smentisce la validità di questa impostazione; infatti «l'esempio della patria potestà non prova nulla. Se il potere del padre è in relazione col governo di uno solo, dopo la morte del padre, il potere dei fratelli, oppure, dopo la morte dei fratelli, quello dei cugini germani, è in relazione col governo di molti». Ivi, p. 63.

⁴⁷ *Ibidem*.

legge, al quale ha dato spazio nell'apertura del suo libro primo, bensì alla legge positiva⁴⁸.

Il tema delle leggi viene nuovamente affrontato nel Libro Ventiseiesimo rubricato “Delle leggi nella relazione che devono avere con l'ordine delle cose sulle quali sono chiamate a statuire”. In questo ambito l'Autore demarca in modo netto la natura delle diverse leggi e il relativo ambito di applicazione.

Al riguardo Montesquieu così si pronuncia:

Vi sono dunque differenti ordini di leggi, e il sublime della ragione umana sta nel sapere con sicurezza a quali di questi ordini si riferiscono principalmente le cose sulle quali si deve statuire, e nel non recare confusione tra i principi che devono reggere gli uomini⁴⁹.

Come Cotta rileva, la differenza fra i due Libri dipende dal diverso modo di procedere e, dunque, mentre l'Autore nel Libro Primo procede dal riconoscimento del principio metafisico dell'essere supremo, creatore dell'ordine universale per giungere alla distinzione fra leggi naturali e leggi positive, nel Libro Ventiseiesimo fornisce un ampliamento delle leggi positive indicando, per ciascuna di esse la relativa natura, così da verificare la corrispondenza tra la legge di riferimento e la propria natura⁵⁰.

A sostegno di quanto appena detto sovengono le parole dello stesso barone di La Brède il quale apre il Capo II del Libro XXVI proprio sostenendo che

⁴⁸ Per un'analisi più approfondita dell'indagine del pensatore francese e del suo rapporto con le leggi si rimanda a S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, cit., pp. 349-373.

⁴⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. II, p. 142.

⁵⁰ Si veda S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., pag. 34.

Non si deve regolare per mezzo delle leggi divine ciò che deve essere regolato con quelle umane, né regolare con le leggi umane ciò che deve essere regolato per mezzo delle leggi divine. Questi due generi di leggi differiscono per la fonte, l'oggetto e la natura⁵¹.

È necessario, a questo punto, chiarire il portato dell'espressione «ragione umana», ovvero se si tratta di una ragione umana in senso ciceroniano, intesa quindi come *recta ratio*, ovvero di ragione umana, quale espressione della legge positiva. Nel primo caso, si parla di ragione umana come espressione della legge morale e, quindi, come tale, non va ricercata né, tantomeno, è possibile rintracciarla all'esterno⁵²

Svolta epocale si ha con l'umanesimo attraverso la costruzione di sistemi scientifici del diritto. In particolare, Grozio rappresenta un eccellente esponente dell'umanesimo, il cui contributo finirà per riversarsi nelle codificazioni moderne e, dunque, nella «modificazione radicale della forma del diritto, che da ora in poi si presenterà in un ordine logistico»⁵³.

Grozio, attraverso la separazione tra fatto e diritto, fa sì che il diritto sia il semplice prodotto della ragione umana e il fatto estromesso dal diritto, il quale deve essere razionale.

Il nuovo approccio sistematico rappresenta, dunque, una svolta capitale in quanto il mondo romano non conosceva, né avrebbe potuto conoscere, la sistemazione logica del diritto. La ragione si sostanzia nel fatto che il diritto romano opera attraverso il modo casistico che, proprio per questo motivo, non è fatto di regole, ma esso scaturisce da ogni caso concreto.

Quanto appena detto in ordine alla *ratio* ci porta a ritenere che la «ragione umana» di cui Montesquieu parla sia da intendere in senso

⁵¹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. II, p. 143.

⁵² Per un maggiore approfondimento del pensiero di Cicerone in ordine alla legge e al diritto si veda. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it. a cura di R. D'Ettore, F. D'Agostino, Milano, Editoriale Jaca Book, 1986.

⁵³ Ivi, p. 447.

positivo, in linea dunque con l'orientamento interpretativo sviluppato da Segio Cotta.

4. Natura e principi dei governi

La prima formulazione dei principi nuovi di Montesquieu si ravvisa nella distinzione tra la «natura» e il «principio» di un governo enucleati, rispettivamente, nel Secondo e nel Terzo Libro dell'*Esprit des Lois*.

Per comprendere pienamente il significato delle due locuzioni è opportuno, ancora una volta, richiamare direttamente le parole dell'Autore: «Fra la natura del governo e il suo principio esiste questa differenza: che è la sua natura a farlo tale, e il suo principio a farlo agire. L'una è la sua struttura particolare, l'altro le passioni umane che lo fanno muovere»⁵⁴.

Con il termine “natura” si delinea l'esercizio del potere, o meglio si vanno ad illustrare il soggetto che lo esercita e le modalità attraverso le quali il potere stesso si presenta. Per suffragare quanto appena detto si può ricorrere al testo di riferimento, nel quale il barone di La Brède così si pronuncia:

Esistono – sostiene Montesquieu – tre specie di governi: il repubblicano, il monarchico, il dispotico. Per scoprirne la natura, ci basta l'idea che gli uomini, anche meno istruiti, se ne fanno. Io presuppongo tre definizioni, o meglio tre fatti: «il governo repubblicano è quello nel quale il popolo tutto, o almeno una parte di esso, detiene il potere supremo; il monarchico è quello nel quale uno solo governa, ma secondo leggi fisse e stabilite; nel governo dispotico, invece, uno solo, senza né leggi né freni, trascina tutto dietro la sua volontà e i suoi capricci»⁵⁵.

È attraverso il principio che, però, ci si addentra nella vita stessa del governo. Infatti, affinché gli uomini sottoposti ad una determinata tipologia di governo possano sottostare durevolmente sotto di essa, non è sufficiente la semplice imposizione di una forma politica (natura), ma appunto, occorre

⁵⁴ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 83.

⁵⁵ Ivi, p. 66.

anche una disposizione degli uomini a questa forma, un certo modo di agire che sostenga questa forma. Occorre, secondo Montesquieu, una passione specifica. Necessariamente ogni forma di governo esige una peculiare forma di passione. E allora la repubblica esige la virtù, la monarchia l'onore, il dispotismo il timore.

Cotta chiarisce inoltre che per “principio” non è da scambiare il fine o il valore che legittima moralmente ciascun tipo di governo bensì, come venne definito, con una meccanicistica metafora nell'*Avertissement* all'edizione riveduta delle *Lois* (1757), il «ressort», la molla che fa funzionare un congegno⁵⁶.

Il principio del governo si ricava, dunque, dalla sua forma, dalla quale, infatti, naturalmente deriva. A ben vedere il principio più che essere la conseguenza, l'effetto, ne costituisce la condizione.

Un esempio significativo, in tal senso, può essere fornito dalla repubblica la quale rappresenta una forma di governo che attribuisce il potere al popolo. *Conditio sine qua non* per il mantenimento della suddetta forma di governo non potrebbe non essere che la virtù attraverso la quale i singoli rinunciano in favore del bene comune, antepoendo così la patria alle loro passioni personali.

La medesima riflessione può essere valida anche per la forma di governo monarchica e dispotica. Se il principio del governo è la sua “molla”, ciò che lo fa agire, questo è unicamente dipeso dal fatto che, ciò che Montesquieu chiama principio, garantisce la vita del governo e, quindi, per tale ragione, si può ben dire che questo rappresenta la stessa condizione di esistenza.

In questa sede è opportuno comunque evidenziare che la natura del governo e il suo principio sono da intendersi in senso unitario. In altre parole, in un ogni singola specifica forma di governo, non si può pensare

⁵⁶ In proposito si rimanda a S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., pp. 41-42.

alla natura senza il suo principio. Dunque, l'unica lettura possibile sarà la totalità natura-principio.

Montesquieu, tuttavia, precisa che

Questi sono i principi dei tre governi: il che non vuole affatto dire che in una repubblica si sia virtuosi, ma che si dovrebbe esserlo. E nemmeno prova che, in una data monarchia, regni l'onore, in un certo Stato dispotico la paura, ma bensì che essi vi dovrebbero regnare, altrimenti il governo sarebbe imperfetto⁵⁷.

⁵⁷Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 97.

5. Le tre forme di governo

Il pensiero politico di Montesquieu riveste però un ruolo fondamentale in ambito giuridico e sociale soprattutto per la definizione delle tre forme di governo esistenti, elaborata, come ricordato, già a partire dal Libro Secondo del suo *Esprit des Lois*⁵⁸.

È opportuno fin qui segnalare che la tipologia dei governi presentata dal barone di La Brède non è più retta soltanto sul criterio del numero dei governanti, tassonomia ben nota nell'antichità e enucleata da Platone prima e da Aristotele poi e in base alla quale è possibile distinguere la monarchia (o governo di uno solo), l'aristocrazia (o governo dei migliori) la *politeia* (o governo della moltitudine)⁵⁹.

Al riguardo, infatti, Montesquieu propone anche una classificazione di tipo valutativo tra le forme di governo in base alle quali è possibile distinguere le forme corrette, incarnate nella monarchia, nell'aristocrazia, nella democrazia e nella *politeia* greca, dalle forme corrotte che si realizzano nel dispotismo, nell'oligarchia e nella demagogia.

Secondo il filosofo francese,

⁵⁸ Per un'analisi più compiuta delle forme di governo teorizzate da Montesquieu e per il raffronto con il sistema monarchico anglosassone, prediletto dal filosofo borghese, si rimanda a L. Landi, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova, CEDAM, 1981.

⁵⁹ A questi tre tipi fisiologici di governo corrispondono altrettante degenerazioni patologiche quando il governo, anziché mirare all'interesse comune, guarda al proprio vantaggio, e avremo quindi, rispettivamente, la tirannide, l'oligarchia e la democrazia. Il filosofo Giovanni Reale ha opportunamente sottolineato che «il lettore moderno deve tener presente, per ben orientarsi, che lo Stagirita intende con il nome di «democrazia» un governo che, trascurando il bene di tutti, mira a favorire gli interessi dei più poveri in modo indebito, dando quindi al termine accezione negativa che noi renderemmo piuttosto con il termine «demagogia»: infatti Aristotele precisa che l'errore in cui cade la «democrazia» è quello di ritenere che, poiché tutti sono uguali nella libertà, tutti possano e debbano essere uguali anche in tutto il resto». Cfr. G. Reale, *Aristotele*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 124.

il governo repubblicano è quello nel quale il popolo tutto, o almeno una parte di esso, detiene il potere supremo; il monarchico, è quello nel quale uno solo governa, ma secondo leggi fisse e stabilite; nel governo dispotico, invece, uno solo, senza né leggi né freni, trascina tutto o tutti dietro alla sua volontà ed i suoi capricci⁶⁰.

Una simile classificazione risponde ad un'impostazione empirica: si tratta di stabilire cioè non già quali debbano essere in base ad un principio a priori i tipi di governo, ma quali in effetti siano, indipendentemente dalle inclinazioni che per uno qualunque di essi possa avere l'autore.

I suddetti tipi di governo corrispondono a precise forme politiche storicamente esistenti: la democrazia è rappresentata dalla Roma repubblicana con il suo profondo senso della virtù civica; l'aristocrazia viene incarnata dalle famose repubbliche italiane (ad esempio quella di Venezia del XIII e XIV secolo)⁶¹; la monarchia è invece manifestata dalla Francia del XVII secolo, governata da un vigile senso dell'onore, mentre il dispotismo è presente negli Stati asiatici quali, ad esempio, la Turchia.

Scrupoloso e attento ad ogni minimo dettaglio, Montesquieu nella sua analisi non manca di menzionare, in merito a ciascuna tipologia di governo, precise e dettagliate vicende storiche e politiche⁶².

⁶⁰ Cfr. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 66.

⁶¹ In questo passaggio specifico della sua opera Montesquieu in pratica suddivide il governo repubblicano in democratico ed aristocratico, quasi le forme di governo esistenti fossero quattro e non tre.

⁶² Un esempio su tutti. Nel terzo capo del sopracitato libro II, Montesquieu, accanto alla realtà veneziana, ricorda anche quella di Genova, città nella quale l'istituzione del Banco di San Giorgio rappresentò una forma di prosperità e libertà per lungo tempo. Il Banco di San Giorgio nacque il 23 aprile 1407 su iniziativa del Governatore francese Boucicaud per organizzare definitivamente il debito pubblico genovese. La nuova società diventa una vera e propria istituzione accollandosi la responsabilità di riscuotere le tasse e le gabelle per conto della Repubblica, pagare le spese dello stato, emettere i nuovi luoghi e pagare le rispettive rendite. Il Banco di San Giorgio sostituisce la Repubblica non solo nell'amministrazione del debito pubblico ma anche nella gestione di monopoli e nel governo di alcuni territori e maone. Solo nel 1805, per volontà di Napoleone, il Banco verrà sciolto.

Dopo un'iniziale classificazione, Montesquieu prosegue nella trattazione dei caratteri di ciascuno dei tre regimi, esaminandoli sia sotto il profilo della loro natura sia sotto l'aspetto dei principi che soggiacciono a ciascuno di essi. In questa sede è opportuno rilevare che «natura» e «principio» rappresentano, come ha ben osservato Cotta, «le due dimensioni della medesima medaglia»⁶³ e delineano così la specifica identità di ciascun tipo di governo, la sua integrale struttura fattuale.

La prima sostanziale differenziazione è quella operata all'interno del concetto di repubblica. Quando in essa è il popolo intero che gode del potere supremo, allora si ha una democrazia; quando invece il potere è concentrato nelle mani di una sola parte del popolo stesso allora si potrà parlare di aristocrazia.

Nella democrazia il popolo è, sotto certi aspetti, il monarca, sotto certi altri il suddito. È monarca quando, attraverso i suffragi, esso rende espressione della propria volontà e, per questa ragione, sono leggi fondamentali quelle che regolano tale diritto. Nel suddetto governo è quindi parimenti necessario stabilire «come, a chi, da chi, a proposito di che cosa, i suffragi debbano essere dati, quanto in una monarchia sapere chi sia e come debba governare il monarca»⁶⁴.

Nelle repubbliche democratiche è altresì opportuno, quindi, che venga fissato stabilmente il numero minimo dei membri dell'assemblea chiamata a legiferare, così come il popolo sceglie – «in maniera ammirevole»⁶⁵ aggiunge Montesquieu – quali compiti svolgere da solo e quali affidare ai suoi ministri ai quali delega parte della propria autorità.

Tale *modus operandi* popolare è tanto ammirevole da indurre Montesquieu a preferire, in via generale, la democrazia rappresentativa a

⁶³ Cfr. S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., p. 41.

⁶⁴ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 67.

⁶⁵ Ivi, p. 68.

quella diretta, dove il popolo «vuole fare ogni cosa da sé», e che perciò considera molto negativamente, convinto che «il principio della democrazia si corrompe non soltanto quando va perduto lo spirito di eguaglianza ma anche quando si fa innanzi lo spirito di eguaglianza estrema e ciascuno vuole essere uguale a coloro che egli ha scelto perché lo comandino»⁶⁶.

Dopo aver affermato che il suffragio per via della sorte (ossia il sorteggio) è il sistema che più si addice per natura alla democrazia, Montesquieu si sofferma sulla questione dell'elettorato passivo, senza nascondere qualche preferenza per una regolazione ispirata a criteri selettivi.

Per quanto attiene invece alle modalità di votazione, raccomanda il voto palese per le deliberazioni che spettano al popolo, motivandolo con la necessità che il «popolino sia illuminato dalle persone più importanti»⁶⁷; al contrario raccomanda invece il voto segreto nelle assemblee, sia che esse siano elette dal popolo, sia che siano quelle dei nobili. La ragione di tale opposta procedura sarebbe quella di impedire gli «intrighi», che reputa pericolosi in un Senato, ma non nel popolo il quale, per sua natura, agisce spinto dalla passione.

Altra legge fondamentale nelle democrazie è che sia il popolo solo a fare le leggi. Esistono però dei casi in cui è necessario che sia il senato a deliberare; spesso anzi è fondamentale provare una legge prima di stabilirla. Montesquieu, a tal proposito, richiama proprio la saggezza delle antiche costituzioni di Roma e di Atene, dove le ordinanze del senato avevano forza di legge per la durata di un anno e non diventavano perpetue se non per volontà del popolo.

Nelle aristocrazie, invece, il potere supremo è nelle mani di un certo numero di persone, le quali fanno le leggi e badano alla loro esecuzione,

⁶⁶ Ivi, p. 209.

⁶⁷ Ivi, p. 71.

mentre il resto del popolo, rispetto ad esse, si trova nella situazione di soggezione, come i sudditi rispetto al monarca nelle monarchie.

Qui i suffragi non devono essere dati per sorte poiché di tale sistema non si avrebbero che degli inconvenienti. Infatti, in un governo in cui sono già stabilite le distinzioni più umilianti, la scelta per sorte non attenuerebbe le ostilità: «l'invidiato è il nobile, non il magistrato»⁶⁸.

Quando i nobili sono numerosi, occorre la costituzione di un senato affinché questo si occupi di tutti quegli affari che il corpo nobiliare non può decidere e prepari quelli di cui questo decide. «In simile caso si può dire che si ha l'aristocrazia nel senato, la democrazia nel corpo dei nobili, e che il popolo non ha nulla»⁶⁹.

Montesquieu inoltre raccomanda che in una simile forma di governo non deve comunque essere attribuita un'autorità esorbitante a qualcuno dei suoi membri, per evitare così che il regime si trasformi in monarchia o in altra peggiore degenerazione. Per tale ragione se in una repubblica un cittadino si fa concedere un potere esorbitante, l'abuso è maggiore in quanto la mancata previsione attraverso una legge rende difficile il contenimento del suo potere.

La suddetta regola presenta tuttavia un'eccezione quando è la stessa costituzione a prevedere l'istituzione di una magistratura straordinaria. E così Roma, con i suoi dittatori, e Venezia, con i suoi inquisitori, sono l'esempio emblematico di questo ufficio.

Nell'Urbe infatti la dittatura⁷⁰, magistratura straordinaria, aveva una durata temporanea ed era un ufficio utilizzato più per intimidire il popolo

⁶⁸ Ivi, p. 73.

⁶⁹ Cfr. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 55. Secondo il costituzionalista Ferrara non si comprende come si possa usare la parola democrazia, sostituendo il *demos* con la nobiltà, rovesciando così il suo significato letterale in uno dei suoi opposti.

⁷⁰ A Roma la dittatura era una magistratura straordinaria alla quale si ricorse per la prima volta nel 458 a. C. conferendo la carica di dittatore a Lucio Quinzio Cincinnato, il quale

che per punirlo, ed il dittatore, pur godendo di un'autorità illimitata, doveva essere eletto in vista di un solo affare.

A Venezia, invece, la necessità richiede una magistratura permanente, la cui funzione si dispiega nell'esercizio di una generale inquisizione in cui non si vogliono «fermare i mali noti, bensì prevenire persino quelli ignoti»⁷¹. Così questa nuova magistratura, a differenza della prima che colpisce i criminali, è stata creata per punire il solo sospetto.

Per il filosofo francese, dunque, «più un'aristocrazia si avvicinerà alla democrazia, più sarà perfetta, e lo diventerà meno, quanto più si avvicinerà alla monarchia»⁷².

Il barone di La Brède, nel Capo IV del medesimo Libro Secondo, si occupa della natura del governo monarchico, di quel governo cioè nel quale uno solo comanda grazie a leggi fondamentali.

Alla base del regime monarchico vengono posti i poteri intermedi, subordinati e dipendenti. In pratica la sorgente di tutti i poteri è il principe, ma le leggi fondamentali, proprie di questo regime, suppongono «canali mediani attraverso i quali scorre il potere»⁷³, l'esistenza cioè di ranghi e preminenze.

Il più naturale potere intermedio subordinato è quello della nobiltà. Questa fa parte dell'essenza della monarchia la cui massima fondamentale è per Montesquieu la seguente: «senza monarca non esiste nobiltà e senza nobiltà non esiste monarca. Altrimenti si ha un despota»⁷⁴. Se dunque in una monarchia venissero abolite le prerogative dei signori, del clero, della

battè gli Equi ed i Volsci e subito dopo, deposta la carica, tornò alla modesta vita dei campi.

⁷¹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 76.

⁷² Ivi, p. 77.

⁷³ Ivi, p. 78.

⁷⁴ *Ibidem*.

nobiltà e delle città, si avrà ben presto o uno Stato popolare o uno Stato dispotico⁷⁵.

Tuttavia, per il filosofo francese, non è sufficiente che in una monarchia ci siano gli ordini intermedi; bensì «occorre anche un deposito delle leggi, il quale non può essere che nei corpi politici che annunciano le leggi quando vengono fatte e le richiamano alla memoria quando vengono dimenticate»⁷⁶.

È proprio per tale ragione che si richiede l'istituzione di un organo che sia depositario delle leggi medesime ma che non può essere rappresentato dal consiglio del principe il quale, per natura, sarebbe portato a seguire una volontà labile e fugace⁷⁷.

Tale deposito non può però essere rappresentato dal consiglio del principe, in quanto questo, per sua natura, è il deposito della volontà momentanea del principe che ha il potere esecutivo, non delle leggi fondamentali. Inoltre il consiglio del monarca cambia sempre, non è permanente, non potrebbe essere numeroso, non gode, ad un grado

⁷⁵ Qui Montesquieu fa un preciso riferimento all'importanza del potere del clero, quale valido strumento per arginare un eventuale avvento del dispotismo: «I tribunali di un grande Stato europeo colpiscono continuamente, da molti secoli ormai, sia la giurisdizione patrimoniale dei signori che quella ecclesiastica. Non è nostra intenzione di censurare dei magistrati tanto saggi ma lasciamo che altri decida fino a che punto ciò possa mutare la costituzione. [...] Il potere del clero, tanto è pericoloso in una repubblica, tanto è conveniente in una monarchia, soprattutto se essa tende al dispotismo. In quali condizioni si troverebbero mai Spagna e Portogallo, dopo la perdita delle loro leggi, senza questo potere che solo può frenare il potere arbitrario? Barriera sempre efficace quando non ne esistono altre: infatti, dati i mali spaventosi che il dispotismo arreca alla natura umana, il male medesimo che lo limita risulta un bene. Come il mare, che pare voglia coprire tutta la terra, viene arrestato dalle erbe e dalla più piccola ghiaia sparsa sulla riva, così i monarchi, il cui potere sembra illimitato, si arrestano davanti ad ostacoli minimi, e la loro naturale fierezza cede davanti ai lamenti e alle preghiere». Ivi, pp. 78-79.

⁷⁶ Ivi, p. 80.

⁷⁷ In questo caso Montesquieu è quanto mai chiaro nell'esplicare meglio la sua affermazione: «Inoltre il consiglio del monarca cambia sempre, non è permanente, non potrebbe essere numeroso, non gode ad un grado abbastanza elevato della fiducia del popolo: non ha modo dunque né di illuminarlo nei tempi difficili, né di ricondurlo all'obbedienza». *Ibidem*.

abbastanza elevato, della fiducia del popolo: non ha modo dunque né di illuminarlo nei tempi difficili, né di ricondurlo all'obbedienza.

Negli stati dispotici, invece, essendo questi privi di ogni forma di legge fondamentale, non troverà spazio neppure un deposito delle leggi. «Ecco perché – afferma Montesquieu – in quei paesi la religione ha, di solito, tanta forza. Poiché essa forma una specie di deposito permanente; e, mancando la religione, vi si venerano le costumanze in luogo delle leggi»⁷⁸.

Nel regime dispotico il potere si presenta, dunque, in tutta la sua violenza, brutalità e non può essere soggetto a controllo e temperamenti. La natura di tale potere necessita dunque dell'unità nell'esercizio dello stesso.

Il despota considera se stesso tutto e gli altri nulla, dimostrandosi così pigro, ignorante e voluttuoso⁷⁹. Tale personaggio finisce per trascurare gli affari ma non li affida agli altri, bensì può solo abbandonarli temporaneamente a qualcuno che in un primo momento godrà della sua stessa potenza.

Il dispotismo, dunque, che Montesquieu considera una forma naturale di governo, si rivela come il pericolo supremo da evitare.

Dopo aver esaminato quali sono le leggi relative alla natura di ogni governo, Montesquieu si sofferma ad analizzare quelli che sono i principi alla base di ciascuna forma governativa. Fra la natura del governo ed il suo principio vi è una differenza basilare: «è la sua natura a farlo tale ed il suo principio a farlo agire. L'una è la sua struttura particolare, l'altro le passioni umane che lo fanno muovere»⁸⁰.

Alla base del governo repubblicano, democratico o aristocratico che sia, si pone dunque la virtù, elemento fondamentale all'interno di uno Stato popolare, più rilevante di quanto possa esserlo nella monarchia, dove chi fa

⁷⁸ Ivi, pp. 80-81.

⁷⁹ Si veda ivi, p. 81.

⁸⁰ Ivi, p. 83.

eseguire le leggi giudica momentaneamente se stesso al di sopra di esse. Nella repubblica, ed in particolare nella democrazia, chi fa eseguire le leggi sente di esserne sottomesso e quindi costretto all'osservanza.

I politici greci, che vivevano in un governo popolare, riconoscevano nella virtù l'unica forza capace di sostenerlo.

Quando però viene a cessare tale principio, entra l'ambizione nei cuori pronti a riceverla e l'avidità in tutti. I desideri mutano d'oggetto: prima i beni dei singoli formavano il tesoro pubblico, ora il tesoro pubblico diventa patrimonio dei singoli⁸¹.

Come nel governo popolare, la virtù regge dunque anche il governo aristocratico, sebbene non vi sia richiesta in modo altrettanto assoluto. Il popolo, infatti, rispetto ai nobili, si trova nella medesima posizione dei sudditi davanti al monarca; di conseguenza gli occorre minor virtù che al popolo di una democrazia.

Il governo aristocratico gode già di per sé di una certa forza che la democrazia non possiede, visto che i nobili formano un corpo che, con la sua prerogativa e per i propri interessi particolari, reprime il popolo: basta dunque che esistano delle leggi perché queste siano eseguite.

Ma per questo corpo tanto è facile reprimere gli altri, quanto è difficile reprimere se stesso. A tal proposito Montesquieu sottolinea:

Ora un corpo come questo di cui parliamo, ha due soli modi per esprimersi, o grazie ad una grande virtù che rende in certo modo i nobili uguali al popolo, formando eventualmente una grande repubblica; oppure grazie ad una virtù minore, ad una certa qual moderazione, cioè, che rende i nobili per lo meno eguali fra di loro, il che è causa della loro conservazione. La moderazione è dunque l'anima di questi governi: ma quella, intendo dire, che è fondata sulla virtù, non sulla viltà o sulla pigrizia dell'animo⁸².

⁸¹ Si veda *ivi*, p. 86.

⁸² *Ivi*, p. 88.

L'onore è invece il principio che muove il governo monarchico. Esso è capace di ispirare le azioni più belle e, unito alla forza delle leggi, di condurre il governo al suo obiettivo.

Come già ricordato, il governo monarchico presuppone l'esistenza di ranghi e preminenze. L'onore per sua natura reclama distinzioni e preferenze: quindi il suo posto si trova in un governo simile⁸³.

L'ambizione è, invece, pericolosa in una repubblica ma ha buoni effetti in una monarchia: essa le dà la vita ed ha il vantaggio di non essere pericolosa perché facilmente la si può reprimere. «L'onore – aggiunge Montesquieu – fa muovere tutte le parti del corpo politico, le lega mediante la sua azione stessa, ed ecco che ognuno si dirige verso il bene comune, credendo di dirigersi verso i propri interessi particolari»⁸⁴.

Questo principio, invece, non può essere alla base del dispotismo, poiché in esso gli uomini sono tutti schiavi. Inoltre, l'onore possiede leggi proprie, regole proprie e non potrebbe piegarsi a situazioni simili.

Pertanto, come in una repubblica occorre la virtù e nella monarchia l'onore, così il governo dispotico richiede paura e timore: la virtù non è necessaria e l'onore sarebbe pericoloso.

Il potere immenso del principe passa interamente nelle mani di coloro ai quali egli lo affida. Persone capaci di avere una grande stima di se stesse vi potrebbero fare delle rivoluzioni ed è per questo che la paura serve ad abbattere tutti i coraggi e a spegnere anche il più debole senso di ambizione.

⁸³ Il quadro che Montesquieu traccia della monarchia e del suo principio è ispirato al modello del sistema politico francese. È quanto già rilevava un amico inglese di Montesquieu, William Domville, il quale in una sua lettera del 4 giugno 1749, affermava che la Francia era la sola monarchia che si reggesse su quel principio.

⁸⁴ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 92.

Negli Stati dispotici⁸⁵ il governo per sua natura reclama un'obbedienza estrema. È impossibile proporre temperamenti, modifiche, accomodamenti, rinvii, controproposte, discussioni, cose eguali o migliori. «L'uomo – secondo Montesquieu – è una creatura che obbedisce ad una creatura che vuole»⁸⁶.

È opportuno comunque sottolineare che, sebbene i suddetti princìpi dovrebbero regolare in linea di massima i relativi governi, Montesquieu ritiene altresì ammissibile che nella prassi questi non operano *tout court*, ma anzi è possibile avere una repubblica manchevole di virtù, una monarchia priva di onore e un dispotismo senza timore⁸⁷.

Sarà però nel libro VIII del suo *Esprit des Lois*, che Montesquieu, dopo aver analizzato la natura ed i princìpi alla base delle tre forme di governo, porterà a compimento la sua dettagliata analisi politica, occupandosi della corruzione di questi stessi princìpi.

E così, il principio della democrazia si corrompe

non soltanto quando va perduto lo spirito di eguaglianza ma anche quando si fa innanzi lo spirito di eguaglianza estrema e ciascuno vuole essere eguale a coloro che egli ha scelto perché lo comandino. In tale caso il popolo, non potendo tollerare il potere stesso che esso affida, vuol fare ogni cosa da sé, deliberare al posto del senato, eseguire al posto dei magistrati ed esautorare tutti i giudici⁸⁸.

Secondo la speculazione dell'Autore:

Non vi può più essere quindi virtù nella repubblica. Il popolo vuol svolgere le funzioni dei magistrati: quindi non li rispettano più. Le deliberazioni del senato non hanno più

⁸⁵ Si veda al proposito quanto è detto da Montesquieu nelle *Reflexions sur la monarchie universelle*, al capitolo VIII: «[...] regna in Asia uno spirito di servitù che mai l'ha abbandonata. In tale Paese si sono avuti sempre dei grandi imperi: un grande impero presuppone però un'autorità dispotica».

⁸⁶ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 95.

⁸⁷ Si veda ivi, p. 97.

⁸⁸ Ivi, p. 209.

peso: non si ha dunque più riguardo per i senatori e dunque per i vecchi. Quando non si ha più rispetto per i vecchi non ne rimane neppure per i genitori: i mariti non meritano più una maggior deferenza, né i padroni una maggior sottomissione. Tutti finiranno per amare questa sregolatezza: le fatiche del comando saranno di peso, come quelle dell'obbedienza. Le donne, i ragazzi, gli schiavi, non avranno più spirito di sottomissione verso nessuno. Non esisteranno più costumi, amore per l'ordine e quindi virtù⁸⁹.

La democrazia dunque deve evitare due eccessi: lo spirito di disuguaglianza, che porta al governo aristocratico o a quello di uno solo, e lo spirito di eguaglianza estrema che la conduce al dispotismo.

Il governo aristocratico si corrompe allorquando il potere dei nobili diviene arbitrario: non può più esistervi allora virtù né in quelli che governano né in quelli che sono governati.

Quando le famiglie regnanti osservano la legge, è come se si trattasse di una monarchia con parecchi monarchi, ottima per sua natura; quasi tutti questi monarchi sono rispettosi della legge. Ma quando essi non la rispettano, si instaura uno Stato dispotico dominato da parecchi tiranni⁹⁰.

La corruzione estrema si verifica però quando le cariche divengono ereditarie e la monarchia finisce per assumere presto la sembianze di una oligarchia⁹¹.

Come le democrazie vanno alla rovina quando il popolo esautora il senato, i magistrati e i giudici, le monarchie si corrompono, invece, quando si tolgono poco per volta le prerogative degli ordini e i privilegi delle città. Nel primo caso si va verso il dispotismo di tutti; nell'altro verso il dispotismo di uno solo⁹².

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ Si veda ivi, p. 213.

⁹¹ Si veda ivi, p. 214. Ed ancora: «Il gran numero di nobili nell'aristocrazia ereditaria renderà dunque il governo stesso meno violento; ma, poiché vi scarsa virtù, si cadrà in uno spirito di noncuranza, di odio e di abbandono, tale che lo stato non avrà più né forza, né autorità».

⁹² Si veda ivi, p. 215.

La monarchia si perde dunque quando un principe crede di poter mostrare maggiormente la propria potenza, e con questa cercherà, più che rispettare l'ordine delle cose, di mutare il suo ordine, espropriando gli uni delle loro funzioni naturali per conferirle ad altri arbitrariamente e sostituendo le proprie velleità alla sua volontà.

«La monarchia inoltre va in rovina quando il principe, avocando ogni cosa a se stesso, restringe lo Stato alla capitale, la capitale alla corte, la corte alla propria unica persona»⁹³.

Ma queste non sono le uniche cause di corruzione di tale governo. Montesquieu elenca, infatti, una serie di comportamenti al verificarsi dei quali la monarchia sarà soggetta a degenerazione. E allora avremmo che il principio della monarchia si corrompe «quando le più alte cariche sono simbolo di massima virtù, quando si toglie ai grandi il rispetto dei popoli, e quando li si rende vili strumenti di un potere arbitrario». Ma anche quando «l'onore è posto in contraddizione con gli onori, e quando si può essere al tempo stesso coperti s'infamia e di cariche»⁹⁴. Si corrompe altresì «quando il principe muta la sua giustizia in severità»⁹⁵.

Il principio del governo dispotico, infine, si corrompe continuamente perché è corrotto per sua stessa natura. Gli altri governi periscono infatti perché delle vicende particolari ne compromettono il principio; questo invece perisce per il suo vizio interno, a meno che qualche causa accidentale non impedisca al suo principio di corrompersi.

⁹³ Appare qui alquanto evidente l'allusione alla figura di Luigi XIV ed alla sua politica fortemente accentratrice, esercitata anche attraverso il ruolo di primo piano attribuito, sia politicamente ma soprattutto culturalmente, alla corte di Versailles. Per ulteriori approfondimenti si veda R. Ago, V. Vidotto, *Storia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 146-147.

⁹⁴ Qui il chiaro rimando è alla Roma imperiale. In particolare sotto il regno di Tiberio vennero innalzate delle statue e vennero concessi degli ornamenti trionfali ai delatori. Ciò svilì talmente questi onori che, coloro i quali li avevano meritati, li sdegnarono.

⁹⁵ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 216.

Non si mantiene esso dunque che quando alcune circostanze, derivanti dal clima, dalla religione, dalla situazione, dall'ingegno del popolo, lo costringono a seguire qualche ordine e a tollerare qualche regola⁹⁶.

Quando i princìpi del governo sono ormai corrotti, le leggi migliori diventano cattive, e si rivoltano contro lo Stato; quando i princìpi sono sani, le leggi cattive hanno l'effetto di quelle buone: la forza del principio trascina tutto dietro di sé⁹⁷.

Emblematico l'esempio riportato dal filosofo francese il quale, menzionando Aristotele, ricorda che i Cretesi per mantenere gli alti magistrati nel rispetto della legge, si avvalevano del singolare metodo dell'insurrezione in cui una parte dei cittadini attraverso la ribellione riuscivano a mettere in fuga i magistrati presenti, al fine di impedire l'abuso del potere da parte degli stessi.

L'indagine montesquiviana non si ferma comunque qui. Anzi si spinge ben oltre, fino a stabilire addirittura una stretta connessione tra l'estensione territoriale di uno Stato e il mantenimento del relativo principio sotteso al suo governo⁹⁸.

A tal proposito il filosofo ritiene che la repubblica non potrebbe sussistere in un territorio di grandi dimensioni in cui vi sono grandi

⁹⁶ Ivi, pp. 218-219.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Montesquieu dedica a tale aspetto i capi XV-XXI del libro ottavo portando a sostegno delle proprie tesi riferimenti concreti alle città greche, alla monarchia spagnola, all'impero cinese. Proprio nell'ultimo capo del libro il filosofo francese si oppone all'esaltazione fatta della Cina dai missionari del tempo, che saranno invece punto di riferimento per Voltaire, i fisiocratici e i sostenitori in genere dell'assolutismo illuminato. Secondo Montesquieu infatti, il dispotismo si presenta, come già ricordato, quale forma corrotta di governo più che un tipo di governo rispondente a condizioni naturali sia di ordine fisico che spirituale. Indubbiamente in questa sua tendenza l'autore rivela l'orientamento razionalista alla base dei primi libri de *Lo Spirito delle Leggi* mentre successivamente (cfr. XIV, 8; XVIII, 7; XIX, 16, 17, 19) mostrerà di avere una concezione meno rigida del dispotismo cinese, tenendo dunque conto delle relazioni dei missionari e dell'elemento spirituale.

ricchezze e quindi poca moderazione, in cui il bene comune è sacrificato a mille considerazioni e soggetto a molteplici eccezioni⁹⁹.

In una piccola repubblica invece, il bene pubblico è maggiormente apprezzato e più vicino a ciascun cittadino, gli abusi sono meno diffusi e di conseguenza meno facili da proteggere.

Uno Stato di media grandezza quindi deve ricorrere alla forma di un governo monarchico in quanto, se fosse troppo piccolo, si servirebbe della repubblica mentre, al contrario, se fosse troppo grande, all'inottemperanza della legge, non seguirebbe il timore di una punizione certa troppo lenta e troppo lontana. Per tale ragione, un grande impero presuppone un'autorità dispotica in chi lo governa¹⁰⁰.

Bisogna che la prontezza degli ordini supplisca alla distanza dei luoghi ove vengono inviati; che la paura impedisca la negligenza del governatore o del magistrato lontani; che la legge promani da una sola persona, e che muti continuamente, come gli incidenti, che si moltiplicano sempre nello Stato in proporzione alla sua grandezza¹⁰¹.

⁹⁹ Qui il pensatore francese al fine di suffragare la propria tesi fa un eloquente rimando alle città greche di Sparta ed Atene. «Ciò che permise a Sparta di mantenersi per così lungo tempo, fu che dopo ogni guerra essa rimase sempre con il medesimo territorio. [...] Fu proprio dello spirito delle repubbliche greche il contentarsi dei propri territori come delle proprie leggi. Atene acquistò ambizione, e la trasmise anche a Sparta; ma fu piuttosto ambizione di comandare a popoli liberi, che di guidare degli schiavi; di essere piuttosto alla testa dell'unione, che di spezzarla. Tutto andò perduto quando sorse una monarchia: tipo di governo il cui spirito è più portato verso l'ingrandimento» Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 226.

¹⁰⁰ Prima di Montesquieu, l'attribuzione dei governi dispotici ai grandi imperi d'Asia era già stata indicata da vari autori, in particolare da Bodin ne *Les six livres de la République*, ma è con il barone di La Brède che la questione dell'opposizione Europa-Oriente – accennata nelle *Lettres Persanes* e sviluppata nelle successive *Réflexions sur la monarchie universelle*, in parte riprese nelle *Lois* – viene messa a tema con specifica e particolareggiata attenzione nell'opera maggiore. Si veda in merito S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., p. 44.

¹⁰¹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 229.

Alquanto originale appare invece la teoria sostenuta da Montesquieu nella parte terza del libro I dell'*Esprit des Lois*, ed alla quale è opportuno in tale sede fare un rapido rimando.

Il barone di La Brède, infatti, sempre a proposito delle tre forme di governo, sviluppa una suggestiva tesi che sottolinea l'influenza delle circostanze fisiche e del clima sul temperamento, sui costumi, sulle leggi e soprattutto sulla vita politica dei popoli.

Così, il regime dispotico risulta una conseguenza della debolezza e della viltà degli animi, dovuta al clima caldo dei paesi dove esso fiorisce o alle sterminate pianure asiatiche che richiedono un governo unico ed assoluto.

Al contrario, il coraggio e la forza d'animo, proprie dei paesi nordici, rappresentano la causa dei loro regimi liberi. L'Europa, posizionata in zona temperata, è invece dominata da un'indole di libertà che genera governi moderati.

Ecco dunque che per il nostro continente sono ideali i regimi temperati, ossia le monarchie costituzionali. Se la Francia non degenera in tirannide, secondo Montesquieu, è solo perché il regime è temperato da organi intermedi quali l'aristocrazia ed il parlamento.

Con tali riflessioni il barone di La Brède dimostra di guardare con simpatia al sistema inglese, pur perfettamente consapevole di non poter riuscire nell'impresa di trasferirlo in Francia in maniera incondizionata.

6. Il dispotismo: una nuova chiave di lettura

Uno dei tratti più caratteristici della tipologia tripartita delle forme di governo (repubblica, monarchia e dispotismo) che Montesquieu propone all'inizio del Secondo Libro è costituito dalla scissione del concetto di dispotismo da quello di monarchia, ovvero dalla considerazione del dispotismo come una forma autonoma di governo.

Per quanto, infatti, il concetto di dispotismo sia assolutamente presente nella storia del pensiero politico occidentale a partire già dai grandi filosofi greci, quali ad esempio Aristotele¹⁰², è solo nell'opera di Montesquieu che esso viene definito come «una categoria veramente fondamentale per l'analisi delle società politiche»¹⁰³.

Come sopra anticipato, infatti, e diversamente da Aristotele e dai suoi seguaci, così come pure da Machiavelli e Bodin, il dispotismo non è considerato dal pensatore francese come una «specie del genere monarchia» ma, in maniera molto più organica e sistematica¹⁰⁴, come un genere di

¹⁰² Aristotele, in realtà, non fu il primo ad usare tale concetto (esso ricorre anche in Erodoto o Platone) ma fu senza dubbio il primo ad offrirne una sistematizzazione teorica, per cui appare opportuno, come sostenuto da Norberto Bobbio nel suo *Dizionario di politica*, alla voce *Dispotismo*, asserire che è dalla sua *Politica* che esso nasce. Sulla genesi e sullo sviluppo del concetto in oggetto si rimanda soprattutto a R. Koebner, *Despot and despotism: vicissitudes of a political term*, «Journal of the Warburg and Courtauld Institutes», 14 (1951), pp. 275-302 e a R. Shackleton, *Les mots «despote» et «despotisme»*, in id., *Essays on Montesquieu and on the Enlightenment*, a cura di D. Gilson, M. Smith, Oxford, The Voltaire Foundation, 1988, pp. 481-486.

¹⁰³ Cfr. N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 1976, p. 151.

¹⁰⁴ Taluni spunti interessanti sulla distinzione tra monarchia e dispotismo si trovano in realtà già in diversi autori precedenti a Montesquieu o a lui coevi, come ad esempio F. Bacone, *Saggi. Della nobiltà*, in *Scritti politici, giuridici e storici*, a cura di E. De Mas, 2 voll., Torino, Utet, 1971, I, pp. 344-345. Nella sua biografia del filosofo di La Brède (*Montesquieu. A critical biography*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 267), Robert Shackleton ha indicato quale possibile fonte della tipologia montesquieuiana delle forme di governo anche la *Vita civile* di Doria del 1710. In realtà però in questo testo, come efficacemente sottolineato da H.A. Ellis nell'articolo *Montesquieu's modern*

governo distinto o sé stante, alla stessa stregua quindi del «genere repubblica» o del «genere monarchia». In pratica, come efficacemente sostenuto da Domenico Felice, Montesquieu, anziché proseguire la strada intrapresa dai suoi predecessori di degradare lo Stato dispotico al rango di «sottospecie della specie monarchica», preferisce innalzarlo o elevarlo alla dignità di «tipo primario o fondamentale di governo»¹⁰⁵.

Interessante, ai fini del nostro discorso, può apparire il cercare di comprendere le due principali ragioni di questa netta e radicale scissione operata da Montesquieu tra i concetti di dispotismo e di monarchia e della promozione della categoria di dispotismo a categoria rappresentativa di una delle forme tipiche di governo. In primo luogo il Presidente sentiva fortemente l'esigenza politica di dimostrare ai monarchi europei del Settecento, ed *in primis* a quelli francesi, come i mutamenti in senso assolutismo da essi o dai loro immediati predecessori messi in atto stavano fondamentalmente trasformando, alterandola, la costituzione monarchica, in una forma di governo del tutto opposta. In secondo luogo lo stesso Montesquieu avvertiva la necessità teorica o scientifica di poter disporre di una categoria, quella del dispotismo appunto, che gli permettesse di interpretare e spiegare, e quindi di conseguenza includere a pieno titolo nello schema generale delle forme di governo, anche le realtà politico-giuridiche extraeuropee, antiche e coeve, in particolare asiatiche, realtà che fino ad allora erano state solo parzialmente inserite nel campo di studio della scienza politica.

politics: «The spirit of the laws» and the problem of modern monarchy in Old Regime France, «History of political thought», 10 (1989), p. 673, il dispotismo viene presentato esclusivamente «as a corruption of monarchy, not as a rigorously distinguished form of government».

¹⁰⁵ Cfr. D. Felice, *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des Lois di Montesquieu*, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 2005, p. 3.

Per entrare più specificamente nell'analisi del concetto di dispotismo, così come lo interpreta il filosofo borghese, occorre analizzare la forma di governo dispotica attraverso le coordinate fornite dallo stesso Montesquieu costituite, appunto, dalla «natura» e dal «principio» che regge il governo stesso. Nel primo caso, si intende «natura» di un governo, come «ce qui le fait être tel», la sua «structure particulière», ovvero la sua struttura convenzionale; il «principio», invece, è «ce qui le fait agir», «les passions humaines qui le font mouvoir»¹⁰⁶, ossia quei moventi psicologici che inducono i membri di un preciso Stato a compiere il proprio dovere, in primo luogo quello di obbedire alle leggi e quindi di consentire allo Stato stesso di sussistere o durare nel tempo.

Sotto il primo profilo, si rende opportuno sottolineare che tra le caratteristiche delle leggi un rilievo eminente è conferito nell'*Esprit des Lois* alla «fixité», ossia al loro essere qualcosa di costante, di permanente, di stabile. Questo requisito viene pienamente soddisfatto nella monarchia dove il sovrano governa secondo leggi fisse e stabilite; nel dispotismo, invece, le leggi sono del tutto prive di tale requisito, altro non essendo che la «volonté momentanée et capricieuse», o più semplicemente, «la volonté momentanée» del principe¹⁰⁷. Infatti, le leggi di cui Montesquieu parla a proposito dello Stato dispotico non sono delle vere e proprie leggi quanto, piuttosto, dei decreti occasionali ed estemporanei, frutto del mero capriccio e dell'arbitrio del despota.

A tal riguardo, Domenico Felice, ha opportunamente sostenuto che il dispotismo corrisponda per Montesquieu ad una condizione di assenza di leggi (anomia)¹⁰⁸ o in cui la «volontà particolare» del detentore del potere

¹⁰⁶ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 83.

¹⁰⁷ Ivi, p. 66.

¹⁰⁸ Lo studioso Domenico Felice assimila la visione montesquiviana a quella hegeliana in cui la condizione di assenza di leggi per Montesquieu corrisponde perfettamente alla lettura fornita da Hegel in la «volontà particolare» del detentore del potere sovrano «vale

sovrano valga come legge o piuttosto in luogo della legge. È proprio l'arbitrio quindi nella produzione normativa a segnare il confine tra dispotismo e monarchia, tra governo arbitrario e governo delle leggi.

Accanto a questo elemento se ne aggiunge uno ulteriore costituito dall'esistenza dei poteri intermedi, subordinati e dipendenti presenti nel regime monarchico. Proprio grazie all'esistenza di ceti privilegiati dell'aristocrazia e del clero il potere del monarca subisce un rallentamento se non, addirittura un arresto. Queste forze risultano, invece, del tutto assenti nel governo dispotico e, proprio per questa ragione, l'unica forza viva è costituita dai capricci del tiranno. Il dispotismo, dunque, può essere definito nel pensiero del filosofo bordolese come quella forma di governo in cui l'esercizio del potere è assolutamente arbitrario poiché non è limitato da leggi fondamentali, ovvero da concrete forze politico-sociali o da contropoteri.

Questo, però, non vuol dire, che tale esercizio sia arbitrario o assoluto sotto tutti gli aspetti. Secondo Montesquieu, infatti, al pari di qualsiasi altra società, anche quella dispotica per sussistere ha bisogno di qualcosa di stabile e di permanente su cui poggiare. A questo proposito Montesquieu mette in luce il ruolo cruciale della religione. Poiché nel governo dispotico governa la volontà mutevole del tiranno, allora è proprio la religione a fornire l'elemento di stabilità. Al posto delle leggi fondamentali, dunque, subentra la religione, il cui ruolo di primo piano deriva dal fatto che le sue leggi sopperiscono alla carenza di quelle fondamentali, formando quel qualcosa di fisso che è necessario a tale regime per sussistere.

Nel Capo II del Libro Ventunesimo Montesquieu così si esprime

come legge o piuttosto in luogo della legge». Si veda Felice, *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des Lois di Montesquieu*, cit., p. 7.

Vi sono degli Stati nei quali le leggi non contano nulla, o non rappresentano che la volontà capricciosa e mutevole del sovrano. Se, in questi Stati, le leggi religiose fossero della stessa natura di quelle umane anch'esse non conterebbero nulla. È quindi necessario per la società che vi sia qualche cosa di stabile, e questo qualche cosa di stabile è proprio la religione¹⁰⁹.

Viene qui dunque enunciata una delle tesi fondamentali della teoria montesquiviana del dispotismo: la tesi cioè del ruolo determinante che la religione gioca a livello della natura o costituzione di tale governo, in quanto appunto fattore che, «rimpiazzando» le leggi fondamentali, gli dà fissità o stabilità e gli dà moderandone o limitandone l'arbitrio, ossia sottoponendolo, anche se in modo assai limitato, a regole fisse o leggi. Il filosofo di La Brède, dunque, richiama, in più occasioni il ruolo e la funzione moderatrice della religione in quanto espressione di un «precetto superiore»¹¹⁰. Niente, secondo Montesquieu, può essere opposto ai comandi del despota, tranne, talora, le leggi religiose, in quanto di natura divina.

Si tratta tuttavia di un freno extra-istituzionale che deriva da un fattore sociale e non da limiti intrinseci al sistema dispotico stesso, inerenti cioè la struttura stessa del governo, come nel caso della monarchia. Per tale motivo, dunque, seppure non in modo assoluto o, se si preferisce, in modo talora mitigato, tale regime resta comunque il regno dell'arbitrio e del capriccio a causa dell'assenza di limiti «oggettivi», ossia di concrete forze politico-sociali che impediscano al principe di muoversi secondo il proprio capriccio. Proprio questa assenza di concrete forze politiche-sociali (si pensi in particolare al ruolo rivestito dall'aristocrazia) o di limiti oggettivi differenzia in maniera netta il governo dispotico da quello monarchico.

Dai pochi rilievi qui presentati emergono dunque in maniera chiara due connotazioni essenziali e caratteristiche del modello di Stato dispotico

¹⁰⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. II, p. 143.

¹¹⁰ Ivi, vol. I, p. 96.

proposto nell' *Esprit des Lois*. Innanzitutto si tratta di un governo monocratico carente di leggi o regole fisse e comunque non moderato dai poteri intermedi ed in particolare da quello della nobiltà; in secondo luogo emerge che a gestire il potere effettivamente non è il despota in persona, il quale, «inebriato di piaceri», si disinteressa solitamente degli affari del suo Stato tanto più essi sono importanti e quanto più sono numerosi i popoli che egli deve governare, per affidarsi ad un suo plenipotenziario o luogotenente che finisce per essere, non un limite all'autorità del despota, ma soltanto il suo *alter ego*.

Capitolo II – LA TEORIA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI

1. *Le libertà e la legge*

Prima di giungere alla trattazione della struttura politico-istituzionale, Montesquieu prende in esame il concetto di libertà e i suoi caratteri.

Sebbene l'oggetto di interesse sia rappresentato dalla libertà politica, l'Autore chiarisce e delinea i caratteri anche della libertà filosofica al fine di evidenziare il rapporto tra le due¹.

La libertà filosofica consiste nell'esercizio della propria volontà, o per lo meno (se si deve parlare di tutti i sistemi) nella convinzione che si ha di esercitare la propria volontà. La libertà politica consiste nella sicurezza, o per lo meno nella convinzione che si ha della propria sicurezza².

Attraverso queste parole si evince, dunque, l'intenzione del filosofo bordolese di instaurare un parallelo fra le due libertà, affinché gli ambiti di queste possano essere tracciati, oltre che sulla base della definizione data, anche sulla scorta del confronto tra le stesse. Ciascuna libertà, quindi, si definisce non solo per quello che è ma anche per quello che non è avendo presente l'altra.

Il barone di La Brède, in prima battuta, delinea il campo della libertà filosofica la quale trova piena realizzazione nell'ambito esclusivo del proprio

¹ Sergio Cotta in realtà postula l'esistenza nel pensiero di Montesquieu di tre significati o livelli della libertà. Accanto a quella filosofica e a quella politica egli inserisce anche la libertà civile definendola come «il diritto di fare tutto ciò che leggi permettono [...]; la libertà contro l'arbitrio altrui per cui tutti coloro che partecipano della medesima cittadinanza sono, sotto questo aspetto, da considerare uguali». Si veda in proposito, S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit., p. 47-60 (la citazione è a p. 54).

² Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 321.

volere. In questa operazione, infatti, Montesquieu non mette in connessione la libertà filosofica con la sicurezza. Tra le due non sussiste legame alcuno, in quanto la sicurezza afferisce all'ambito della libertà politica ed anzi ne costituisce requisito imprescindibile per la sua piena realizzazione.

Attraverso queste parole Montesquieu spiega le due libertà in termini oppositivi, come a voler dire che, al contrario di quanto avviene per la libertà politica, per quella filosofica non rileva la sicurezza perché non abbiamo un ambito relazionale.

Da questa sfera personale di libertà Montesquieu distingue la libertà politica³ la quale viene diversamente declinata a seconda che essa venga messa in rapporto con la costituzione o con il cittadino, e alla quale il filosofo bordolese dedica i Libri XI e XII della sua opera.

La libertà di cui si parla è, quindi, una situazione individuale del cittadino che deriva da una particolare organizzazione costituzionale, nella quale il singolo è “libero” dal timore e dalla paura che possa essere turbato nel godimento della vita e dei possessi da altri cittadini. Questa libertà dalla paura è sottoposta a due condizioni di possibilità, una attinente alla costituzione e al diritto politico, una attinente alla legislazione penale.

Partendo dall'XI Libro, rubricato *Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione*, attraverso la definizione che Montesquieu dà della libertà politica sembra mettere primariamente in evidenza la centralità della legge.

In uno Stato, vale a dire in una società nella quale esistono delle leggi, la libertà non può consistere che nel poter fare ciò che si deve volere e nel non essere costretti a fare ciò che non si deve volere.[...] La libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono; e se un cittadino

³ Nel testo *Notes sur l'Angleterre*, redatto in data incerta ma comunque posteriore al soggiorno inglese di Montesquieu (novembre del 1729 – luglio del 1731) il barone di La Brède si esprimeva così in relazione al concetto di libertà: «A Londra, libertà e eguaglianza. La libertà di Londra e la libertà della gente per bene ed in ciò differisce da quella di Venezia che è la libertà di vivere oscuramente e con delle meretrici, e di sposarle».

potesse fare ciò che esse proibiscono, non sarebbe più libero, poiché tutti gli altri avrebbero anch'essi questo stesso potere⁴.

Su questa scia, la libertà rappresenta il vessillo di una determinata forma di governo, sia essa repubblicana o monarchica.

In sostanza, ciascuno ha chiamato libertà il tipo di governo più consono ai propri costumi o alle proprie inclinazioni, e «poiché nelle democrazie pare che il popolo possa fare quasi tutto ciò che vuole, si è attribuita la libertà a questo tipo di governo, confondendo il potere del popolo con la libertà del popolo»⁵.

La libertà però non consiste affatto nel fare tutto ciò che si vuole ma, chiarisce Montesquieu, essa si sostanzia nel «diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono»⁶.

La libertà politica, quindi, diversamente dalla libertà particolare o libertà filosofica, è definita mediante la legge. Infatti, l'espressione «fare ciò che le leggi permettono» si declina nella facoltà di esercizio della libertà in conformità al precetto normativo. Sotto questo profilo, quindi, vi è piena coincidenza tra legge e libertà.

La libertà – soggiunge Montesquieu – consiste principalmente nel non essere costretti a compiere una azione che la legge non ordina, e in una simile condizione si è soltanto perché si è governati da leggi civili: noi siamo dunque liberi perché viviamo sotto leggi civili. [...] Quando noi, che viviamo sotto leggi civili, siamo costretti a compiere un contratto che la legge non esige, possiamo, grazie appunto alla legge, difenderci dalla violenza; ma un principe, che si trova sempre in una condizione nella quale o ricorre alla forza o la subisce, non può lamentarsi di un trattato che gli è stato imposto con la violenza⁷.

⁴ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 273. Sul concetto di libertà politica nel pensiero di Montesquieu si veda in modo particolare il già citato contributo di S. Cotta, *Montesquieu e la libertà politica*, in D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, cit., pp. 103-135.

⁵ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 273.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, vol. II, p. 169.

La legge, così come pensata da Montesquieu, dunque, contiene in sé i caratteri della generalità e dell'impersonalità. Proprio questi connotati assicurano un corso regolare ai rapporti tra gli uomini al riparo dall'arbitrio individuale, contrastando così le disposizioni particolari, indirizzate ai singoli consociati.

Infine, a corollario di quanto detto, risulta chiaro come in virtù del rapporto esistente tra legge e libertà politica, quest'ultima non possa in alcun modo essere concepita in uno spazio al di fuori della legge.

2. «Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con il cittadino»

Montesquieu ha sempre sostenuto che il sistema di separazione dei poteri non costituisca una sufficiente garanzia e, per tale ragione, è necessario esaminare la libertà⁸ politica nel suo rapporto con il cittadino.

Può accadere, infatti, «che la costituzione sia libera, e il cittadino non lo sia affatto: il cittadino può essere libero, e la costituzione non esserlo. In questi casi la costituzione sarà libera di diritto, e non di fatto; così come – rispettivamente – il cittadino sarà libero di fatto, e non di diritto»⁹.

Un elemento fondamentale è rappresentato dalla «sicurezza» del cittadino condizionata ineluttabilmente dalla legislazione penale¹⁰.

Montesquieu nel XII Libro della sua opera prende in esame anche il sistema procedurale e, in particolare, si avvale di alcuni significativi precedenti storici (dall'antica Grecia all'età dei Franchi) per definire alcune fondamentali regole nell'esercizio della giustizia¹¹. In primo luogo egli auspica l'esercizio imparziale del giudice, nel senso comune del principio *nemo iudex in causa sua*; quindi l'esercizio del diritto di difesa attraverso il quale il giudice sente le ragioni

⁸ Montesquieu chiarisce che mentre «la libertà filosofica consiste nell'esercizio della propria volontà, o per lo meno nella convinzione che si ha di esercitare la propria volontà. La libertà politica consiste nella sicurezza, o per lo meno nella convinzione che si ha della propria sicurezza». Ivi, vol. I, p. 321.

⁹ Ivi, p. 320.

¹⁰ Ivi, p. 321.

¹¹ Montesquieu richiama prima la Grecia di Aristotele dove «a Cuma i parenti dell'accusatore potevano dare testimonianza». Quindi, porta quale esempio la Roma dei re: «Sotto i re di Roma la legge era così imperfetta che Servio Tullio pronunciò la sentenza contro i figli di Anco Marzio, accusati di aver assassinato il re, suo suocero». Infine, il filosofo bolognese fa un chiaro riferimento ai sovrani franchi medievali: «Sotto i primi re franchi, Clotario fece una legge perché l'imputato non potesse essere condannato senza venir prima udito [...]. Fu Caronda ad introdurre i giudizi contro la falsa testimonianza. Quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà». Ivi, p. 322.

dell'accusato che, in quella sede, potrà esercitare la sua difesa. Attraverso le parole dell'autore, inoltre, si possono scorgere ulteriori principi in riferimento all'esame testimoniale. Così il filosofo bordolese auspica la punizione per la falsa testimonianza e, accanto ad essa, chiede una regola legale che escluda tassativamente dalla testimonianza i familiari dell'accusato.

Con riferimento alla sanzione da infliggere il barone di La Brède stabilisce che pene comminate non devono essere contrarie all'ordine morale dello Stato. Anche in questa occasione nell'opera vengono richiamati esempi storici di pene particolarmente afflittive, come quelle attuate dalla magistratura giapponese la quale «ha fatto esporre nelle pubbliche piazze donne nude e le ha costrette a camminare al modo degli animali, ha fatto fremere il pudore»¹².

Con riguardo alle pene, infine, è necessario che queste siano commisurate alla natura del reato, «si ha il trionfo della libertà quando le leggi criminali traggono ogni pena dalla natura particolare del delitto»¹³.

È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino, una libertà che si realizza nell'intima connessione alla natura del delitto. Ciò traduce, in buona sostanza, il criterio proporzionalistico¹⁴. Sotto questo profilo la dottrina penale montesquiviana può ben considerarsi come una dottrina «razionalizzatrice» e, nel suo contesto, «progressista» in quanto pone come fine primo di uno Stato la libertà dei cittadini.

¹² Ivi, p. 340.

¹³ Ivi, p. 324.

¹⁴ Al riguardo occorre precisare che ogni dottrina proporzionalistica in tema di rapporto tra crimine e pena, porta con sé, necessariamente, una duplice tendenza: da un lato si tende ad operare una classificazione dei crimini secondo concetti ordinatori gerarchicamente disposti per generi e specie; dall'altro si tenta di predisporre parametri o scale di gravità dei generi e delle specie dei crimini cui poter rapportare la gravità e quantità delle pene. Sotto questo profilo ogni dottrina proporzionalistica (ed ogni dottrina retributivistica) nella prima metà del XVIII secolo agiva in senso razionalizzatore del sistema, in senso umanitario nella linea delle future riforme, in quanto dottrina antitetica alle settecentesche concezioni della pena come deterrente. Per un approfondimento su questo argomento si veda G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 383-483.

Montesquieu quindi passa in rassegna le tipologie di delitti rammentando che quelli della prima specie sono di matrice religiosa, quelli della seconda sono oltraggiosi dei costumi, quelli della terza specie intaccano la tranquillità ed infine, quelli della quarta, rischiano concretamente di minare la sicurezza dei cittadini. Dall'appartenenza del crimine ad una di queste classi, dunque, deriva la pena proporzionata e naturale.

Mediante tale classificazione, il Presidente ritiene che appartengano alla prima tipologia di delitti i sacrilegi semplici e non anche quelli che attaccano direttamente la religione ostacolandone l'esercizio¹⁵. Poiché a ciascun delitto deve seguire una punizione conforme alla natura dello stesso, essa si deve qui concretare nella privazione di tutti i vantaggi che la religione offre: «espulsione dai templi; privazione della società dei fedeli, per un certo tempo, o per sempre; rifuggire dalla loro presenza; esecrazioni, maledizioni, scomuniche»¹⁶. Il carattere progressista e illuministico della dottrina discende dalla conclusione che la pena per i crimini solo religiosi è solo una pena religiosa, e la pena consiste nella privazione dei vantaggi di appartenere alla comunità religiosa.

I delitti contro i costumi, quelli cioè che sono tali a seguito dell'inosservanza «delle norme sulla maniera con la quale si deve godere dei piaceri legati all'uso dei sensi e all'unione dei corpi»¹⁷, verranno invece sanzionati mediante le ammende, la vergogna, la pubblica infamia, l'espulsione dalla città e dalla società, pene queste che sono proprie della natura del delitto.

¹⁵ Si tratta di delitti i quali offendono la tranquillità dei cittadini o la loro sicurezza, sebbene essi siano di origine religiosa. In merito Montesquieu ritiene che «Nelle cose che turbano la tranquillità o la sicurezza dello Stato, le azioni nascoste sono di competenza della giustizia umana; ma in quelle che offendono la divinità, quando non esiste azione pubblica, non sussiste delitto: tutto vien regolato tra l'uomo e Dio, che sa la misura ed il tempo della sua vendetta. Chè se, confondendo le cose, il magistrato cerca anche il sacrilegio nascosto, porta una inquisizione in un genere di azioni ove non è necessaria: distrugge la libertà dei cittadini, armando contro di essi lo zelo delle coscienze timide e quello delle coscienze ardite». Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 325.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, p. 326.

I delitti della terza specie, invece, quelli cioè che compromettono la tranquillità dei cittadini, verranno puniti con la prigionia, l'esilio, le correzioni.

I supplizi invece appartengono ad una tipologia di pena attraverso la quale si rifiuta la sicurezza ad un cittadino che ne ha privato o ha inteso privarne un altro. Qualora venissero violati i beni, sarebbe opportuno corrispondere all'autore il medesimo torto, piuttosto che punire lo stesso con la pena capitale, la quale, invece, può seguire unicamente se questi ha tolto la vita o solo attentato alla stessa.

La quarta classe di crimini è, infine, la più numerosa in quanto ricomprende i crimini che consistono in turbative dell'esercizio di culto, l'eresia e la magia, i crimini contro la ricchezza pubblica e la lesa maestà umana, i delitti contro l'onore nonché tutti i delitti contro la vita e i beni privati.

Si può qui notare che l'eresia e la magia sono crimini che non possono essere sottratti alla repressione statale in quanto non confluiscono nell'alveo dei sacrilegi semplici, le cui pene sono solo religiose. In questo caso si tratta di reati che si manifestano con azioni esterne e, per questo, turbano l'ordine e la pubblica sicurezza.

La preferenza assiologica per la libertà non è quindi tanto l'espressione di una opzione decisionale soggettiva, quanto del riconoscimento di ciò che attiene alla condizione umana in sé. Questo è l'obiettivo a cui il barone di La Brède nel suo *opus maius* tende e si radicalizza mediante la statuizione, a ciascun potere, di pesi e contrappesi.

3. «Delle leggi che formano la libertà politica, nel suo rapporto con la costituzione»

«Esistono, in ogni Stato, tre sorte di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile»¹⁸.

Con questa ormai nota definizione che ci permette di entrare nel cuore del pensiero montesquiviano, il pensatore di La Brède, nell’XI Libro dell’*Esprit*, pone il *focus* della sua propria analisi sui tre poteri dello Stato mediante i quali viene esercitata l’autorità istituzionale. Il potere di legiferare, il potere di portare ad esecuzione la legge e il potere di giudicare costituiscono, dunque, le tre attività mediante le quali si realizza, inevitabilmente, il funzionamento della macchina istituzionale.

«In base al primo di questi poteri – spiega Montesquieu – il principe o il magistrato fa delle leggi per sempre o per qualche tempo, e corregge o abroga quelle esistenti»¹⁹.

Da quanto appena detto si evince che il potere legislativo non risulta essere depositario della sovranità e dunque sovraordinato rispetto agli altri. La potestà di legiferare, infatti, è rintracciabile in ogni governo storicamente esistente, a partire dall’antichità.

Da un’attenta analisi del testo del filosofo bordolese emerge a chiare lettere che il potere suddetto non è definito come il diritto di fare le leggi ma, anzi, riceve una qualificazione fattuale. Non vi è dunque una fondazione

¹⁸ Ivi, vol. I, p. 275. Si noti come questa prima divisione dei poteri tracciata da Montesquieu, che segue la divisione lockiana in potere legislativo, esecutivo e federativo, scompaia quasi subito per dar luogo all’altra, diventata classica, fra esecutivo, legislativo e giudiziario. Sul valore e la fortuna di tale formula si veda il sempre valido B. Mirkin-Guetzévitch, *Quelques réflexions sur Esprit des Lois*, «La République française», a. VI (1949), n.1, pp. 20-52; a. VII (1950), n.1, pp. 65-68.

¹⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 276.

normativa di questo potere, ma esso nasce attraverso una mera descrizione della prerogativa legislativa.

In ordine alla validità temporale l'autore ricorda che le leggi possono essere fatte «per sempre o per qualche tempo». Al riguardo Montesquieu sembra incline ad una durata temporanea delle stesse, soprattutto in materia tributaria²⁰. «Se il potere legislativo – dice Montesquieu – delibera, non di anno in anno, ma per sempre, sulla imposizione dei tributi, corre il rischio di perdere la propria libertà, perché il potere esecutivo non ne dipenderà più, e – aggiunge l'Autore – quando si detiene un diritto simile per sempre, è indifferente che sia il proprio o quello di un altro»²¹.

Il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti non è invece che il potere esecutivo *tout court*. Sulla base del potere esecutivo il principe o il magistrato «fa la pace o la guerra, invia o riceve delle ambascerie, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni»²².

Il potere esecutivo, dunque, sembrerebbe esplicarsi nell'esecuzione la quale, però, non va intesa soltanto come applicazione di statuizioni altrui. Infatti, si tratta di un potere che travalica l'esecuzione delle leggi e che si esplica anche attraverso l'esercizio di azioni momentanee, come appunto quelle di stabilire se fare la pace o la guerra.

Il potere esecutivo, tuttavia, riceve anche un'altra declinazione. Montesquieu lo riassume, infatti, nella potestà di «eseguire le pubbliche risoluzioni»²³. È proprio questa chiarificazione a rendere il potere esecutivo un potere autonomo rispetto al legislativo. Un potere che si realizza in prima battuta portando ad esecuzione i precetti statuiti dal legislatore e che, quindi, sembra

²⁰ Al riguardo è opportuno mettere in rilievo il richiamo che Montesquieu fa ai senatoconsulti della repubblica romana dei quali viene ricordata la validità annuale, e la necessità, alla scadenza, di essere sottoposti a nuova approvazione.

²¹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 289.

²² Ivi, p. 276.

²³ Ivi, p. 277.

esplicarsi solo attraverso l'esercizio di azioni momentanee quelle, appunto, necessarie per attuare la legge. In realtà il potere di cui si tratta trova piena e completa realizzazione nella creazione di un vero e proprio apparato che, per gestire e realizzare un precetto normativo, si avvale del compimento di azioni momentanee.

In questa attività anche il potere esecutivo gode di una sua discrezionalità. Quanto appena detto, quindi, risulta essere un punto nodale nel pensiero montesquiviano.

L'esercizio della funzione esecutiva non è, quindi, sottordinato al potere legislativo e ciò si riflette non solo sull'autonomia della gestione della funzione medesima ma, anche, nella potestà di interferenza nei confronti del potere legislativo nel gioco della meccanica costituzionale. Se così non fosse, del resto, allora i due poteri non sarebbero parigrado ma si darebbe luogo ad una gerarchia tra gli stessi.

In ultima analisi, Montesquieu prende in esame il potere giudiziario definito come il potere di esecuzione delle cose che dipendono dal diritto civile. Il potere di giudicare, nell'ambito dell'attività di esecuzione ha una sua forma specifica costituita dai giudizi: si tratta quindi di un «potere che punisce i delitti e giudica le liti dei privati»²⁴.

Il potere giudiziario presenta però un carattere peculiare che lo distingue rispetto agli altri due poteri: esso, cioè, a differenza del legislativo e dell'esecutivo, si esercita sul singolo cittadino. Infatti, mentre nel caso dei primi due poteri le leggi e gli atti di esecuzione hanno una validità generale in quanto non vengono esercitati nei riguardi di alcun consociato, in quest'ultimo caso prospettato, cioè relativo al potere giudiziario, i destinatari dei giudizi sono proprio i cittadini sottoposti ad essi.

Il potere giudiziario proprio per il carattere di incisività di cui gode, fa però sorgere ineluttabilmente un corto circuito nel sistema dei poteri. Se da un

²⁴ *Ibidem.*

lato, infatti, il potere giudiziario deve intervenire in contrapposizione agli altri poteri, dall'altro può finire per determinare una indebita compressione della libertà dei cittadini. La gestione di questo potere, dunque, può essere la più problematica. Se da un lato il potere giudiziario può intervenire per arrestare il legislativo e l'esecutivo e, dunque, a tutela della libertà, dall'altro può generare una contrazione della libertà stessa da parte di chi subisce la sua azione. Proprio al fine di vincere questo timore l'Autore ritiene che

i giudici non sono, come abbiamo già detto, se non la bocca che pronunzia le parole della legge, degli esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza né la rigidità. È, dunque – aggiunge Montesquieu – quella parte del corpo legislativo che, come abbiamo or ora detto, è, in altra occasione, un tribunale necessario, che deve esserlo pure in questo caso: spetta alla sua autorità suprema moderare la legge in favore della legge stessa, pronunziandosi meno rigorosamente di essa²⁵.

A tal proposito appare particolarmente interessante la chiave di lettura offerta dallo studioso Luigi Ferrajoli, secondo la quale tale visione del pensatore francese del giudice come «bocca della legge» possa essere piena espressione del razionalismo giuridico illuministico²⁶ di cui Montesquieu si farebbe pedissequo sostenitore.

A questo punto della nostra trattazione appare opportuno soffermarsi sull'analisi della questione fondamentale relativa al funzionamento dei poteri stessi. In tale sede, in pratica, è necessario comprendere quelle che sono le dinamiche istituzionali partendo proprio dal pensiero del filosofo bordolese.

Montesquieu, inoltre, richiama la libertà politica, questa volta però considerandola sotto il profilo soggettivo, e la definisce come «quella tranquillità di spirito che proviene dalla convinzione che ciascuno ha della propria

²⁵ Ivi, p. 287.

²⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 12. Per un'interpretazione affine si rimanda anche a È. Spitz, *L'acte de juger*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger», a. 2 (1995), pp. 289-302.

sicurezza»²⁷, e affinché questa libertà possa esistere, è necessario che il governo sia organizzato in modo tale da impedire che un cittadino possa temere un altro cittadino.

In questo spazio giuridico-politico in cui i tre poteri interagiscono e si oppongono reciprocamente va individuata la struttura che garantisce quella autonomia in grado di evitare il congiungimento degli stessi e far sì che non sia minacciata l'esistenza di ciascuna autorità da un potere esorbitante che distrugga gli altri²⁸.

Alla luce di questo sistema, non assume un carattere discriminante il fatto che in alcuni casi l'interdipendenza sia meglio garantita attraverso legami funzionali basati sull'esercizio da parte di ogni potere della sua attività specifica mentre, in altre circostanze, essa sia fondata sulla partecipazione di un'autorità all'esercizio, parziale, delle altre facoltà. Ciò che rileva, infatti, è la capacità della struttura di stabilire una interdipendenza che impedisca quel congiungimento da cui scaturisce un esercizio arbitrario del potere.

Il barone di La Brède sancisce inequivocabilmente questo principio in primo luogo con riferimento all'unione tra il legislativo e l'esecutivo stabilendo che «quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito a quello esecutivo, viene a mancare la libertà, in quanto può accadere che il monarca o lo stesso senato facciano leggi tiranniche per attuarle tirannicamente»²⁹.

Pleonastico spiegare che chi esegue le leggi, se detiene anche la facoltà di legiferare, è portato ad abusare del potere, non conformandosi, nell'esecuzione,

²⁷ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 276.

²⁸ Già Locke aveva osservato che la separazione del potere esecutivo da quello legislativo era elemento fondamentale, proprio delle «monarchie temperate e dei governi ben costituiti». Si veda J. Locke *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, UTET, 1982, p. 159.

²⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 276.

alle leggi prestabilite ma cambiandole e plasmandole a proprio piacimento all'atto dell'esecuzione.

Allo stesso modo «non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo»³⁰. L'autore, infatti, spiega che «se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe allo stesso tempo legislatore». Al contempo, «se fosse unito con il potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore»³¹.

Infatti se il potere di giudicare fosse unito al legislativo allora, anche in questa circostanza, vi sarebbe un potere arbitrario in quanto il giudice, detenendo anche la facoltà di legiferare, potrebbe in ogni momento, nell'esercizio della sua attività giudicante, modificare la legge, per cui i cittadini non sarebbero più sottoposti alla volontà del legislatore ma ad una volontà arbitraria, momentanea e fugace.

Se, invece, si dovesse realizzare l'unione del potere giudiziario con quello esecutivo, allora non vi sarà l'arbitrio, determinato dalla modifica in corso della legge e dall'imposizione della propria volontà, come nei casi precedenti ma, in tal caso, si potrebbe realizzare una minaccia nell'uso della forza con la logica conseguenza che tale autorità giurisdizionale assuma una connotazione intensamente oppressiva. «Tutto sarebbe perduto – infatti – se la stessa persona, o lo stesso corpo di grandi, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le pubbliche risoluzioni e quello di giudicare i delitti o le liti dei privati»³².

³⁰ Ivi, p. 276.

³¹ Ivi, p. 277.

³² *Ibidem*. Montesquieu fa notare che nella maggior parte dei regni d'Europa il governo è moderato perché il principe, che detiene i primi due poteri, lascia ai sudditi l'esercizio del terzo.

In tal senso, esplicito è il richiamo alle repubbliche italiane come Venezia, ove i tre poteri erano riuniti³³, per mettere in evidenza come, in tali situazioni, la libertà sia minore che nelle monarchie. Per questo il governo ha bisogno, per mantenersi in vita, di mezzi altrettanto violenti di quelli in uso in Turchia³⁴: ne fanno fede, secondo Montesquieu, gli inquisitori di Stato presenti nella repubblica veneziana e la cassetta dove ogni delatore poteva, in qualunque momento, gettare con un biglietto la sua accusa³⁵.

Il Presidente, sebbene riconosca che l'aristocrazia ereditaria delle repubbliche italiane non corrisponda perfettamente al regime dispotico dell'Asia, mette però in luce che, in una siffatta situazione, lo stesso corpo della magistratura detiene, come esecutore delle leggi, tutto il potere che si è conferito come legislatore. Così a Venezia il Gran Consiglio ha il potere legislativo, il consiglio dei pregadi quello esecutivo, le quarantie, quello giudiziario. Ma deprecabile è il fatto che «questi differenti tribunali sono formati da magistrati dello stesso corpo, dando quindi luogo sempre ad un potere unico»³⁶.

Per quanto concerne poi l'attribuzione di tali poteri, Montesquieu opta, con riferimento a quello giudiziario, per magistrati scelti tra il popolo³⁷ e non professionisti, nel rispetto delle modalità stabilite preventivamente dalla legge, per costituire un tribunale che rimanga in vita solo per il periodo che la necessità richiede. In questo modo, tale potere, così temuto tra gli uomini, in quanto a

³³ Sulla natura e i poteri degli inquisitori a Venezia Montesquieu si era già soffermato nel libro V, capo VIII. Si veda ivi, vol. I, pp. 127-132.

³⁴ Presso i turchi, infatti, come già spiegato da Montesquieu nei libri precedenti, i tre poteri sono tutti riuniti nella persona del Sultano, dando così vita ad un terribile dispotismo.

³⁵ Si veda C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 277.

³⁶ Ivi, p. 278.

³⁷ Questo, ad esempio, era quanto accadeva nell'antichità ad Atene dove lo statista Pericle aveva deciso di assegnare al popolo l'intero potere giudiziario.

differenza degli altri operante direttamente nei confronti dei singoli, diviene invisibile e nullo³⁸.

È necessario, inoltre, che nei casi di accusa più grave l'imputato, conformemente alla legge, possa scegliersi i giudici, o per lo meno possa rifiutarne un numero così elevato cosicché quelli che rimangono possano essere considerati come di sua scelta.

Gli altri due poteri, invece, potrebbero essere conferiti a magistrati o a dei corpi permanenti, in quanto, l'uno è espressione della volontà generale dello Stato, l'altro esecuzione di questa.

I giudizi, al contrario dei tribunali, devono essere fissi³⁹; ciò deve emergere da un preciso testo di legge, poiché se questi fossero il frutto delle opinioni dei giudici, la società vivrebbe in una condizione di instabilità e di precarietà in cui non si conoscono preventivamente gli impegni contratti.

Montesquieu prevede inoltre un caso in cui il potere esecutivo può perseguire il mero sospetto e ciò accade solo quando il legislativo è minato o da una qualche congiura segreta contro lo Stato o da qualche rapporto con i nemici esterni.

Affinché siano evitate ingiuste prevaricazioni il filosofo francese indica, quale condizione necessaria, che i giudici siano della stessa condizione dell'accusato.

Poiché in uno Stato libero ogni uomo, che si suppone possieda uno spirito libero, deve guidarsi da sé, bisognerebbe che il corpo del popolo avesse direttamente il potere legislativo; ma

³⁸ Secondo l'analisi di Sergio Cotta quest'ultima affermazione appare in netto contrasto con gli interessi della classe parlamentare francese di quel tempo di cui lo stesso Montesquieu aveva difeso la pretesa di costituire un corpo indipendente attraverso la venalità delle cariche.

³⁹ Un'analoga esigenza era stata avvertita da Locke, il quale aveva affermato: «L'autorità legislativa o suprema non può assumersi il potere di governare con decreti estemporanei ed arbitrari, ma è tenuta a dispensare la giustizia e a decidere intorno ai diritti dei sudditi, con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti». Si noti tuttavia come Locke ricerchi una garanzia nei confronti del legislativo, mentre Montesquieu si riferisce qui nello specifico al giudiziario; ciò è dovuto alla diversa tripartizione dei poteri nei due autori. Cfr. J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, cit., p. 136.

poiché ciò è impossibile nei grandi Stati, ed è soggetto a notevoli inconvenienti nei piccoli, bisogna che il popolo faccia per mezzo dei suoi rappresentanti tutto ciò che non può compiere direttamente⁴⁰.

I membri del corpo legislativo però, non devono provenire da tutta la Nazione, ma l'elezione deve avvenire nei luoghi più importanti, nell'ambito dei quali gli abitanti sceglieranno i propri rappresentanti. È infatti possibile conoscere in modo più accurato le esigenze della propria città che quelle delle altre. Il grande vantaggio di avere dei rappresentanti è dato dalla capacità che essi hanno di discutere su questioni inerenti pubblici affari. Poiché tale capacità risulta del tutto assente nel popolo, ciò mette in luce uno dei principali inconvenienti della democrazia.

Montesquieu riconosce inoltre il diritto di voto a ciascun cittadino, ma allo stesso tempo ne prefigura una limitazione. Infatti, tale diritto deve essere negato «a quelli che sono in così bassa condizione che si ritiene non abbiano volontà propria»⁴¹. È chiaro che Montesquieu in questo passo si riferisca a tutte quelle categorie di persone che, nella Francia a lui coeva, erano escluse da ogni considerazione ai fini del diritto politico per ragioni di malattia (mentale o fisica), di professione (ad esempio i commedianti), di *status* (ad esempio i servi), di condanne penali. Come opportunamente sottolineato da Giovanni Tarello, appare probabile, invece, che egli non pensasse ad altre categorie di persone che, in quegli anni, non godevano di taluni diritti, quali, le categorie costituite su base religiosa (ebrei, protestanti)⁴².

Il barone di La Brède si dichiara poi apertamente favorevole al sistema bicamerale, in cui il potere viene affidato e al corpo dei nobili e al corpo scelto per rappresentare il popolo.

⁴⁰ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 280.

⁴¹ Ivi, p. 281.

⁴² Si veda in proposito G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., pp. 259-297.

Il corpo dei nobili deve essere ereditario, in primo luogo perché lo è intrinsecamente, per sua natura, e in secondo luogo perché è necessario che abbia un grande interesse alla conservazione delle sue prerogative e dei suoi privilegi. Al contempo è però necessario che alla legislazione partecipi anche il popolo, con la sola facoltà di impedire e non quella di statuire, affinché la nobiltà non si dimentichi del popolo, preoccupandosi unicamente di salvaguardare gli interessi di particolari di casta⁴³.

Montesquieu chiama «facoltà di statuire, il diritto di ordinare da sé o di correggere ciò che è stato ordinato da un altro; per facoltà di impedire, il diritto di rendere nulla una decisione presa da qualcun altro»⁴⁴.

A ben guardare, la facoltà di impedire viene in rilievo con riferimento al rapporto tra legislativo ed esecutivo. L'Autore, infatti, pone l'esercizio della facoltà medesima nelle mani del potere esecutivo il quale, attraverso la facoltà di impedire, deve prendere parte alla legislazione⁴⁵. Al riguardo, tuttavia, si discute se il potere esecutivo partecipi al potere di porre in essere le leggi. In altre parole ci si chiede se il potere di legiferare sia condiviso e quindi appartenga sia al potere legislativo che all'esecutivo o se, invece, l'assemblea parlamentare rimanga l'unico detentore del potere di produzione normativa⁴⁶.

Il Presidente fissa poi i punti cardine del potere esecutivo che egli affida nelle mani di un monarca, perché questa parte del governo è meglio amministrata da uno che da molti, contrariamente al potere legislativo che risulta invece essere meglio ordinato da molti che da uno solo.

Se non ci fosse il monarca e il potere esecutivo fosse affidato ad un certo numero di persone scelte dal corpo legislativo, non ci sarebbe più libertà, poiché i

⁴³ Già Locke aveva messo in rilievo il pericolo che l'assemblea pensasse «di avere interessi distinti dagli altri membri della comunità». Si veda J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, cit., p. 138.

⁴⁴ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 282.

⁴⁵ Ivi, p. 287.

⁴⁶ Per una trattazione più dettagliata di questa duplice chiave interpretativa si rimanda al paragrafo successivo.

due poteri si troverebbero riuniti e le medesime persone parteciperebbero sia all'una che all'altra attività. Così come la libertà sarebbe assente se il corpo legislativo non fosse convocato per un lungo periodo di tempo, poiché, conseguentemente, o non ci sarebbero più risoluzioni legislative, o lo Stato cadrebbe nell'anarchia.

Il filosofo di La Brède, stabilisce che «se il potere esecutivo non ha il diritto di arrestare le iniziative del corpo legislativo, quest'ultimo diverrà dispotico; poiché, dal momento che potrà conferirsi tutto il potere che vorrà, annienterà tutti gli altri poteri». Al contempo però precisa che «non bisogna che il potere legislativo abbia la facoltà di arrestare quello esecutivo, poiché, avendo già l'esecuzione dei limiti per sua natura, è inutile frenarlo; senza contare che il potere esecutivo si esercita sempre su oggetti momentanei»⁴⁷.

Al potere legislativo viene riconosciuta la facoltà di controllare la modalità con cui le leggi promulgate sono state portate ad esecuzione ma, al contempo, in uno Stato libero, il potere legislativo non ha il diritto di arrestare quello esecutivo, né gli viene riconosciuta la possibilità di giudicare, poiché in ambedue i casi vi sarebbe, non una monarchia, ma una repubblica non libera.

Benché Montesquieu preveda l'assenza vicendevole di ingerenza rispettivamente tra potere giudiziario e potere legislativo, vi sono dei casi in cui questa regola di ordine generale non trova applicazione, in conseguenza al particolare interesse di chi deve essere giudicato.

La prima eccezione riguarda il caso in cui un nobile sia posto sotto accusa. In tal caso, qualora egli venisse giudicato dal popolo, non godrebbe del privilegio di essere giudicato da un suo pari. Montesquieu ritiene quindi necessario che i nobili siano fatti comparire dinanzi a quel corpo legislativo composto parimenti

⁴⁷ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 285.

da nobili e non dinanzi ai tribunali ordinari, perché se così fosse sarebbero esposti all'invidia⁴⁸.

Una seconda deroga è altresì prevista allorché venga promulgata una legge eccessivamente rigorosa, riconoscendo in tal caso ai giudici, «bocca della legge», il potere di temperarla attraverso l'interpretazione.

In ultima istanza potrebbe accadere che qualche cittadino violi, negli affari pubblici, i diritti del popolo, commettendo così dei delitti che i magistrati non sono in grado o non vogliono punire. Il potere legislativo, nel caso in specie, non può essere l'organo giudicante, in ragione del fatto che rappresenta la parte interessata, cioè il popolo; quindi non può che essere l'organo accusatore.

Tuttavia non può neppure rimettersi alla decisione del tribunale, organo a lui sottoposto, per esercitare il potere d'accusa; così la terza deroga si concretizza nella possibilità, di cui gode la parte del corpo legislativo che rappresenta il popolo, di accusare dinanzi all'altra parte rappresentata dai nobili.

La costituzione fondamentale di un governo, dunque, deve prevedere un corpo legislativo diviso in due parti, in cui l'una tiene a freno l'altra attraverso la reciproca facoltà di impedire. Entrambe sono vincolate dal potere esecutivo, il quale a sua volta subisce il controllo di quello legislativo.

«Questi tre ordini di poteri dovrebbero stare a riposo o nell'inazione – sosteneva con convinzione Montesquieu – ma in conseguenza del movimento naturale delle cose, anche questi sono in attività»⁴⁹.

⁴⁸ Con riferimento a questo aspetto appare necessario considerare il contesto socio-culturale settecentesco nel quale si colloca l'opera di Montesquieu. Più in particolare non si può prescindere dal ricordare il ruolo preminente occupato dal corpo aristocratico nella scala sociale dell'Europa (e in particolar modo nella Francia) del XVIII secolo, corpo aristocratico al quale, peraltro, apparteneva lo stesso Montesquieu. Si vedano in proposito N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTET, 1988, pp. 175-213; G. Galasso, *Prima lezione di storia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁴⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 288. Già lo storico ugonotto Rapin-Thoyras (1661-1725) aveva osservato che «le prerogative del sovrano, dei grandi e del popolo vi sono in Inghilterra così temperate le une dalle altre da sostenersi vicendevolmente. Al tempo stesso ciascuna di queste tre potenze, che partecipano al governo, può frapporre degli ostacoli invincibili alle iniziative che una delle altre due, o persino tutte e due insieme, volessero prendere per rendersi indipendenti».

Per tale ragione l'esecutivo interferisce sul potere legislativo solo mediante il potere di impedire, essendo privato infatti non solo di ogni facoltà di statuire ma anche della possibilità di partecipazione a qualunque dibattito⁵⁰. L'esecutivo sarà inoltre sollevato dal potere di deliberare in merito all'imposizione dei tributi, sulla quale esso potrà prestare solo il proprio consenso, mentre la piena prerogativa spetterà al legislativo⁵¹.

La natura del potere esecutivo si sostanzia non nel deliberare ma nell'agire e, proprio per questo motivo, esso avrà il controllo e la gestione delle forze armate⁵² le quali, però, dovranno provenire dal popolo ed avere «lo stesso spirito del popolo, come avveniva a Roma ai tempi di Mario»⁵³.

Il bilanciamento dei poteri, che si dispiega attraverso il controllo incrociato tra gli stessi, costituisce, dunque, una forma di garanzia dall'arbitrio.

⁵⁰ A tal proposito Locke, tuttavia, ricordava che in Inghilterra il sovrano deteneva, oltre al potere esecutivo, anche una porzione di quello legislativo con la particolare prerogativa, da esercitare in eccezionali circostanze, «di deliberare, secondo discrezione, per il pubblico bene senza la prescrizione della legge, e talvolta anche contro di essa». Cfr. J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, cit., p. 151.

⁵¹ La medesima tesi era stata sostenuta anche dallo stesso Locke il quale aveva sostenuto che: «È vero che il governo non può sostenersi senza gravi spese, ed è opportuno che chiunque partecipi della sua protezione paghi, dei propri averi, una parte proporzionale per il suo mantenimento. Ma ciò deve sempre aver luogo col suo consenso, cioè a dire col consenso della maggioranza, dato direttamente dai membri della società o dai loro rappresentanti da essi eletti; perché se uno pretende il potere di imporre o di levare le tasse sul popolo di propria autorità e senza il consenso del popolo viola con ciò la fondamentale legge della proprietà, e sovverte il fine del governo». Ivi, p. 140.

⁵² Le forze armate non potranno quindi essere affidate al potere legislativo perché, se così fosse, «l'esercito disprezzerà sempre un senato, ma rispetterà i suoi ufficiali, non si preoccuperà degli ordini inviati da un corpo di persone che riterrà timorose e quindi indegne di comandarlo. Così, non appena l'esercito dipenderà unicamente dal corpo legislativo, il governo diverrà militare. [...] Se, nel caso che l'esercito sia guidato dal corpo legislativo, particolari circostanze impediscono al governo di divenire militare, esso cadrà in altri inconvenienti. Delle due l'una: o l'esercito distruggerà il governo, o il governo dovrà indebolire l'esercito». Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 291.

⁵³ Montesquieu inoltre stabilisce, alternativamente, due modi affinché l'esecutivo, padrone dell'esercito, non possa tiranneggiare: «o coloro i quali vengono reclutati possiedano a sufficienza per rispondere della propria condotta di fronte agli altri cittadini, e che non siano arruolati che per un anno, come avveniva a Roma; o che il potere legislativo possa sciogliere l'esercito se esso è formato da truppe permanenti, o se i soldati sono una delle classi più basse della nazione». Ivi, p. 290.

Al riguardo appare particolarmente utile rifarci in questo passaggio al pensiero di Sergio Cotta che fornisce una incomparabile chiave di lettura del sistema delineato all'interno dell'*Esprit des lois*. La piena parità tra i poteri e l'ineluttabile contrasto per la diversità delle competenze e nella realizzazione degli obiettivi fanno sì che si generi, secondo Cotta, una «genuina dialettica. [...] È invece una dialettica che ha per posta in gioco la libertà e non il predominio e, quindi, finalisticamente, l'armonizzazione dell'azione: la pace e non la guerra»⁵⁴.

La dialettica di cui Cotta parla si instaura a più livelli. Essa la si può rinvenire, infatti, sia all'interno del sistema costituzionale e, quindi, tra i vari poteri, sia all'interno del tessuto sociale. Si realizzerà, dunque, rispettivamente, una dialettica politico-giuridica ovvero una dialettica sociale.

La dialettica politica è quella che si risolve nel contrasto tra i poteri istituzionali «ognuno dei quali è portato, per forza interna, a tutelare la propria autarchia strutturale e la propria funzione specifica»⁵⁵.

La dialettica sociale, invece, è quella che Montesquieu chiama *esprit général* a cui è dedicato il Libro XIX e che caratterizza ciascuna nazione⁵⁶. Si richiamano così i costumi e gli usi che caratterizzano il tessuto culturale entro il quale emerge, appunto, una specifica dialettica.

⁵⁴ Cfr. S. Cotta, *Montesquieu e la libertà politica*, cit., p. 124.

⁵⁵ Ivi, p. 127.

⁵⁶ Per l'evoluzione del concetto di *esprit général* si veda quanto Montesquieu scriveva in proposito nel saggio giovanile *De la politique* che risale al 1722-23 circa: «In tutte le società, che non sono che una unione spirituale, si forma un carattere comune. Questa anima universale acquista una maniera di pensare che è l'effetto di una catena di cause infinite, che si moltiplicano e si combinano di secolo in secolo. Non appena il tono è dato e ricevuto, esso solo governa, e tutto quanto i sovrani, i magistrati, i popoli possono fare o immaginare, sia che sembrino urtare o seguire questo tono, vi si riferisce sempre ed esso domina fino alla totale distruzione». Nell'*Essai sur les causes* la definizione dell'*esprit général* è, invece, affine a quella data nell'*Esprit des lois*. «Esso è prodotto in due modi: dalle cause fisiche che dipendono dal clima, di cui non parlerò più; e dalle cause morali che sono la combinazione delle leggi, della religione, dei costumi e delle usanze, e quella sorta di emanazione del modo di pensare, dell'atmosfera e delle sciocchezze della Corte e della capitale, che si diffondono all'intorno». Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 492.

«Molte cose – diceva Montesquieu – guidano gli uomini: il clima, la religione, le leggi, le massime del governo, le tradizioni, i costumi, le usanze: donde si forma uno spirito generale, che ne è il risultato»⁵⁷.

Ciò che Cotta mette ben in luce è quindi l'interazione tra le due tipologie di dialettiche le quali «poste su piani ermeneutici diversi, le due dialettiche non sono incomunicabili, né si contraddicono, anzi si integrano»⁵⁸.

Il popolo, dunque, agisce attraverso le proprie passioni che, di volta in volta possono trovare origine nei bisogni, nelle ambizioni, ma anche nel timore e nell'odio. Le passioni stesse, per loro natura, possono generare forti contrasti: così si realizzeranno l'unione o la divisione, con i poteri visibili costituiti dal legislativo e dall'esecutivo.

⁵⁷ Ivi, vol. I, pp. 491-492.

⁵⁸ Cfr. S. Cotta, *Montesquieu e la libertà politica*, cit., p. 126.

4. Il mito della separazione dei poteri: una lettura critica

In questa sede è opportuno dare contezza anche di una lettura critica del pensiero di Montesquieu in ordine alla teoria della divisione dei poteri.

Séparation des pouvoirs et *Esprit des lois* sont, pour la quasi unanimité, sinon même l'unanimité des constitutionnalistes, deux termes indissolublement liés, qui s'évoquent irrésistiblement l'un l'autre: la séparation des pouvoirs, c'est la doctrine constitutionnelle de l'*Esprit des lois*; l'*Esprit des lois*, c'est la première théorie de la séparation des pouvoirs⁵⁹.

Charles Eisenmann attraverso queste parole traduce quel connubio che la scuola dei giuristi, con particolare riferimento alla fine del XIX secolo e all'inizio del XX, ha colto tra la separazione dei poteri e il testo del filosofo francese.

L'espressione "divisione dei poteri" ha assunto connotazioni diverse nel corso del tempo. Attraverso la dottrina tradizionale che si è sviluppata a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento la separazione dei poteri proclamata nell'art.16 della *Dichiarazione dei diritti* è un principio di tecnica costituzionale che vede in Montesquieu il padre fondatore.

Proprio mediante questa tecnica costituzionale della separazione dei poteri si prendono sostanzialmente in esame due regole fondamentali costituite dall'indipendenza e dalla specializzazione e attraverso la loro combinazione si gestiscono i poteri istituzionali tentando di mantenerli nell'equilibrio.

Il principio dell'indipendenza si realizza mediante organi o autorità che siano in una situazione di reciproca autonomia. L'indipendenza viene garantita e gestita attraverso i meccanismi di nomina e di revoca dei soggetti appartenenti all'organo stesso. Ciò si realizza, quindi, allorquando la nomina e la revoca di un

⁵⁹ Cfr. C. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la separation des pouvoirs*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Parigi, s.e., 1933, p. 165-192 (la citazione è a p. 165).

componente di ciascun organo si realizzano in piena autonomia. In altre parole, l'individuo non viene nominato da altri organi e, al contempo, viene negata ogni forma di discrezionalità nel meccanismo di rimozione dello stesso.

La specializzazione delle funzioni, invece, si compie quando ciascuna autorità esercita una soltanto delle funzioni, alla quale è deputata e la esercita per intero. Ciò vuol dire che ciascun potere è supremo nella propria sfera di competenza essendo, così, negato ogni intervento nella sfera di un potere che non sia il proprio. Affinché ciò sia possibile è, allora, necessario che ognuno di questi organi deve essere munito della forza e del potere necessario per l'esercizio della sua funzione.

L'obiettivo che si vuole raggiungere attraverso la combinazione di queste due regole è che, secondo la formula del barone di La Brède «il potere arresta il potere»: così dinanzi ad un'autorità che tenterà di farsi dispotica ve ne sarà un'altra in opposizione. Con questo meccanismo, quindi, sarà garantita automaticamente la libertà.

Eisenmann ha ritenuto che sia stata data una lettura distorta del testo del filosofo bordolese. In altre parole le parole utilizzate da Montesquieu attraverso le quali descrive la costituzione d'Inghilterra sono state utilizzate per creare un modello teorico puramente immaginario. L'ideale politico del barone di La Brède si incarnerebbe, dunque, in un regime in cui fosse rigorosamente assicurata questa separazione.

Dalla lettura del Capo V del Libro XI dovrebbero esistere tre poteri: il potere legislativo, affidato a due Camere (la Camera Alta e la Camera Bassa), quello esecutivo, attribuito al re ed ai suoi ministri e il potere giudiziario, costituito dal corpo dei magistrati. In base a questa ripartizione ad ogni potere eserciterebbe la propria funzione nella rispettiva area di competenza e al di fuori di qualsiasi interferenza.

Sulla base di questo modello non si potrebbe concepire alcuna prevaricazione dell'esecutivo sul legislativo o sul giudiziario e, al contempo, nessun membro può far parte congiuntamente di due organi.

Partendo da questo ragionamento Eisenmann prende in esame la costituzione ideale preconizzata da Montesquieu proprio nel suo XI Libro, in base alla quale l'esercizio dei tre poteri statali vengono esercitati da tre organi perfettamente separati.

I punti deboli di questa teorizzazione sono, secondo Eisenmann, essenzialmente tre.

In primo luogo, il potere legislativo non viene attribuito soltanto al Parlamento, attraverso le due Camere, ma viene esercitato anche dal monarca attraverso la facoltà di impedire. L'attribuzione di questa facoltà non è di poco rilievo. Infatti, attraverso la *faculté d'empêcher*: «le monarque reçoit, en effect, un veto, un veto absolu contre les projets de loi adoptés par les deux Chambres, qui ne deviendront donc lois que de son consentement»⁶⁰.

L'esercizio della facoltà di impedire, quindi, può arrestare il processo legislativo in quanto i progetti di legge necessitano del consenso del re.

Il potere legislativo è un potere di stabilire ed emanare le regole e, chi detiene il medesimo potere deve avere anche la competenza per emanare le regole. In base, però, alle attribuzioni compiute da Montesquieu il diritto di veto rientra pienamente nell'esercizio della funzione legislativa.

Allo stesso modo il potere esecutivo viene esercitato dal monarca ma non in modo sovrano infatti il potere legislativo «ha però il diritto, e deve avere la facoltà di esaminare in qual maniera le leggi che ha promulgato sono state eseguite»⁶¹.

Infine il potere legislativo prevarica pesantemente il potere giudiziario per il fatto che, in tre casi specifici si erige a giudice.

⁶⁰ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 167.

⁶¹ Ivi, p. 285.

Secondo il costituzionalista francese, dunque, è evidente che così distribuiti i poteri non saranno mai totalmente separati⁶².

La seconda riflessione di Charles Eisenmann è attiene al piano terminologico. In particolare, ha inteso dimostrare che in realtà Montesquieu non aveva parlato affatto di separazione, bensì di combinazione, di fusione e di collegamento dei poteri.

Al riguardo Eisenmann si concentra sul potere giudiziario il quale viene definito all'interno dell'*Esprit des lois* come un potere «nullo». A tal proposito Charles Eisenmann ricorda che proprio nelle pagine del noto Capitolo VI Montesquieu affida la giustizia di crimini commessi dai nobili a regole politiche, non più giuridiche, sottraendo così la giustizia al corpo dei magistrati.

Sulla base di quanto appena detto ci si trova dinanzi non più a tre poteri ma solo a due: il potere legislativo e il potere esecutivo. A questi poteri, tuttavia, rispondono tre potestà costituite dal re, dai nobili e dal popolo, ai quali vengono, rispettivamente, affidati il potere esecutivo e il potere legislativo nella Camera alta e bassa.

Eisenmann, in sostanza, opera una decostruzione del «mito della separazione dei poteri»⁶³, sostituendola con l'espressione «distinzione di funzioni» (o «non-confusione»).

⁶² «Le pouvoir législatif – le pouvoir d'édicter les règles législatives – est confié, non au seul Parlement, mais conjointement au Parlement et au Gouvernement: le monarque reçoit, en effect, un veto, un veto absolu contre les projets de loi adopté par les deux Chambres, qui ne deviendront donc loi que de son consentement. Si le pouvoire exécutif y est remis tout entier au seul Gouvernement, celui-ci ne l'exerce cependant pas souverainement; Montesquieu reconnaît au Parlement le droit de contrôler son activité exécutive.[...] La fonction juridictionnelle, enfin, sera sans doute exercée en principe par des tribunaux; Montesquieu n'hésite ce pendant pas, lorsqu'il estime que l'intérêt de la justice l'exige, à admettre que la mise en action et la connaissance de certaines procédures criminelles appartiendront aux Chambres du Parlement». Cfr. C. Eisenmann, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, in *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des Lois (1748-1948)*, Parigi, Recueil Sirey, 1952, pp. 133-160.

⁶³ In questo senso l'espressione è stata mutuata da L. Althusser, *Montesquieu, la politica e la storia*, cit., pp. 91-100.

In tal senso Montesquieu non avrebbe enunciato un principio ma due regole. La prima di carattere negativo attraverso la quale si stabilisce che la stessa autorità politica non deve esercitare più di una funzione. La seconda regola, invece, ha carattere positivo e riguarda la ripartizione delle competenze, in particolare la funzione legislativa deve essere attribuita ad un organo complesso formato da tre elementi che nel modello costituzionale ideato da Montesquieu le forze politico-sociali sono il re, i nobili e il Terzo Stato.

CAPITOLO III – LA SEPARAZIONE DEI POTERI: EVOLUZIONE DI UN PRINCIPIO

1. Le interpretazioni sulla teoria della «separazione dei poteri»

La storia della separazione dei poteri rappresenta un ambito sicuramente problematico su cui la storiografia specialistica si è soffermata solo in parte, limitandosi principalmente ad un discorso relativo alla constatazione della sua scoperta e alle sue principali applicazioni¹.

A partire dallo scorso secolo, infatti, la teoria della separazione dei poteri è stata considerata, in taluni casi come una massima di arte politica ossia come una verità scientifica di cui Montesquieu sarebbe stato l'ideatore, in altri semplicemente come uno dei principi fondamentali del cosiddetto liberalismo politico, ovvero come espressione di un sistema di valori che si è imposto alla fine del diciottesimo secolo e che la tradizione fa risalire proprio alla figura del filosofo bordolese. A prescindere da quale via interpretativa si preferisca, comunque, si arriva a definire la separazione dei poteri come la teoria sviluppata, come visto, all'interno del già analizzato Capitolo VI del Libro XI dell'*Esprit des Lois*. L'elaborazione, dunque, del barone di La Brède rappresenta il momento di nascita della teoria della separazione dei poteri. A tal punto ammettere che la teoria della separazione dei poteri trovi il suo fondamento nell'*Esprit des Lois* fa

¹ Sui risultati più significativi raggiunti dalla storiografia specialistica si vedano in modo particolare il testo di L. Althusser, *Montesquieu la politica e la storia*, cit., e quello di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e confidazione del diritto*, cit., pp. 262-298; o anche i diversi e validi contributi di Sergio Cotta sul filosofo bordolese, tra cui S. Cotta, *Il pensiero politico di Montesquieu*, cit..

sì che si possano attribuire a Montesquieu anche le relative implicazioni logiche e giuridiche del principio in questione.

Si tratta allora di stabilire quale sia l'organizzazione sociale in grado di garantire la libertà politica.

La regola primaria, espressione del principio della separazione dei poteri si esplica, dunque, nel divieto di cumulo delle funzioni statali. Nessuna autorità statale deve cumulare l'esercizio di due o più funzioni statali. Ciascuna funzione, infatti, dovrà essere distribuita tra più autorità secondo criteri da determinare.

Proprio questa prima regola impedisce che un'autorità diventi dispotica esercitando la totalità del potere e quindi, non essendo mai legata ad una regola anteriore, governerebbe secondo i suoi capricci. In tal modo, la prima condizione della libertà, cioè l'obbedienza alle leggi e ad esse soltanto, sarà realizzata. Infatti la legge o sarà immediatamente applicabile ai consociati, oppure dovrà essere eseguita da un'autorità statale, in ogni caso, però, l'esecuzione sarà conforme alla legge. In entrambe le ipotesi la subordinazione del potere sarà una subordinazione alla legge.

Sul piano teorico la regola della separazione dei poteri non mette in gioco l'unità e l'indivisibilità della sovranità. Una volta distribuiti i diversi poteri ne resta uno sovrano: il potere legislativo. E ciò non può che avvenire considerando il termine «sovranità» nell'accezione di «*summa potestas*»². Nell'accezione di «potere dello Stato» la sovranità non risulta affatto essere indivisibile: si possono quindi conferire i diversi poteri che essa contiene a diverse autorità senza che

² «La parola sovranità ha acquistato nel passato tre significati principali ben distinti. Nel suo senso originario designa il carattere supremo di una potenza pienamente indipendente e in particolare della potenza statale. in una seconda accezione designa l'insieme dei poteri compresi nella potenza dello Stato ed è, di conseguenza, sinonimo di quest'ultima. Infine, serve a caratterizzare la funzione che occupa nello Stato il titolare supremo e la potenza statale è il sovrano identificato con la potenza dell'organo». Cfr. M. Troper, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 130.

essa ne sia distrutta, e ciò avviene in quanto questi diversi poteri continueranno ad essere esercitati³.

Il vantaggio, dunque, della distinzione giuridica delle funzioni può riscontrarsi nel fatto che essa permette di dividere il potere dello Stato senza distruggere la «*summa potestas*».

In questa sede è doveroso, però, far presente che, sebbene la regola della separazione dei poteri consenta l'unità della sovranità, la problematica afferente la garanzia della libertà non può considerarsi risolta. Potrebbe difatti accadere che il potere legislativo abusi della propria autorità assorbendo così anche il potere esecutivo. Al contempo è altresì possibile che l'autorità deputata all'esercizio della funzione esecutiva porti ad esecuzione non già la volontà manifestata nella legge ma la propria.

La regola della separazione dei poteri, dunque, si manifesta come regola meramente negativa che assicura la libertà solo a condizione che essa sia rispettata ma che, però, non contiene in sé alcuna garanzia di effettività.

Proprio per questa ragione bisogna inquadrare il problema della separazione dei poteri sotto un aspetto positivo. La regola della separazione dei poteri esige, dunque, un corollario senza il quale essa non rappresenta nulla.

Secondo la dottrina tradizionale, e cioè quella diffusasi alla fine del diciannovesimo secolo ed all'inizio del ventesimo grazie a professori di Diritto

³ È opportuno in questa sede mettere in luce che nella terminologia del XVIII secolo il termine «sovranità» può assumere a seconda dei casi entrambi i significati presso i teorici della scuola di diritto naturale. Solo Rousseau ha tentato di distinguere le due nozioni. Egli designa con «essenza della sovranità» il potere supremo e chiama «espressioni della sovranità» l'insieme dei poteri insiti nella potestà dello Stato. Il potere esecutivo afferma è una manifestazione della sovranità. Ne consegue che il potere legislativo non è investito della totalità dei poteri dello Stato e che, per questo, non può occuparsi di tutto. Esso deve, in particolare, limitarsi ad emanare regole generali. Ma se si parla di un potere supremo il potere legislativo è sicuramente sovrano. I teorici di diritto naturale hanno dunque, secondo Rousseau, scambiato per sovranità ciò che in realtà erano soltanto sue manifestazioni. Per questo essi hanno creduto di dividere la sovranità ma hanno diviso solo il potere dello Stato. Per ulteriori approfondimenti e riflessioni sul concetto di «sovranità» si rinvia innanzitutto alla voce N. Matteucci, *Sovranità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004. Sempre valida altresì risulta la chiave di lettura offerta da D. Pasini, *Riflessioni in tema di sovranità*, Milano, Giuffrè, 1965.

costituzionale quali Carré de Malberg o Barthélémy⁴, la separazione dei poteri proclamata dall'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789⁵ («Ogni Società nella quale non sia assicurata la Garanzia dei diritti, né sia determinata la separazione dei poteri, non possiede una Costituzione») può configurarsi come un principio di tecnica costituzionale la cui scoperta viene dunque attribuita a Montesquieu⁶ e che si analizza in due regole distinte la cui combinazione deve condurre a precisi ed inequivocabili risultati.

La prima di tali regole, come efficacemente sottolineato da Michel Troper, allievo di Charles Eisenmann, è quella dell'«indipendenza»⁷: è necessario creare delle autorità o organi reciprocamente indipendenti, il che significa in pratica che gli individui che compongono ciascuna di queste autorità non devono

⁴ Si vedano in particolar modo R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parigi, Sirey, 1922, tomo II e J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, Dalloz, 1933.

⁵ La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* fu approvata dall'Assemblea Nazionale il 26 agosto del 1789 e costituirà anche il preambolo della Costituzione liberale del 1791. Essa è ancora oggi il fondamento giuridico di tutte le costituzioni delle democrazie occidentali. Ricalcata sulla Costituzione degli Stati Uniti d'America, rappresenta la summa del pensiero illuminista da Montesquieu a Voltaire, da Diderot a Rousseau. I punti salienti della *Dichiarazione* sono la libertà di pensiero, di parola e religiosa; l'importanza della Legge (scritta) e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte ad essa; il diritto alla proprietà e alla sicurezza; la resistenza all'oppressione perpetrata dai governi sul popolo; il dovere di ogni amministratore di rendere conto all'intera società del proprio operato; la democrazia fiscale. Per un'analisi attenta e minuziosa sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 ed in particolar modo dell'art. 16 si veda in particolare il contributo di M. Troper, *L'interprétation de la Déclaration des Droits; l'exemple de l'article 16*, «Droits», 8 (1988), pp. 111 e seguenti. Per ulteriori approfondimenti si rimanda anche a D. Lombardi, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, Bologna, Nuove edizioni universitarie, 1994.

⁶ La suddetta formula «separazione dei poteri» presenta delle ambiguità ben espresse in A. Cerri, *Potere (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990. In questa sede, senza pretendere di riproporre la storia del concetto, si deve comunque far presente che la teoria della «separazione dei poteri», giustamente attribuita a Montesquieu, è comunque il risultato delle più varie riflessioni di studiosi e pensatori che avevano in comune la diffidenza verso le organizzazioni politiche autoritarie, sin dall'età classica. Per una ricostruzione sintetica dell'evoluzione di tale concetto si rimanda all'attenta ricostruzione offerta in A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, «Diritto e questioni pubbliche», a. 7 (2007), n. 1, pp. 201-232 (la parte di nostro interesse è riportata alle pp. 202-204).

⁷ Cfr. M. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, Guida, 2008, p. 216.

assolutamente essere nominati dagli altri organi e che, principalmente, non devono essere da essi discrezionalmente revocabili. In questo modo si vieta la responsabilità ministeriale e lo scioglimento.

La seconda regola è invece quella della «specializzazione» in virtù della quale lo Stato, considerato nella sua globalità, esercita precisamente tre funzioni: legislativa, esecutiva e giurisdizionale. Secondo una variante di tale dottrina, queste funzioni sono in realtà soltanto due, in quanto è la funzione esecutiva stessa che è suddivisa in una funzione amministrativa e in una giurisdizionale. Ciascuna delle autorità deve necessariamente essere specializzata nell'esercizio di una delle funzioni, cioè deve esercitarne una soltanto ed esercitarla tutta quanta e non deve partecipare in nulla all'esercizio delle altre. Vi saranno così un organo legislativo, un organo esecutivo, un organo giudiziario. Ognuno di questi organi deve essere munito della forza o del potere necessario all'esercizio della sua funzione e lo si definisce un «potere».

Dalla combinazione di queste due regole scaturisce, secondo il pensiero di Montesquieu, il principio secondo il quale «il potere limita il potere»: in pratica un tentativo di una delle autorità di farsi dispotica cozzerà immediatamente nell'opposizione dell'altra. In tal modo, e solo in tal modo, la libertà sarà così automaticamente preservata.

Tale principio appena enunciato ha fatto in modo che la dottrina tradizionale lo considerasse quale principio di classificazione dei regimi politici: quelli che non si fondano sulla separazione dei poteri sono dispotici, siano essi regimi di assemblea o dittature di un singolo; quelli che si fondano, al contrario, sulla separazione dei poteri sono invece liberali e si suddividono a loro volta in due classi specifiche: quelli nei quali la separazione dei poteri è rigida e quelli nei quali è flessibile, cioè quelli che ammettono qualche eccezione alla regola della specializzazione o alla regola dell'indipendenza o a entrambe e per i quali è stata utilizzata l'espressione pregnante di «collaborazione dei poteri»⁸.

⁸ Cfr. *ivi*, p. 217.

In realtà, secondo Troper, tale principio è stato e può essere ancora oggetto di dure critiche da chi lo riconosce ma comunque non lo condivide. In primo luogo numerosi studiosi hanno sostenuto che esso cozza con il dogma dell'unità e della indivisibilità della sovranità. Come concepire che la sovranità possa essere divisa in tre poteri distinti? Come ritenuto da Duguit, infatti, o la divisione è impossibile e la sovranità sussiste, o è possibile e la sovranità in tal modo è distrutta. Ogni tentativo «di conciliazione tra i due principi non può che sprofondare in una cattiva metafisica»⁹.

In secondo luogo è stato ritenuto che il principio non può in alcun modo essere efficace e non affatto realizzare la libertà: è fatale, secondo alcuni, che l'equilibrio «tra i poteri sia imperfetto e che uno dei due prevalga in maniera tale che la libertà non sarà affatto conservata; anche nell'ipotesi in cui fossero capaci di limitarsi l'un l'altro, ne risulterebbe necessariamente la paralisi dello Stato, che a sua volta non potrebbe che portare all'anarchia o a colpi di Stato»¹⁰. Infine, da più parti, è stato contrapposto il concetto di separazione dei poteri a quello di principio democratico: se il potere legislativo è nelle mani degli eletti del popolo, ogni dispositivo che consenta a un altro potere esecutivo o giurisdizionale di opporsi ad esso efficacemente è anti democratico. La libertà del potere è infatti realizzata dall'esercizio del potere e non dalla sua limitazione.

Ai fini del nostro discorso, però, dopo questa riflessione preliminare, appare opportuno soffermarsi in questa sede soprattutto su un'analisi più attenta e dettagliata, anche a livello semantico, dell'espressione «separazione dei poteri», utilizzata con significati diversi che Michel Troper, più di ogni altro, riesce ad

⁹ Cfr. *ivi*, p. 218. Nel 1899 il giurista francese Léon Duguit ironizzava sulla conciliazione tentata nella Costituzione francese del 1791, nella quale egli vedeva una resurrezione del dogma della Santa Trinità. Come la teologia cattolica concepisce un Dio unico in tre persone, così gli adepti della separazione dei poteri immaginava un sovrano unico in tre poteri. Si veda L. Duguit, *La séparation des pouvoirs de l'Assemblée nationale de 1789*, Parigi, s.e., 1899, p. 224.

¹⁰ Cfr. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, cit., p. 218. Si invoca a questo proposito l'esempio del regime dittatoriale dell'anno III, che ha conosciuto una successione di colpi di Stato ed è poi del resto crollato.

illustrare in maniera quanto mai efficace in un suo contributo dal titolo *Les nouvelles séparations des pouvoirs*¹¹.

Per «separazione dei poteri» si può intendere innanzitutto una regola negativa che vieta di attribuire tutte le funzioni giuridiche dello Stato o anche solo due di esse ad uno stesso organo, o che raccomanda di ripartirle fra molteplici organi, senza però mai prevedere un modo specifico di ripartizione. In questo senso l'espressione è stata adottata dal già menzionato art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789. Secondo un'altra chiave di lettura, invece, la «separazione dei poteri» non fa altro che indicare un principio secondo cui le autorità devono essere specializzate e indipendenti, in modo da potersi limitare a vicenda e quindi, in tal modo, preservare la libertà. Questa concezione la troviamo particolarmente sfruttata nella maggior parte dei manuali francesi di Diritto costituzionale nel periodo della Terza e della Quarta Repubblica¹². Terza interpretazione è invece quella che considera la «separazione» come un sistema nel quale gli organi sono indipendenti senza però necessariamente essere specializzati, come ad esempio nell'espressione «il regime presidenziale realizza una separazione dei poteri rigida». Questo caso potrebbe essere descritto come «separazione dei poteri» o «separazione degli organi». Interessante anche la quarta chiave interpretativa che prospetta invece un sistema nel quale le autorità sono solo specializzate, ma non indipendenti come nell'espressione «il regime parlamentare britannico predispone una separazione dei poteri flessibile». In tal caso è più opportuno parlare di «separazione delle funzioni». Quinto significato attribuito alla «separazione dei poteri» è quello che lo identifica con un sistema nel quale le autorità si

¹¹ Il testo al quale si è fatto riferimento nel presente lavoro è quello in traduzione. Si veda M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, trad. it a cura di G.M. Labriola, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.

¹² Ad esempio, tra questi manuali si può fare riferimento al già ricordato Barthélémy, Duez, *Traité de droit constitutionnel*, cit., nel quale comunque non si prende in esame la pertinenza di questa concezione ma ci si limita ad osservare che l'espressione «separazione dei poteri» è stata effettivamente usata in questo senso.

bilanciano, indipendentemente dal modo in cui tale bilanciamento è realizzato. L'equilibrio dei poteri, dunque, è finalizzato a preservare la libertà. In ultimo taluni hanno anche parlato di separazione «verticale» dei poteri al fine di indicare la ripartizione delle competenze in un sistema federativo.

Appare evidente dopo questa seppur sintetica panoramica presentata come le varie accezioni non coincidano affatto e anzi spesso si trovano anche in palese incompatibilità tra loro. Del resto è universalmente ammesso che la separazione dei poteri sia un principio liberale in quanto capace di preservare la libertà. Anche in questo caso, però, vista la notevole differenza di significati esistente sia per l'espressione «separazione dei poteri» sia per il termine «libertà», ci si trova in presenza di tesi tra loro distinte.

Nello specifico, avvalendoci delle speculazioni filosofiche di Troper, potremmo individuarne tre principali. La prima prevede che la separazione dei poteri realizzi la libertà politica nel senso inteso proprio da Montesquieu e cioè un sistema in cui i cittadini siano soggetti esclusivamente alla legge. Secondo tale accezione la libertà politica diventa sinonimo di sicurezza nel diritto. La seconda tesi sostiene invece che la separazione realizza la libertà civile, ovvero le libertà o il rispetto dell'autonomia individuale. Essa è falsa se la separazione dei poteri conduce al dominio esclusivo della legge e se è la legge a minare la libertà stessa. Infine la terza tesi è quella secondo cui la separazione dei poteri realizza la libertà di democrazia e di partecipazione.

La domanda da porsi, però, a questo punto, ci sembra la seguente: ma la separazione dei poteri è effettivamente realizzata secondo l'una o l'altra di queste posizioni? In verità si può essere spinti a credere che la regola negativa, cioè il divieto di accordare tutti i poteri ad una sola autorità o, se preferiamo, la raccomandazione di ripartirli fra molteplici autorità, sia di fatto rispettata soltanto perché esiste una costituzione. Non si tratta che di una definizione della costituzione tratta dalla cosiddetta ripartizione delle competenze. Prendiamo ad esempio esplicativo il contenuto dell'art. 16 della *Dichiarazione*, secondo il

quale «ogni società nella quale non sia garantita la garanzia dei diritti, né sia determinata la separazione dei poteri, non possiede una Costituzione». Un'eventuale confusione dei poteri, dunque, in base a tale principio, equivale al dispotismo che non si definisce con l'abuso di potere ma con la sua semplice concentrazione nelle mani di uno solo. Analizzando tale concetto appare logico dedurre che la concentrazione dei poteri nella mani di uno solo non porta necessariamente ad un Governo arbitrario o capriccioso (un despota, infatti, potrebbe anche essere illuminato e benevolo), ma sicuramente può condurvi e, tenuto conto della corrotta natura umana, esiste un rischio più che concreto che vi conduca realmente.

La confusione dei poteri, come anche sostenuto da Troper, appare dunque condannabile. Ovviamente qui è opportuna una precisazione di carattere storico che ci permetta di evitare pericolose proiezioni contemporanee nel passato. Nel secolo XVIII l'organo al quale si pensava, quando si diceva che non doveva confondere nelle sue mani tutto il potere, era principalmente il re, ma poteva anche trattarsi di un organo collegiale o di un'assemblea¹³. Tuttavia tale principio negativo non garantisce affatto la libertà, neppure nel senso ristretto inteso dal nostro Montesquieu, se non a patto che chi applica «la legge non sia in grado di adattarla a seconda delle circostanze e dei destinatari e che non sia egli stesso soggetto a un altro organo capace di costringerlo ad applicarla in un certo modo. In caso contrario si tratta di una semplice divisione del lavoro»¹⁴. Una divisione del lavoro che, a nostro avviso, rischia di risultare priva di ogni rilievo politico e d'altronde necessariamente realizzata in ogni società politica, poiché è evidente come sia impossibile materialmente che un solo individuo o un solo organo

¹³ Robespierre, ad esempio, pur non essendo il suo un nome solitamente associato al tema della separazione dei poteri, più volte proclamò la sua avversione all'idea di un'assemblea composta da seicento despoti. Su questo tema si veda P. Catalano, *Divisione del potere e potere popolare*, «Ius Antiquum», a. I (1996), n. 1, pp. 19-27. Più in generale per un'analisi attenta sulle idee di Robespierre, si rimanda ad H. Guillemin, *Robespierre politico e mistico*, Milano, Garzanti, 1989 e a A. Gnugnoli, *Robespierre e il Terrore rivoluzionario*, Firenze, Giunti, 2003.

¹⁴ Cfr. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, cit., p. 15.

eserciti effettivamente tutte le funzioni. Ma il principio negativo, come detto, implica non solo che uno stesso individuo non debba esercitare tutte le funzioni ma anche che non possa determinarne l'esercizio: da ciò risulta chiaro che la separazione dei poteri non sempre è realizzata. Questa prima concezione della separazione dei poteri è dunque proclamata in linea di principio ma non sempre rispettata.

A questo punto è forte la tentazione di affermare che la separazione dei poteri non è effettivamente realizzata in nessuno dei significati tradizionalmente ascritti a questa espressione. Eppure essa compare in molti testi, si tratti delle stesse costituzioni, di preamboli o di pronunce giurisdizionali. Vi sono addirittura istituzioni create e decisioni adottate in violazione della separazione dei poteri ma regolarmente giustificate attraverso un esplicito riferimento a questo principio. Ad esempio, volendo citare un esempio riportato da Troper, il «dualismo di giurisdizioni che caratterizza il sistema giuridico francese è stato spesso valutato in contrasto con la separazione dei poteri, anche intesa come specializzazione, perché una parte della funzione giurisdizionale sfugge ai tribunale giudiziari. Tale dualismo è tuttavia giustificato da una concezione francese della separazione dei poteri»¹⁵. Un tema dunque delicato quello legato all'interpretazione del concetto di separazione dei poteri, con chiavi di lettura differenti che si sono succedute, accavallate ed il più delle volte contrapposte nel corso degli anni fino ai giorni nostri.

Una delle critiche più dure all'interpretazione tradizionale della separazione dei poteri fu mossa dal giurista di Strasburgo di fine Ottocento, Raymond Carré de Malberg¹⁶, secondo «il quale un equilibrio tra autorità specializzate potrebbe essere concepito solo se le funzioni che esse esercitano fossero equivalenti». Questo però non appare possibile. Assurdo, infatti, sarebbe

¹⁵ Ivi, p. 23.

¹⁶ Per la ricostruzione di tali critiche si veda il già ricordato Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, cit., pp. 109-142.

pretendere che l'attività che consiste nel fare le leggi possa essere equivalente a quella che consiste nell'eseguirle. La seconda è, secondo Carré de Malberg, per definizione subordinata alla prima generando di conseguenza una gerarchizzazione delle funzioni e degli organi specializzati tanto da portare a dire che chi esercita la funzione più elevata sia al di sopra degli altri. Secondo la formula di Carré de Malberg la gerarchia degli organi segue la gerarchia delle funzioni e mai un potere subordinato potrà limitare un potere superiore.

Tuttavia è possibile che il principio della separazione dei poteri non possa impedire il dominio del potere legislativo e che però Montesquieu, e quindi i costituenti del 1789 ed i suoi successori, abbiano creduto in questo principio al punto da farne il fondamento della costituzione. In tale caso però esso andrebbe rifiutato quale principio strumentale, destinato ad evitare il dispotismo ma conservato come principio di spiegazione e di classificazione delle costituzioni.

Una riflessione ulteriore però appare necessaria. Ricollegandoci alla critica mossa da Carré de Malberg secondo la quale una dottrina della separazione dei poteri per essere corretta dovrebbe implicare necessariamente una credenza nell'uguaglianza delle funzioni statali, non può non precisarsi che tale concetto era per certi versi sconosciuto nel XVIII secolo dove si era soliti usare una metafora antropomorfa che rappresentava lo Stato o la società come un corpo nel quale la testa, il potere legislativo, comanda ed il braccio, il potere esecutivo, realizza gli atti materiali richiesti da quella volontà. Anche senza ricorrere necessariamente a questa efficace metafora, comunque, tutti nel Settecento consideravano la funzione esecutiva come subordinata. Montesquieu, ad esempio, come analizzato nel precedente capitolo del presente lavoro, sosteneva che il potere esecutivo avrebbe dovuto poter arrestare le iniziative del corpo legislativo senza di che esso sarebbe stato dispotico, perché dal momento che «esso potrà darsi tutto il potere che vorrà, esso annienterà tutti gli altri poteri». Non occorre però che il potere legislativo abbia a sua volta la facoltà di arrestare il potere esecutivo in quanto l'esecuzione ha i suoi limiti naturali e

pertanto appare inutile limitarlo. Riflettendo bene sul pensiero di Montesquieu, dunque, appare condivisibile la teoria di Troper secondo la quale per il filosofo bordolese «chi fa le leggi e chi può dar loro il contenuto che vuole può con questo mezzo accrescere il potere indefinitamente»¹⁷. In tal modo si giustificherebbe la critica di Carré de Malberg di una gerarchia delle funzioni e quindi dei poteri.

Occorre poi sottolineare che l'interpretazione tradizionale implica una concezione della libertà assai diversa da quella che dominava nel corso del secolo XVIII. Essa infatti presuppone che la libertà è antinomica al potere: maggiore il potere, minore la libertà e più il potere risulta limitato, più la libertà è preservata. I filosofi del XVIII secolo si sforzarono di pensare un sistema nel quale il potere più grande si concilia con la più grande libertà. Montesquieu stesso definisce la libertà come la sottomissione alle leggi: «La libertà non consiste affatto nel fare quel che si vuole [ma] nel fare quel che si deve volere e nel non essere costretti a fare quel che non si deve volere [...]. La libertà è il diritto di fare ciò che le leggi permettono»¹⁸. L'uomo in società dunque è libero quando, conoscendo le leggi positive, può prevedere che sarà punito oppure no per le sue azioni. La libertà politica è pertanto una situazione nella quale, secondo Montesquieu, «nessuno sarà costretto a fare le cose alle quali la legge non lo obbliga e a non fare quelle che la legge gli permette»¹⁹. Di qui la necessità di predisporre un sistema il cui merito principale non sarà quello di limitare il potere al fine di preservare una sfera di autonomia individuale alla maniera dei liberali moderni, ma di fare in modo che gli individui siano sempre sottomessi soltanto alle leggi e non ai capricci degli uomini. La combinazione di

¹⁷ Cfr. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, cit., p. 220. Qui Troper prendeva ad esempio il caso dell'Inghilterra, dove non vi era distinzione tra potere costituente e potere legislativo, e pertanto quest'ultimo poteva modificare a proprio piacimento la costituzione per darsi nuove competenze o semplicemente per realizzare in forma di legge degli atti esecutivi o, ancora, poteva modificare la legge a seconda delle circostanze e dei suoi capricci.

¹⁸ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 273.

¹⁹ *Ibidem*.

specializzazione e indipendenza, dunque, volendo riprendere la tesi di Troper, non è sicuramente il mezzo per realizzare tale sistema. Questa riflessione ha portato lo studioso francese a rifiutare l'interpretazione offerta dalla dottrina tradizionale della separazione dei poteri. Secondo Troper, infatti, questa espressione, per essere poi utilizzata, come accaduto, come principio cardine di ogni costituzione già a partire dalla *Dichiarazione* del 1789, deve necessariamente avere assunto un significato diverso nel corso degli anni, un significato lontano da quello diffuso nel corso del diciottesimo secolo.

In realtà volendo rapidamente soffermarsi sulla *Dichiarazione* del 1789, ben intrisa dell'aria che si respirava nel corso del secolo che si stava chiudendo ma anche già aperta alla nuova fase storica-sociale-politica che si stava per dischiudere, e quindi chiaramente collocabile in un contesto di passaggio, transitorio, appare chiaro che i costituenti del 1789 adottarono senza dibattito l'art. 16, molto prima di sapere quale sarebbe stata la formula della Costituzione. Nessuno poteva né voleva opporsi a ciò che era soltanto un rifiuto del dispotismo o, ancora meglio, ad un semplice definizione della costituzione quale che fosse, una costituzione che altro non è, comunque, che una ripartizione della competenze. In un certo senso i costituenti non indicavano una preferenza per un principio fondatore, né sostenevano che una costituzione che non fosse fondata su questo principio non sarebbe stata una costituzione soddisfacente, degna di questo nome. Nel concreto ci si limitava a sostenere che, in mancanza di ripartizione di competenze, non c'era, testualmente, costituzione e che l'essenza del dispotismo, che nel 1789 si voleva a tutti i costi abolire, era proprio di non avere costituzione²⁰.

²⁰ Si veda in proposito Troper, *L'interprétation de la Déclaration des Droits; l'exemple de l'article 16*, cit., p. 112.

2. La nuova chiave di lettura: la tesi di Michel Troper

In questa sede è pertanto opportuno cercare di capire in che modo si sia passati dal concetto della separazione dei poteri, come lo si intendeva nel diciottesimo secolo, all'interpretazione che ne è stata data successivamente nel corso del secolo diciannovesimo fino alle più recenti chiavi di lettura novecentesche.

Nel corso del XIX secolo si è assistito probabilmente ad una vera e propria deformazione giuridica del concetto. Due fattori in particolare, sui quali è necessario soffermarsi seppur solo per rapidi cenni, hanno contribuito ad accreditare l'idea secondo la quale il potere esecutivo deve essere il giusto contrappeso del potere legislativo.

Il primo può essere individuato nel ruolo del ministero sotto la «Monarchia francese di Luglio» di Luigi Filippo d'Orléans²¹, legato alla concezione che la scienza giuridica di quest'epoca aveva della sua funzione. Nel secolo XIX esisteva una sola ed unica disciplina (la distinzione tra scienza del diritto costituzionale e scienza politica è recente), designata ora come scienza del diritto pubblico, ora come diritto politico, ora come scienza politica, e definita

²¹ La cosiddetta «Monarchia francese di Luglio» (1830-1848) è la denominazione data al regno di Luigi Filippo d'Orléans, chiamato al potere all'indomani della rivoluzione del luglio del 1830 in Francia, che aveva rovesciato il re Carlo X. Dopo le giornate dell'insurrezione di Parigi (27-29 luglio 1830), ribattezzate le *tre gloriose*, con le quali l'opposizione liberale aveva reagito alla politica reazionaria di Polignac, fu instaurato un regime che, per quanto censitario, assumeva una precisa fisionomia parlamentare, offrendo un'adeguata rappresentanza all'alta borghesia degli affari e della finanza. Nonostante la triplice opposizione legittimista, repubblicana e bonapartista, e i contrasti tra il partito liberaldemocratico del Movimento (Laffitte) e quello conservatore della Resistenza (Thiers, Guizot), la Francia attuò in questo periodo una decisa politica coloniale (conquista dell'Algeria) ed ebbe un ruolo attivo nel Mediterraneo e in Oriente. Una duplice crisi, economica (1846-1847) e politica (1847-1848), quest'ultima innescata da un forte movimento democratico e operaio teso a rivendicare un allargamento delle basi rappresentative del regime, portò alla rivoluzione del febbraio 1848, che provocò la caduta di Luigi Filippo e la proclamazione della repubblica da parte del governo provvisorio (25 febbraio). Sul tale periodo storico si vedano in modo particolare P. Vigier, *La monarchie de juillet*, Parigi, Presses universitaires de France, 1972; R. Hervé, *La monarchie de juillet*, Parigi, Puf, 1994.

soltanto dal suo scopo: la costituzione o organizzazione del potere politico. Per tale disciplina i poteri di un'autorità politica erano nello stesso tempo l'insieme delle competenze che le conferivano i testi e i poteri che poteva di fatto esercitare: questa confusione permetteva ai giuristi di presentare e descrivere un sistema politico, alla fine di una stessa analisi, senza distinguere i rapporti giuridici dai rapporti di forza.

In questi termini si esaminava ad esempio il problema se i ministri fossero o meno politicamente responsabili. Il testo della Carta era comunque chiarissimo: esso non istituiva responsabilità politica dei ministri. Non di meno appariva evidente che la Camera dei deputati poteva rifiutare il voto delle leggi e particolarmente del bilancio e, con tale rifiuto o con la semplice minaccia di rifiuto, forzare i ministri alle dimissioni. In pratica la questione dibattuta era soltanto una: sapere se esisteva o meno alla Camera una maggioranza sufficientemente determinata per sostenere questa minaccia. Allo stesso modo, quando si passava ad analizzare il ruolo del re o del ministero, si riteneva che esso consistesse nella messa in opera di alcune prerogative ed innanzitutto quelle che derivavano dai testi e dalla Carta che erano solitamente designate con l'espressione «potere esecutivo» (si trattava in concreto di assicurare l'esecuzione delle leggi). Quelli che erano incaricati del potere esecutivo, in questo senso funzionale, potevano allora essere designati come «il potere esecutivo» in senso organico e questo potere esercitava altre prerogative, non previste dai testi.

Di fronte al potere legislativo della Camera si valutava dunque la forza di questo potere esecutivo in senso organico: esso non appariva affatto né inferiore né subordinato, ma come altrettanto potente politicamente. Se l'analisi veniva condotta in questi termini al tempo stesso giuridici e politici, essa era lungi dall'essere sbagliata: era, infatti, sì vero che il potere del re e dei suoi ministri non era inferiore a quello della Camera ma i giuristi, spesso, andavano oltre pretendendo di condurre l'analisi in termini esclusivamente giuridici.

Constatando che un potere designato come esecutivo aveva la forza di opporsi ad un altro designato quale legislativo, essi hanno creduto che questo equilibrio fosse legato alle funzioni con le quali questi poteri erano nominati e che dipendesse così dalla specializzazione. In realtà il potere esecutivo non può essere un contrappeso a quello legislativo, se non esercita delle competenze esterne alla funzione esecutiva²².

Il secondo fattore che ha contribuito nel diciannovesimo secolo ad accreditare l'idea di un potere esecutivo che fosse un contrappeso di quello legislativo è stata rappresentato dalla comparsa e dallo sviluppo del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti con la conseguente presa di coscienza di tale fenomeno anche in Francia.

Nella concezione rivoluzionaria, ma anche napoleonica, non esisteva un potere giudiziario. Giudicare infatti significava applicare la legge ad una controversia in maniera alquanto meccanica. Come sostenuto da Michel Troper, il giudice poneva un sillogismo la cui premessa maggiore era la legge, quella minore il fatto e la conclusione la sentenza²³. Tuttavia, a partire dal 1803, la Corte suprema degli Stati Uniti si attribuì il potere di scartare l'applicazione di una legge contraria alla Costituzione, sia che essa fosse adottata secondo una procedura differente da quella prescritta, sia che contravvenisse ad una disposizione materiale. In questo modo si affermava la possibilità che i giudici potessero, nell'esercizio della funzione giudiziaria, opporsi alle iniziative del potere legislativo o che il potere giudiziario potesse fare da contrappeso al legislativo. In realtà il giudice si può opporre al potere legislativo nella misura in cui esercita un'attività diversa dalla funzione giudiziaria. La dottrina tradizionale, però, confondendo la funzione con l'attività esercitata dall'organo con lo stesso nome, non ha fatto altro che cadere in un equivoco ritenendo che la funzione

²² Si veda in proposito, per ulteriori approfondimenti, Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, cit., pp. 225-226.

²³ *Ibidem*.

giudiziaria potesse essere l'equivalente della funzione legislativa e l'organo specializzato in questa funzione il contrappeso all'organo legislativo.

Nel corso del Novecento, davanti all'esigenza di redigere una Costituzione, le deboli interpretazioni della dottrina tradizionale sul concetto di separazione dei poteri sono miseramente naufragate e l'idea di un sistema nel quale degli organi specializzati ed indipendenti si facciano da contrappeso è così venuta meno.

Basti pensare al significato che gli estensori della Costituzione francese del 1958²⁴ hanno attribuito alla separazione dei poteri, da intendersi soprattutto come divieto ad uno stesso organo di cumulare tutte le funzioni. Si è in pratica tornati, sotto la pressione delle realtà politiche e costituzionali, alla regola negativa del diciottesimo secolo. La regola era semplice: nessuna autorità statale doveva avere la possibilità di cumulare l'esercizio di due o più funzioni statali. Posto tale principio, però, andava ovviamente adottata una ripartizione positiva delle funzioni e si è tentato di farlo sul fondamento di una separazione dei poteri reinterpretata in termini moderni. D'altronde nel 1958 erano diverse le idee accettate ancor prima dell'inizio dei lavori di redazione del testo costituzionale. In primo luogo quella secondo la quale erano previsti due gruppi o gruppi di organi, un Parlamento e un insieme formato da Presidente della Repubblica e da un Governo; in secondo luogo si sentiva come necessario trovare una giustificazione dottrinale della ripartizione di competenze che ci si apprestava a definire. In sintesi appariva opportuno far risultare l'insieme delle competenze del Parlamento come dipendenti da una stessa funzione e l'insieme delle competenze del Presidente e del Governo come dipendenti da un'altra in maniera che la ripartizione reale sembrasse imposta da una logica necessità. Questo

²⁴ L'attuale Costituzione francese è la costituzione della Francia entrata in vigore il 4 ottobre 1958. Il testo, redatto da un'apposita commissione nominata da Charles De Gaulle, era stato approvato a larga maggioranza dall'elettorato il 28 settembre precedente. Sui suoi caratteri, in particolare, si veda G. Fubini, *Caratteri della Costituzione francese del 28 settembre 1958*, «Foro italiano», LXXXII (1959), nn. I-II, pp. 17-31.

ragionamento avrebbe potuto condurre a diverse soluzioni possibili: innanzitutto ad una possibile contrapposizione tra una funzione di governo ed una funzione deliberativa con il ruolo del Parlamento però limitato alla sola deliberazione; quindi all'eventualità di un dualismo tra funzione governativa e funzione di controllo, soluzione che, ispirandosi ad una particolare interpretazione del sistema politico britannico (Gabinetto che cumulava di fatto potere legislativo e potere esecutivo), da un lato sembrava limitare il ruolo della Camera a controllare l'azione globale del Gabinetto, dall'altro portava il Parlamento ad avere nelle sue corde addirittura la possibilità di rovesciare il Governo, pur perdendo il potere legislativo; infine alla terza ed ultima soluzione che prevedeva accanto alle funzioni classiche legislativa ed esecutiva, anche quella di arbitraggio, consistente nell'intervento per regolare i rapporti tra gli organi investiti delle prime due. Alla fine, com'è noto, il sistema francese adottato non è riuscito a seguire completamente nessuna delle tre linee interpretative. Esso, infatti, senza riuscire a sfuggire alla classificazione tradizionale delle grandi funzioni giuridiche (legislativa, esecutiva, giurisdizionale), ha preso in prestito da ciascuna nel tentativo di generare una soluzione che, seppur ibrida, riuscisse comunque in qualche modo a regolare equamente e saldamente i rapporti interni²⁵.

²⁵ Per ulteriori riflessioni ed approfondimenti sulle problematiche relative alla Costituzione del 1958 si veda Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, cit., pp. 24-32.

3. Le tre versioni della separazione dei poteri: la sintesi di Mauro Barberis

Giunti a questo punto del nostro discorso, dunque, appare opportuno provare a tirare le fila di quanto espresso nelle pagine precedenti, cercando di distinguere chiaramente tre diverse chiavi di lettura sviluppatesi intorno al concetto della separazione dei poteri.

Sotto l'espressione «separazione dei poteri», infatti, come efficacemente sottolineato da Mauro Barberis²⁶, si sostengono oggi almeno tre diverse tesi, ognuna delle quali comunque ha una qualche base di riferimento testuale nell'«opera grande e ambigua»²⁷ di Montesquieu. La prima di questi tesi potremmo definirla «distinzione dei poteri» e si configurerebbe come una teoria conoscitiva delle funzioni dello Stato; la seconda e la terza, invece, che potrebbero essere chiamate rispettivamente «bilanciamento dei poteri» e «separazione dei poteri» in senso stretto, sono invece dottrine normative relative alla distribuzione dei tali funzioni presso organi differenti²⁸.

La prima tesi, dunque, nota come «separazione dei poteri» ma che potremmo chiamare piuttosto «distinzione dei poteri», si presenta come una classificazione delle funzioni statali ed ha una precisa base testuale di appoggio nell'incipit del già ricordato Capitolo sesto del Libro undicesimo dell'*Esprit*, allorquando Montesquieu affermava che «vi sono, in ogni Stato, tre tipi di potere: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti», poi potere esecutivo, e «il potere esecutivo delle cose che dipendono dal

²⁶ Si veda in proposito l'interessante lavoro di M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21.

²⁷ Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., p. 262.

²⁸ Per tale uso di «dottrina», in un'accezione almeno debolmente normativa comprensiva delle *doctrines* dei giudici di Common Law, si veda almeno S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 242 e ss.

diritto civile»²⁹, in seguito «potere di giudicare» o giudiziario; quest'ultimo era definito da Montesquieu come potere di punire i crimini o giudicare sulle liti tra privati. Siamo davanti ad una teoria conoscitiva molto analitica delle funzioni dello Stato. Il termine «potere» è usato nel senso di «funzione» mentre «separazione» sta ad indicare chiaramente il concetto di «distinzione»³⁰. In pratica, secondo questa tesi, si riesce ad ottenere una classificazione delle funzioni statali che ci permette di individuare il funzionamento di qualsiasi Stato, comunque organizzato, secondo le tre funzioni: produzione di norme generali, attuazione discrezionale di tali norme e applicazione vincolata di queste. Come sottolineato da Barberis, quale teoria classificatoria delle funzioni statali, la distinzione dei poteri non offre il fianco «a critiche di tipo normativo ma solo a critiche conoscitive, che le oppongano classificazioni diverse»³¹. Si pensi, ad esempio, alla classificazione delle funzioni statali di Kelsen, distinguendo solo fra creazione e applicazione del diritto, subordinando la seconda alla prima, ma anche sostenendo che tutti gli atti statali, in modo diverso, sono al contempo creativi e applicativi di diritto³².

In linea generale è noto inoltre che già nello Stato liberale ottocentesco, e quindi nello Stato sociale novecentesco, siano emerse nuove funzioni statali o, per meglio dire, siano state proposte distinzioni ulteriori alle tre proposte da Montesquieu. Ad esempio si è parlato di potere neutro del Capo dello Stato, del potere d'indirizzo politico, del controllo di legittimità costituzionale, tutti concetti peraltro non riconducibili al pensiero del filosofo bordolese. Meglio dunque attenersi, almeno ai fini del nostro discorso, alla tradizionale

²⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 275.

³⁰ Per un approfondimento del concetto di «distinzione dei poteri» si rimanda al sempre valido lavoro di C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 244-264.

³¹ Cfr. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., p. 3.

³² Si veda in special modo H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, Etas, 2000, pp. 274-287. Sul pensiero di Kelsen si veda l'interessante lavoro di F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, Giuffrè, 1989.

«separazione dei poteri» sviluppatasi intorno al modello dello Stato liberale e non avventurarsi troppo nella più complessa e non sempre soddisfacente nuova teoria esemplata sullo Stato sociale novecentesco e per un approfondimento della quale si rimanda agli studi di Giovanni Bognetti³³.

In quanto semplice e pura teoria, dunque, qualsiasi distinzione dei poteri si limita a definire e fissare quali e quante siano le funzioni, non a chi debbano essere attribuite. Tale attribuzione dipenderà invece «da diverse dottrine normative, ispirate a finalità politiche differenti e anche a distinti criteri tecnici per il conseguimento di tali fini»³⁴. Nel caso di Montesquieu il fine era la libertà politica nel senso proprio di sicurezza del cittadino nei confronti degli altri cittadini, compresi i detentori del potere statale.

La seconda tesi, anch'essa nota come «separazione dei poteri», ma che dovrebbe piuttosto chiamarsi «bilanciamento dei poteri»³⁵, è invece relativa alla attribuzione delle tre funzioni distinte dalla prima tesi a organi che si bilancino l'uno con l'altro. «Poteri» dunque assume il significato di «organi» e «separazione» quello di «bilanciamento». Anche la seconda tesi, come la prima, poggia le sue fondamenta sul testo di Montesquieu, addirittura con una duplice base testuale: nel Capitolo quarto del Libro undicesimo dove si affermava che solo il potere può arrestare il potere e poi nel Capitolo sesto del medesimo libro in cui la funzione legislativa e quella esecutiva venivano attribuite ad organi non

³³ Si rimanda in modo particolare alle ricerche riportate nell'interessante volume di G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1994.

³⁴ Cfr. M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., p. 4.

³⁵ Ciò che è solito essere indicato con l'espressione «bilanciamento dei poteri» è quella tecnica di organizzazione costituzionale che è nota con il nome di «checks and balances»: freni (o controlli) e contrappesi. Tale modello di organizzazione costituzionale esige, naturalmente, che il potere politico sia diviso, distribuito tra una pluralità di organi, ma esclude sia la specializzazione della funzione esecutiva, sia la specializzazione piena o totale della funzione legislativa, sia l'indipendenza reciproca dell'esecutivo e del legislativo. Per un approfondimento sul concetto di «bilanciamento dei poteri» così inteso si rinvia alla consultazione del saggio di R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001 (in special modo le pp. 15-40). Si veda anche l'interessante volume G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999 (in special modo la parte terza del volume pp. 197-244).

specializzati. Nell'intero Capitolo sesto, poi, Montesquieu applicava l'idea del bilanciamento dei poteri distribuendo le funzioni statali secondo il criterio della «non specializzazione» degli organi, intendendo ovviamente con il termine «specializzazione», per citare nuovamente Michel Troper ed il suo maestro Eisenmann³⁶ o, volendo risalire ancora più indietro, alla fine del Settecento, all'analisi di Emmanuel Sieyès e degli altri costituenti francesi³⁷, l'esercizio esclusivo, da parte di ogni organo o gruppo di organi, della sola funzione a essi riservata. Gli organi dunque si dicono specializzati ove esercitino ognuno la propria funzione senza l'intervento degli altri mentre per «non specializzazione» degli organi, al contrario, si intende la partecipazione di ogni organo costituzionale all'esercizio di funzioni diverse dalla propria, come ad esempio avveniva proprio in Montesquieu per gli organi e le funzioni politiche, legislativa ed esecutiva (alla funzione legislativa, in particolare, concorrevano non solo gli organi legislativi, Camera alta e Camera bassa, ma anche l'organo esecutivo e cioè il monarca). Quello che Montesquieu voleva ottenere, bilanciando gli organi legislativi ed esecutivi, non era la separazione dei poteri in senso stretto, ossia l'esercizio delle rispettive funzioni da parte di organi specializzati, bensì il concorso nel loro esercizio da parte di organi non specializzati. In questo modo ogni organo, che di per sé avrebbe mirato ad accrescere il proprio potere, sarebbe invece stato costretto ad esercitarlo in accordo e di concerto con gli altri.

La terza ed ultima tesi nota come «separazione dei poteri», potrebbe in realtà chiamarsi «separazione dei poteri in senso stretto» e si presenta come una dottrina normativa relativa al modo di attribuire le funzioni statali ai diversi organi. A differenza che nella seconda tesi, peraltro, tali funzioni sono distribuite fra organi specializzati nelle rispettive funzioni: «poteri» significa ancora

³⁶ Si vedano C. Eisenmann, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs* (1933) e *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* (1952), ora entrambi in Id., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, Parigi, Panthéon-Assas, 2002.

³⁷ Per una chiara esplicitazione del criterio della specializzazione si veda E.J. Sieyès, *Opinion du 2 thermidor an III* (1795), ora in P. Bastid, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, Parigi, Hachett, 1939 (in particolare pp. 15-20).

«organi» ma «separazione» assume il significato di divisione o separazione in senso stretto e non più bilanciamento. In questo caso cercare una base testuale di tale tesi nell'*Esprit* appare quanto mai complesso, finché si guardi ai soli poteri specificamente politici (legislativo ed esecutivo). Se invece si vuole cercare nell'*opus maius* di Montesquieu una base testuale della separazione dei poteri in senso stretto, si deve guardare proprio a quanto il filosofo dice del potere giudiziario ed in particolar modo a quanto viene espresso nel Capitolo sesto del Libro undicesimo sul «potere di giudicare». E qui è possibile sviluppare una triplice riflessione. Ci si accorge subito, in prima battuta, che mentre gli organi legislativi (vedi la Camera alta) o quelli esecutivi (ad esempio il re nell'esercizio del potere di grazia) partecipano eccezionalmente a funzioni giurisdizionali, gli organi giudiziari non partecipano mai a funzioni legislative ed esecutive. Il giudiziario in Montesquieu era l'unico potere per il quale vigeva il criterio tecnico della specializzazione nelle funzioni, tipico della dottrina della separazione dei poteri in senso stretto³⁸. In secondo luogo, continuando ad analizzare i passi dell'*Esprit* relativi al potere di giudicare, ci rende conto che il giudiziario non è attribuito a giudici professionali o burocratici ma a giudici popolari, chiamati ad amministrare la giustizia fra loro pari, in osservanza della tradizionale divisione in ceti. «In tal modo – osservava Montesquieu, che rinviava addirittura all'esempio dei tribunali ateniesi – il potere di giudicare, così terribile tra gli uomini, non essendo legato a una certa condizione professionale, diviene, per così dire, invisibile e nullo. Non si hanno continuamente dei giudici davanti agli occhi: e si teme la magistratura e non i magistrati»³⁹. Infine, sempre

³⁸ E esso era anche l'unico potere per il quale le tesi montesquiviane trovarono applicazione all'inizio della Rivoluzione francese. Ciò invece non avvenne per le tesi relative al bilanciamento. Tutto il costituzionalismo francese rivoluzionario, infatti, rispettava il criterio tecnico della specializzazione e guardava con ostilità alla dottrina del bilanciamento dei poteri, percepita come strumento privilegiato di conservazione dell'*ancien régime*. Sul punto si veda in particolare M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna, Il Mulino, 1988.

³⁹ Cfr. C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., vol. I, p. 278.

sulla base del Capitolo sesto, appare evidente come Montesquieu qualificasse come «nullo» il potere giudiziario proprio in quanto non affidava la funzione di giudicare ad una magistratura burocraticamente organizzata bensì a cittadini comuni. Grazie a tale condizione, poi rivelatasi non realizzabile, egli poteva affermare che «i giudizi devono essere [fissi] al punto da limitarsi a riprodurre il testo della legge» e che «i giudici della nazionale sono solo [...] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore»⁴⁰. Da qui l'idea che i giudici non debbano produrre diritto: dalla combinazione fra teoria della distinzione dei poteri e dottrina della separazione in senso stretto tra giudiziario e altri poteri. In questo modo, dunque, si esclude la partecipazione dei giudici alla legislazione e si afferma che i giudici non solo non producono diritto ma anche addirittura che non devono in alcun modo produrlo⁴¹.

Volendo avanzare una riflessione sulle tre tesi appena descritte appare chiaro come il concetto di separazione come distinzione e cioè la prima tesi si limiti a descrivere un fenomeno, a prendere atto, cioè, dell'effettivo assetto istituzionale di certi ordinamenti senza assumere alcun atteggiamento direttivo in proposito: siamo davanti ad una teoria, particolarmente utile sul piano conoscitivo, non contestabile, ma che non svolge alcuna funzione che definiremmo propriamente giuridica. In altri termini, secondo la prima delle tre tesi presentate, «separazione» significa «non confusione» e «poteri» significa «funzioni». In pratica si afferma che un sistema è strutturato in un determinato modo ma non si guarda alla *ratio* per cui esso è costruito in tal guisa, né si spiega se tale strutturazione sia effettivamente in grado di soddisfare lo scopo per cui è stata concepita, oppure come dovrebbe altrimenti avvenire la distribuzione del potere per perseguire efficacemente tale *ratio*. Al contrario il concetto di

⁴⁰ Ivi, p. 279.

⁴¹ Sull'argomento si veda M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., pp. 7-8.

separazione presentato nelle altre due accezioni denuncia un'evidente attitudine a dirigere gli assetti di potere: si è davanti cioè non a semplici interpretazioni della realtà ma, come sopra anticipato, a dottrine giuridiche che mirano ad orientare la realtà verso certi sviluppi piuttosto che altri.

Nello specifico la «separazione-bilanciamento» (da taluni definita anche «divisione»⁴²) persegue l'equilibrio istituzionale attraverso una qualsiasi tecnica di frazionamento del potere legale che si ritenga e/o dimostri idonea allo scopo: il concetto di «separazione» nel senso di «indipendenza reciproca» e quello di «potere» inteso soggettivamente come «organo». Al contrario nel modello della «separazione *stricto sensu*», prevedendosi che l'equilibrio fra gli organi sovrani si realizzi esclusivamente attraverso la specializzazione funzionale, «separazione» assume la connotazione più rigida di «incomunicabilità» e «poteri» indica, nello stesso tempo, «organi» e «funzioni». Solitamente questa terza tesi viene invocata in quegli ordinamenti di *civil law* nei quali si ritiene che il giudice non possa in alcun modo creare norme giuridiche ma debba limitarsi a svolgere una funzione dichiarativa del diritto oggettivo nel caso concreto⁴³.

In entrambe le declinazioni sopra riportate, peraltro, permane la medesima *ratio* della dottrina della separazione, suddividere il potere legale, e di conseguenza, si manifesta intatto il contenuto logico minimo di una simile formula che consiste in quello che potremmo definire un «divieto di cumulo» di tutte le funzioni in un unico apparato. Questo, ovviamente, non esclude che un

⁴² Si rimanda in proposito a Cerri, *Potere (divisione dei)*, cit.; Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, cit.; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1966, pp. 472-474.

⁴³ Senza pretendere in questa sede di affrontare una tematica alquanto complessa, appare comunque opportuno ricordare il dibattito intorno all'attività interpretativa del giudice. In particolare sarà possibile affermare che il giudice non crea diritto se e solo se, in teoria dell'interpretazione, si privilegi un'impostazione formalistica o almeno eclettica del problema: in effetti, solo a condizione che tutte le proposizioni normative abbiano un significato univoco sarà possibile isolare concettualmente un'attività di *ius dicere* distinta dallo *ius condere*. Per ulteriori apprendimenti si vedano M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003 e R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

ipotetico apparato possa aggregare più di una funzione, essendo preclusa soltanto l'aggregazione totale di ogni funzione⁴⁴. Come opportunamente sottolineato dal costituzionalista Aljs Vignudelli, infatti, il nucleo di tale dottrina sembra implementabile oggi, sul piano teorico-politico, arrivando a sostenere che essa «comporti il divieto d'attribuzione integrale di più d'una qualsiasi delle funzioni fondamentali in capo allo stesso organo, non potendosi però arrivare ad escludere qualsiasi reciproca interferenza, com'avviene, tipicamente, nelle ipotesi di divisione non specializzata»⁴⁵. Da ciò ne discende che esiste un preciso «rapporto tra i due concetti di separazione-bilanciamento e separazione specializzata: l'uno non esclude e/o si oppone all'altro, bensì l'uno (bilanciamento) contiene logicamente l'altro (separazione specializzata), dato che la separazione *stricto sensu* altro non è che una forma specifica di equilibrio di Poteri conseguita attraverso una (più) rigida “divisione del lavoro” (in cui si tende all'eliminazione delle sovrapposizioni funzionali) anziché attraverso una loro mutua interferenza»⁴⁶.

⁴⁴ Lo stesso John Locke, pur individuando quattro funzioni statali, attribuiva tre di esse al Re e solo quella legislativa veniva invece imputata al Parlamento. Cfr. J. Locke, *Due trattati sul Governo*, cit.

⁴⁵ Cfr. A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, cit., p. 207.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*.

Sottolineo, senza tuttavia affrontare la questione ma rinviando l'analisi ad una futura ricerca, che allo stato attuale, all'indirizzo delle numerose dottrine e speculazioni sviluppatesi in ordine alla separazione dei poteri, che trovano il principale addentellato nelle riflessioni del filosofo bordolese, sono state mosse svariate critiche le quali sembrano mettere in evidenza la fragilità delle loro speculazioni. Del resto, dinanzi ad una realtà giuridico-politica sempre più variegata e complessa la costruzione teorica della separazione dei poteri potrebbe apparire non più idonea a rappresentarla. Ancora una volta è Michel Troper a mettere in luce un elemento di problematicità del bilanciamento dei poteri, che attualmente può ravvisarsi, non più come accadeva in passato nelle assemblee parlamentari o nel diritto di veto, bensì nella figura dei giudici, i quali vengono considerati oggi come un vero contropotere. Sempre secondo l'Autore questo aspetto non sarebbe mai emerso nel secolo dei Lumi per almeno tre ragioni. La prima consiste nel fatto che i giudici, poiché limitati e vincolati alla mera applicazione della legge, e non disponendo di alcun potere discrezionale non potevano realmente essere considerati un contropotere. Al riguardo la dottrina del bilanciamento dei poteri tipica del XVIII secolo, a cominciare da quella enucleata da Montesquieu, presentava il potere di giudicare come un potere «in un certo senso nullo». Per questo motivo, dunque, un giudice che si fosse limitato a dei sillogismi non avrebbe evidentemente potuto costituire un contropotere. In secondo luogo, tutte queste dottrine, elaborate in passato, miravano ad individuare un equilibrio all'interno del

potere legislativo e tra il potere legislativo e quello esecutivo munito di diritto di veto, escludendo di fatto ogni attenzione nei confronti del potere giudiziario. La ragione sottesa si sostanzia nel fatto che tale potere esercitato dai giudici, contrariamente agli altri due, non era portatore di interessi egoistici e di casta. Un'ultima ragione, infine, può risiedere nel fatto che parlare di equilibrio dei poteri nei sistemi democratici avrebbe portato a presentare i giudici come un contropotere rispetto al potere democratico, il che sarebbe stato evidentemente inammissibile. Attualmente queste ragioni hanno finito per perdere buona parte della loro efficacia a seguito di una presa di coscienza che potrebbe denotare una triplice accezione. In primo luogo, ci si rende perfettamente conto che non esiste un equilibrio reale all'interno del potere legislativo. Manca, infatti, un vero bicameralismo al di fuori dei sistemi federali; è ravvisabile altresì la scomparsa del diritto di veto e si presenta un sistema di partiti che porta il potere esecutivo a dirigere la maggioranza parlamentare. I sostenitori, dunque, della teoria dell'equilibrio tra i poteri, sono restii a "leggerla" secondo nuove regole. In secondo luogo, ai nostri giorni, i giudici non si limiterebbero ad un'attuazione meccanica di norme univoche. I tribunali, infatti, ed in special modo le corti supreme e le corti costituzionali, dispongono di ampi poteri di valutazione. Si possono dunque postulare eventuali divergenze circa l'ampiezza di tale potere ma nessuno sarebbe più in grado di contestare che l'esercizio del potere da parte delle corti costituzionali assuma una particolare rilevanza nella formazione e nel mantenimento delle norme. In ultima istanza, si può in tale sede evidenziare che il potere dei magistrati si mostra in tutta la sua chiarezza in materia penale, poiché «essi dispongono di poteri discrezionali nell'attivare l'azione penale e nell'istruire i procedimenti nei confronti di uomini politici». Proprio quest'ultima problematica, di complessa soluzione, ha condotto Michel Troper ad analizzare in maniera dettagliata il potere attribuito ai giudici, individuando da un lato una serie di possibili limitazioni ma dall'altro postulando, altresì «una parte incompressibile di potere discrezionale». Di qui l'interrogativo, ancora aperto, posto dal costituzionalista francese circa la difficoltà di giustificare l'attribuzione di un ruolo di contropotere ad «uomini che fondano le loro decisioni sui propri personali valori senza essere eletti». Proprio nel tentativo di superare tale difficoltà e di rispondere al quesito posto in molti sono andati alla ricerca di un «contropotere al contropotere». In diversi ordinamenti sono stati così predisposti dei meccanismi atti ad evitare che le opzioni personali di una maggioranza di giudici potesse prevalere su quelle di una maggioranza di rappresentanti eletti. Per un maggior approfondimento si veda M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, cit., pp. 42-56. Attualmente la questione è stata altresì affrontata da Roberto Bin. Si veda al riguardo, R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013.

MONOGRAFIE E VOLUMI COLLETTANEI

N. Abbagnano, *Storia della filosofia*, Torino, UTET, 2007.

N. Abbagnano, G. Fornero, *Filosofi e Filosofie nella storia*, Torino, Paravia, 1992, 2 voll.

R. Ago, V. Vidotto, *Storia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

L. Althusser, *Montesquieu, la politica e la storia*, trad. it. a cura di B. Menato, Roma, Edizioni Saponà e Savelli, 1969.

P. Alvazzi Del Frate, *Divieto di "interpretatio" e "référé législatif" nei "cahiers de doléances" del 1789*, in M.R. Di Simone (a cura di), *Prospettive sui Lumi. Cultura e diritto nell'Europa del Settecento*, Torino, Giappichelli, 2005.

F. Bacone, *Saggi. Della nobiltà*, in *Scritti politici, giuridici e storici*, a cura di E. De Mas, 2 voll., Torino, UTET, 1971.

M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna, Il Mulino, 1988.

Id., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003.

Id., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2005.

J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, Dalloz, 1933.

S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

P. Bastid, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, Parigi, Hachett, 1939.

R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013.

N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 1976.

N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004.

G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1994.

L. Carllassare (a cura di), *Principi dell'89 e costituzione democratica*, Padova, CEDAM, 1991.

R. Carrè de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parigi, Sirey, 1922.

A. Cattaneo, *Montesquieu, Rousseau e la Rivoluzione francese*, Milano, La goliardica, 1967.

A. Cerri, *Potere (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, 1990.

P. Comanducci (a cura di), *L'illuminismo giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1978.

P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2005.

S. Cotta, *I limiti della politica*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Id., *Il pensiero politico di Montesquieu*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

Id., *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, Edizioni Ramella, 1953.

A. Cucciniello, *Il potere che limita il potere. Un'analisi del costituzionalismo di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

E. De Mas, *Montesquieu, Genovesi e le edizioni italiane dello Spirito delle leggi*, Firenze, Le Monnier, 1971.

D. Del Bo, *Montesquieu le dottrine giuridiche e politiche*, Milano, Istituto di Propaganda Libraria, 1943.

R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, trad. it. a cura di R. Ferrara, Bologna, Il Mulino, 1993.

L. Desgraves, *Montesquieu*, Parigi, Edizioni Mazarine, 1986.

M.R. Di Simone, *Prospettive sui lumi. Cultura e diritto nell'Europa del Settecento*, Torino, Giappichelli, 2005.

L. Duguit, *La séparation des pouvoirs de l'Assemblée nationale de 1789*, Parigi, s.e., 1899.

E. Durkheim, *Il contributo di Montesquieu alla fondazione della scienza politica*, introduzione, traduzione e note di S. Martano, Napoli, Il Tripode, 1989.

G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999.

M. Duverger, *Le costituzioni della Francia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

C. Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, Parigi, Panthéon-Assas, 2002.

Id., *L'«Esprit des lois» et la separation des pouvoirs*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Parigi, s.e., 1933.

Id., *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, in *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des Lois (1748-1948)*, Parigi, Recueil Sirey, 1952.

R. Fabietti, *Le cause della Rivoluzione francese*, Milano, ISEDI, 1974.

G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2003.

M. Fedeli De Cecco, *La funzione dei modelli storici nell'evoluzione del pensiero politico di Montesquieu*, Napoli, Liguori, 1995.

D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, Liguori Editore, 1998.

Id. (a cura di), *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu*, Sesto Fiorentino, Edizioni ETS, 2000.

Id. (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, Edizioni ETS, 2005.

Id. (a cura di), *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des Lois di Montesquieu*, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 2005.

Id. (a cura di), *Politica, economia e diritto nell'«Esprit des lois» di Montesquieu*, Bologna, CLUEB, 2009.

L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006.

G. Ferrari, *Corso sugli scrittori politici italiani*, Milano, Tipografia F. Manini, 1862.

I. Fetscher, *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1972.

M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995.

Id., *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

D. Fisichella, *Montesquieu e il governo moderato*, Roma, Carocci, 2009.

G. Galasso, *Prima lezione di storia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

P. Gascar, *Montesquieu*, Parigi, Flammarion, 1989.

L. Geymonat, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, Milano, Garzanti, 1977.

A. Gnugnoli, *Robespierre e il Terrore rivoluzionario*, Firenze, Giunti, 2003.

B. Groethuysen, *Filosofia della Rivoluzione francese*, Milano, Il Saggiatore, 1967.

R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

Id., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001.

H. Guillemin, *Robespierre politico e mistico*, Milano, Garzanti, 1989.

R. Hervé, *La monarchie de juillet*, Parigi, Puf, 1994.

H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, Etas, 2000.

L. Landi, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova, CEDAM, 1981.

J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, UTET, 1982.

D. Lombardi, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, Bologna, Nuove edizioni universitarie, 1994.

S. Mastellone, *Storia della democrazia in Europa: da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET, 1986.

N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTET, 1988.

Id., *Sovranità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004.

C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990.

C.L. Montesquieu, *Lettere Persiane*, trad. it. a cura di A. Todaro, G. Faranda, Milano, Fabbri Editori, 1996.

Id., *Lo Spirito delle Leggi*, trad. it. a cura di S. Cotta, 2 voll., Torino, UTET, 1965.

Id., *Riflessioni e pensieri inediti*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1944.

Id., *Le dottrine politiche di Montesquieu e di Rousseau: pagine scelte da Lo spirito delle leggi e da Il contratto sociale*, studio introduttivo, traduzione e note di L. Nutrimento, Treviso, Canova, 1951.

D. Pasini, *Riflessioni in tema di sovranità*, Milano, Giuffrè, 1965.

V. Pratola, *Individuo e Stato in Montesquieu*, L'Aquila, Japadre, 1971.

G. Reale, *Aristotele*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990.

G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2006.

F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, Giuffrè, 1989.

G. Rolla, *Manuale di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2000.

S. Rotta, *Il pensiero politico francese da Bayle a Montesquieu*, Pisa, Pacini, 1974.

Id., *Montesquieu*, in A. Andreatta, A.E. Baldini (a cura di), *Il pensiero politico. Idee teorie dottrine*, Torino, UTET, 1999.

J.J. Rousseau, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, trad. it. a cura di A. Illuminati, Firenze, La Nuova Italia, 1993.

C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984.

F. Sclopis di Salerano, *Recherches historiques et critiques sur «L'Esprit des lois» de Montesquieu*, Torino, Stamperia Reale, 1857.

R. Shackleton, *Les mots «despote» et «despotisme»*, in id., *Essays on Montesquieu and on the Enlightenment*, a cura di D. Gilson, M. Smith, Oxford, The Voltaire Foundation, 1988.

Id., *Montesquieu. A critical biography*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

J.N. Shklar, *Montesquieu*, Bologna, Il Mulino, 1987.

G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1966.

G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

M. Troper, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

Id., *Le nuove separazioni dei poteri*, trad. it a cura di G.M. Labriola, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.

Id., *Per una teoria giuridica dello Stato*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, Guida, 2008.

E. Vidal, *Saggio sul Montesquieu con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica*, Milano, Giuffrè Editore, 1950.

P. Vigier, *La monarchie de juillet*, Parigi, Presses universitaires de France, 1972.

M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it. a cura di R. D'Ettore, F. D'Agostino, Milano, Editoriale Jaca Book, 1986.

ARTICOLI SU RIVISTA

M. Barberis, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, «*Materiali per una storia della cultura giuridica*», a. XXXI (giugno 2001), n. 1, pp. 83-110.

F. Battaglia, *Il problema della libertà in Montesquieu*, «*Civiltà fascista*», a. V (gennaio 1938), n. 1, pp. 40-58.

P. Catalano, *Divisione del potere e potere popolare*, «*Ius Antiquum*», a. I (1996), n. 1, pp. 19-27.

H.A. Ellis, *Montesquieu's modern politics: «The spirit of the laws» and the problem of modern monarchy in Old Regime France*, «*History of political thought*», 10 (1989), n. 4, pp. 698-699.

G. Fubini, *Caratteri della Costituzione francese del 28 settembre 1958*, «*Foro italiano*», LXXXII (1959), nn. I-II, pp. 37-56.

- B. Mirkine-Guetzévitch, *Quelques réflexions sur Esprit des Lois*, «La République française», a. VI (1949), n. 1, pp. 20-52; a. VII (1950), n.1, pp. 65-68.
- R. Koebner, *Despot and despotism: vicissitudes of a political term*, «Journal of the Warburg and Courtauld Institutes», a. 14 (1951), pp. 275-302.
- D. Piana, *Rule of law e costituzionalismo*, «Quaderni di scienza politica», XV (2008), n. 3, pp. 499-528.
- S. Rotta, *Economia e società in Montesquieu*, «Studi settecenteschi», a. 13 (1992-1993), n. 1, pp. 149-164.
- È. Spitz, *L'acte de juger*, «Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger», a. 2 (1995), pp. 289-302.
- M. Troper, *L'interprétation de la Déclaration des Droits; l'exemple de l'article 16*, «Droits», a. 8 (1988), pp. 90-119.
- P. Venturelli, *L'Esprit des lois e la modernità: note a proposito di un recente volume su Montesquieu*, «La cultura», XLVI (2008), n. 3, pp. 495-504.
- A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, «Diritto e questioni pubbliche», a. 7 (2007), n. 1, pp. 201-232.