

**Il processo di cristianizzazione  
del diritto**

*Per una storia della filosofia del diritto*

VOLUME 2

**Totus Tuus**

## INDICE

### IV L'UMANESIMO E IL DIRITTO

Introduzione	5
I. Alla ricerca del diritto naturale	5
II. Oggetto e piano del corso	10

#### **Parte prima.**

#### LA RINASCITA DELLE FILOSOFIE ELLENISTICHE

##### **Capitolo primo. La filosofia dell'umanesimo e le sue componenti**

I. Un nuovo mondo culturale	13
II. Il ritorno alle fonti antiche	15
III. La scelta delle fonti. Aristotele, Platone	16
IV. Il primato delle fonti ellenistiche	19

##### **Capitolo secondo. Stoicismo e diritto naturale**

I. Introduzione	25
II. La giustizia stoica e il diritto	27
III. La «natura» secondo gli stoici	32
IV. Verso una nuova definizione del diritto naturale	34
V. Conclusione	36

##### **Capitolo terzo. Lo stoicismo ciceroniano e le fonti del diritto**

I. Il diritto, opera dell'uomo	37
II. Il trionfo della legge	42

##### **Capitolo quarto. Lo stoicismo e il contenuto del diritto. L'influenza sul diritto romano**

I. Le regole fondamentali del diritto secondo Cicerone	46
II. Lo stoicismo e il diritto romano	53
III. Conclusione	58

##### **Capitolo quinto. La rinascita delle filosofie scettiche**

I. Le ragioni della rinascita dello scetticismo	59
II. Le filosofie scettiche	61
III. Scetticismo e diritto	63
IV. Lo scetticismo di Montaigne e la filosofia del diritto	64

##### **Capitolo sesto. La rinascita dell'epicureismo**

I.	Il successo dell'epicureismo nel mondo umanistico	68
II.	L'epicureismo	70
III.	L'epicureismo giuridico	72
IV.	Conclusione	75

### **Parte seconda.**

#### **LA GIURISPRUDENZA UMANISTICA L'APPORTO DELL'UMANESIMO ALLA SCIENZA GIURIDICA MODERNA**

I.	Introduzione	77
II.	I tratti distintivi della scuola umanistica	78
III.	La teoria delle fonti del diritto: l'affermarsi del razionalismo	81
IV.	La struttura esterna del diritto: la costruzione del sistema	89
V.	Il contenuto del diritto: il nuovo ruolo del diritto soggettivo e dei principi generali del diritto	100
VI.	Conclusione	107

### **V**

#### **L'EPOCA DI CARTESIO Preambolo filosofico**

I.	Introduzione	108
II.	La cultura del Seicento	110
III.	I caratteri della scienza moderna	112
IV.	Francesco Bacone	115
V.	Bacone e il diritto	118
VI.	Qualche parola su Pascal	119
VII.	Cartesio	120
VIII.	Un giudizio di insieme	127

### **Parte prima.**

#### **I PRIMI SISTEMI DEL RAZIONALISMO GIURIDICO**

<b>Capitolo primo. L'opera giuridica di Althusius</b>		<b>129</b>
I.	Osservazioni bibliografiche	130
II.	Il diritto nella «Politica» di Althusius	132
III.	La «Dicaelogia»	135
IV.	Conclusione	140
<b>Capitolo secondo. Grozio e il diritto</b>		<b>141</b>
I.	La vita e le opere	142
II.	Il diritto nel «De jure belli ac pacis»	151
III.	Conclusione	170

**Parte seconda.**  
**THOMAS HOBBS E LA FONDAZIONE**  
**DEL POSITIVISMO GIURIDICO**

Premessa	172
<b>Capitolo primo. Introduzione ad Hobbes</b>	173
I. Economia e politica	174
II. Religione e filosofia	176
<b>Capitolo secondo. La teoria degli scopi del diritto</b>	
I. Introduzione	180
II. La nozione di diritto soggettivo	182
III. Il concetto di diritto	187
IV. Il primato del diritto soggettivo nel sistema giuridico di Hobbes	191
V. Conclusione	199
<b>Capitolo terzo La dottrina delle fonti del diritto</b>	
I. Introduzione	203
II. L'ambiguità del termine 'legge'	203
III. Le definizioni di Hobbes	206
IV. Il ruolo della legge naturale	208
V. La legge civile e il giuspositivismo	216
VI. Conclusione	224

## IV L'UMANESIMO E IL DIRITTO

### INTRODUZIONE

Abbandoniamo il terreno della letteratura di carattere religioso ed entriamo in una terra nuova, non senza portar con noi il rimorso di non esserci soffermati in qualche stazione intermedia: è un vero peccato, ad esempio, aver trascurato nel nostro itinerario opere come il *De dominio* di Soto o il *De justitia et jure* di Molina, o quelle di Gabriel Vazquez. Esse ci avrebbero permesso di riflettere sulle deformazioni che ha subito, nella scolastica spagnola, la filosofia del diritto aristotelico-tomista.

Ma il tempo a nostra disposizione è limitato. Verso la fine dell'anno passato, ci era sembrato utile dirigere la nostra attenzione da allora in poi alla letteratura profana. Essa appare, sulle prime, dotata di minore prestigio ed influenza del messaggio dei riformatori o dei grandi trattati scolastici. Ma a lungo termine ha avuto più successo nella cultura dell'Europa borghese. E forse va anche detto che le nuove prospettive sul diritto che ci sono state offerte l'anno passato dalle dottrine teologiche del secolo sedicesimo potrebbero averci occultato il movimento delle idee profane. Come è possibile constatare ancor oggi, anche nel XVI secolo le teologie erano ben lontane dall'essere impermeabili al veleno propinato loro dai sistemi filosofici.

#### I - Alla ricerca del diritto naturale

Prima di cominciare a studiare l'umanesimo del sedicesimo secolo, non è inutile, forse, sottolineare quale sia la domanda che intendiamo rivolgergli. Lo scopo fondamentale di questo corso, per quanto bizzarro esso possa apparire, è e rimane la riscoperta della dottrina del diritto naturale. Io sono il primo a rammaricarmene e per motivi che non è difficile comprendere: è tanto più facile ed immediato insegnare una filosofia del diritto, se non proprio nuova, almeno moderna! È proprio una sfortuna non poterlo fare, ma non ci posso far nulla. Fino a questo momento, nell'ampio ventaglio delle dottrine filosofico-giuridiche, non ne ho ancora trovata una che meriti davvero questo titolo e cioè che sia fondata sull'esperienza giuridica e che risponda ai bisogni del diritto, se non quella sola di Aristotele e di San Tommaso (di cui, del resto, si sono nutriti un'imponente quantità di autori e innumerevoli giureconsulti, sia in Europa che a Roma). E le letture che sono costretto a fare per ragioni professionali e che hanno per oggetto le dottrine contemporanee, hanno come effetto quello di confermarmi in questa disdicevole opinione. Per lo meno, non corriamo il rischio di fare opera assolutamente inutile, cercando di ricostruire la dottrina del diritto

naturale.

Sfortunatamente, più vado avanti, più mi accorgo delle difficoltà del compito che mi sono prefisso. Per riscoprire la logica del pensiero giuridico classico, non ci vuole nulla di meno che una conversione. Al giorno d'oggi, infatti, siamo schiavi di un altro sistema di pensiero: siamo calati nel sistema del pensiero giuridico moderno. La formazione che abbiamo ricevuto, le pressioni dell'ambiente, le nostre stesse abitudini ci confermano in questo modo di pensare e non se ne può uscire se non a prezzo di grossi sforzi. Bisognerebbe in primo luogo tagliar via una grande quantità di pregiudizi. Poi conoscere davvero l'avversario, e cioè fare la dovuta critica del pensiero giuridico *moderno*, disarticolare i suoi argomenti e ricostruire la storia della sua formazione.

Cominciamo col ricordare i risultati delle nostre ricerche sul diritto naturale. Questo corso si indirizza a studenti già forniti di alcune nozioni sulla filosofia del diritto di Aristotele e di San Tommaso d'Aquino, che sono già state oggetto di precedenti lezioni. Agli accenni già dati, potremmo aggiungere qualche altra considerazione. Così ci renderemo ancora meglio conto degli ostacoli che ci aspettano sul nostro cammino.

### 1. *La definizione classica del diritto*

Qual è il nostro problema? Capire *a cosa serva* il diritto, come definirne l'oggetto e le frontiere? Oppure - per usare il linguaggio della maggior parte dei filosofi del giorno d'oggi - definire i *valori* del diritto?

L'educazione nominalista che abbiamo tutti ricevuto ha per effetto quello di restringere il nostro catalogo dei valori unicamente a quelli che interessano gli *individui*, o i gruppi che vengono fittiziamente concepiti alla maniera degli individui, che sono cioè ritenuti «persone morali». Per il nominalismo, esistono soltanto gli individui. I soli valori che meritano di essere perseguiti sono, in definitiva, il benessere economico e morale degli individui o dei gruppi (considerati come persone morali): questi sono i fini della morale e dell'economia politica. Ne segue che il diritto è ridotto a nient'altro che un «insieme di regole» di carattere coattivo, una «tecnica», uno strumento al servizio dell'economia o della morale individuale. Di per sé, esso non ha alcuna finalità propria. Nel pensiero contemporaneo, il diritto non esiste più come attività autonoma, che persegue un fine specifico.

Qual era invece la situazione della dottrina del diritto naturale? Il vecchio realismo classico conosce al contrario valori che fanno riferimento a degli *insiemi* (dato che per la filosofia classica esistono e possono essere conosciute anche dimensioni sovra-individuali). Tale, ad esempio, era il valore del *giusto*, che per essere analizzato chiede che si considerino i rapporti tra le diverse parti di un insieme sociale, la *divisione* armoniosa dei beni tra i membri del gruppo: *suum cuique tribuere*. Il giusto, inteso in tal senso, poteva essere considerato come il fine specifico del diritto, diverso

quindi dal fine della morale o dell'economia politica. In tal modo era salvaguardata l'autonomia del diritto. Ma tutto questo è andato perduto; quando capita che si parli di diritto nel senso di Aristotele, ci si rende subito conto che l'interlocutore ha capito l'espressione «diritto» nel senso moderno del termine, e cioè come un insieme di *leggi* poste al servizio della politica, della morale o dell'economia.

Sono pressoché convinto che quest'insieme di considerazioni vi rimanga piuttosto oscuro: ho l'intenzione di sviluppare questi temi al prossimo congresso di Washington, dove si tratterà dei «valori del diritto».

## 2. *Le fonti*

Non meno difficile è comprendere la specificità dell'antica concezione classica delle *fonti* del diritto, e cioè del diritto naturale; infatti, a causa dell'influenza esercitata dalla filosofia moderna, l'etichetta «diritto naturale» designa oramai ben altra cosa da un tempo. Al giorno d'oggi si confonde il diritto naturale con un diritto *razionale*, che verrebbe dedotto dai precetti della nostra ragione, oppure - il che è praticamente lo stesso - da una definizione astratta della «natura umana» individuale. Così hanno inteso il diritto naturale il razionalismo e l'idealismo moderni. Nulla di tutto ciò nella filosofia classica, nella quale il diritto naturale aveva davvero come fonte l'osservazione della natura, della natura nel suo insieme, di una natura «cosmica», cioè del mondo esteriore organizzato naturalmente; dei gruppi sociali, delle comunità politiche, formati spontaneamente e tali da servire come modello, in quanto che la nascita di comunità politiche giuste, naturalmente giuste, è un presupposto necessario dell'*idea* che noi ce ne formiamo. Ma è ugualmente ingannevole il termine «natura» e l'espressione «natura delle cose», che è curiosamente tornata di moda negli ultimi anni. Educati come siamo sotto l'influenza diffusa dello spirito cartesiano, ci facciamo della «natura delle cose», del mondo esterno, un'immagine povera, materialista, quantitativa e meccanicistica.

Come potrebbe essere fonte di diritto una simile «natura delle cose»? È impossibile risalire all'antica nozione di diritto naturale, se prima non ci si libera da questa confusione di concetti e non si risale ad una diversa concezione di «natura». Nella natura che ci circonda noi non abbiamo alcuna difficoltà a percepire un ordine, un'armonia; nei movimenti naturali vediamo la presenza di un senso e di una causa finale; e non è quindi assurdo dedurre da ciò conseguenze giuridiche. Ma è necessario un grosso sforzo filosofico per arrivare a comprendere l'accezione autentica del diritto naturale o del suo *Ersatz* contemporaneo, la «natura delle cose». Su questo punto, ho cercato di fornire i necessari chiarimenti, nell'ultimo settembre, al convegno che si è svolto a Tolosa.

## 3. *La logica del diritto naturale classico*

*Last but not least*, dovremo compiere un duro lavoro per riscoprire la logica

che corrisponde alla dottrina classica del diritto naturale e che ne fu una componente essenziale, senza della quale non ne possiamo comprendere l'effettivo funzionamento. La logica del diritto sarà il tema del seminario che quest'anno si affiancherà alle mie lezioni e, da parte mia, mi riservo di parlare della logica del diritto naturale. Quasi nessuno è più in grado di farsene un'immagine esatta, dato che dopo Cartesio e il trionfo dello spirito cartesiano, ci siamo fatti un'idea ben povera della logica, modellandola in particolare sulle matematiche e sulle scienze fisiche moderne, più che sull'esperienza concreta del diritto. La nostra logica è principalmente deduttiva, procede dall'alto verso il basso, dai principi alle conseguenze, come da causa ad effetto. Ecco perché, quando appaiono oggi trattati di logica giuridica o di «metodologia di interpretazione del diritto», si tratta soprattutto di deduzioni a partire da norme, anche se molto spesso si è costretti ad ammettere che queste deduzioni sono particolarmente fallose. E ciò si accorda coi pregiudizi del positivismo legalista, o più in generale del normativismo del nostro tempo: il diritto è norma o comunque tutto ciò che si può trarre e dedurre a partire dalle norme. Una concezione simile della logica ci preclude ogni possibilità di comprendere quale fosse un tempo l'arte del diritto.

Ma una serie di recenti lavori, soprattutto quelli del logico belga Perelman e dell'italiano Alessandro Giuliani, hanno aperto nuovi orizzonti sulla logica aristotelica e medievale: la *dialettica* fu parte integrante e non disprezzabile dell'*Organon* aristotelico; le sue regole furono recepite nelle scuole di *retorica* e vi ricevettero già nell'antichità un magnifico sviluppo e sono state applicate nel mondo scolastico medievale soprattutto nel XII e nel XIII secolo, sia nella teologia che nella filosofia del diritto. Questa dialettica costituiva la logica del diritto: una logica assolutamente sorprendente per noi, assolutamente estranea alle nostre teorie!

Smettiamola di concepire il diritto come un «insieme di regole» date, da cui si può giungere a delle soluzioni per via puramente deduttiva. Per i classici il *diritto* non è affatto sinonimo di *legge*; è un valore di cui bisogna andare alla ricerca, è la soluzione ottimale che si ricerca per risolvere una controversia, è la soluzione giusta (*dikaion - id quod justum est*). Quando in un recente trattato si incomincia a esporre le fonti del diritto canonico classico, come se questo diritto consistesse di regole, sotto le rubriche «della creazione e dell'interpretazione delle norme», ci si sbaglia di prospettiva. Si traspongono in un'epoca, alla quale proprio non si adattano, le nostre visuali positivistiche. Le regole, nella prospettiva classica, non hanno altro che una funzione ausiliaria (come ad es, in Graziano le «autorità» che vengono citate). Il *diritto* propriamente detto consiste nella soluzione di cui si va alla ricerca (che Graziano troverà, ad esempio, per ogni argomento particolare, grazie al confronto dei testi).

La logica dialettica fornisce lo strumento adatto a questa ricerca. Una ricerca che ricomincia inevitabilmente da capo per ogni nuovo caso

concreto; questo metodo infatti è *casistico*; i giuristi romani, così come quelli medievali, hanno scritto soprattutto opere di casistica giuridica; in tal modo essi rimangono a stretto contatto con i fatti attinenti al caso e sono in grado di dedurre la soluzione dall'osservazione dei fatti obiettivi (*ex facto jus oritur*), di trarre il diritto dalla *natura*. Del resto, non disponendo di regole da assimilare al diritto, che ci darebbero il diritto bello e pronto, e da cui non si dovrebbe far altro che dedurre la soluzione della controversia, questa ricerca parte più umilmente dalle *opinioni* che esistono sul caso che viene discusso: è a questo titolo che vengono accolte le autorità dottrinali, i pareri dei giureconsulti, ed anche una buona parte delle leggi. Anche se la loro verità non si impone al giurista con tutta evidenza, come quelle che procedono dall'intelligenza *naturalmente* sana dell'uomo, si ritiene di poter correre il rischio di accordare loro una presunzione di verisimiglianza (salvo poi a verificare il grado di attendibilità che merita il loro autore). Il carattere più rimarchevole di questo metodo di ricerca è che esso opera socialmente, «polifonicamente», cioè con il concorso di parecchi soggetti; non attraverso il ragionamento solitario del logico moderno, ma attraverso la via della *controversia*. Che cosa è questa logica, se non l'immagine fedele della procedura? Nella controversia giudiziaria, il giudice giunge alla sentenza confrontando le pretese contraddittorie delle parti. In tal modo i maestri medievali sapevano risolvere le loro «questioni», sia in campo teologico che filosofico che giuridico, opponendo dialetticamente le diverse opinioni, le «autorità», le ragioni, il *sic* ed il *non*, come diceva Abelardo; questa fu la «logica medievale», modellata sull'esperienza specificamente giuridica.

Spero di poter mostrare come essa costituisse uno strumento di conoscenza perfettamente adatto al diritto, molto più complesso e raffinato del ragionamento deduttivo. Essa disponeva di un arsenale estremamente perfezionato di regole: alcune concernevano, ad esempio, la «rilevanza» delle opinioni (si scartano alcuni argomenti, in quanto estranei alla questione che viene discussa, mediante una *fin de non-recevoir*), altre la misura del valore delle autorità (dato che il valore di un'opinione dipende dall'autorità che l'ha emanata e quindi ci si preoccupa di soppesare, proprio come il giudice soppesa le testimonianze, la competenza di ogni autore secondo il genere di questione che viene trattata: Aristotele sarà competente in filosofia, ma non se si devono discutere verità soprannaturali; Sant'Agostino sarà ascoltato in teologia, ma molto di meno se si deve discutere di diritto, ecc.). Si sanno distinguere le diverse accezioni dei termini, secondo i diversi punti di vista in base ai quali essi vengono utilizzati, in base al livello di discorso in cui essi si pongono («amare» non ha lo stesso significato nella morale naturale o nel discorso sulla montagna) e attraverso questa tecnica si giunge a *conciliare* le discordanze che sono solo apparenti. Sono, questi, indici di un livello di cultura estremamente elevato, dal quale mi sembra che siano molto lontani

gli scienziasti contemporanei, che si addentrano nei meandri delle «scienze umane» con strumenti logici inappropriati, alla maniera di un elefante in un magazzino di porcellane. È un metodo che noi abbiamo ormai perduto, che non sappiamo più praticare, almeno in un modo consapevole: il trionfo fin troppo completo della logica deduttiva l'ha soffocato. Mi sembra che sia indispensabile riportarlo alla luce, se si vuole capire qualche cosa della vecchia dottrina del diritto di Aristotele e di San Tommaso.

Questo, comunque, è il nostro obiettivo. L'abbiamo già raggiunto? Le spiegazioni che abbiamo già dato vi sono sembrate comprensibili? Forse no. Troppi ostacoli si frappongono ad un'immediata comprensione. Sembra quasi impossibile far capire la filosofia classica del diritto naturale ai giuristi contemporanei. In ogni istante si incontrano nuovi motivi di fraintendimento e di malinteso. Tanto più che nella nostra analisi non siamo poi andati tanto avanti, ci siamo per lo più occupati di termini, più che di cose. Non è poi tanto difficile trovare qualche giurista che acconsenta a parlare di diritto naturale, di giustizia come fine del diritto, della giurisprudenza come dell'arte di individuare nuove soluzioni giuridiche. Ma in quale senso? Tutte queste parole hanno ricevuto nel nostro linguaggio usuale accezioni nuove, per poter divenire omogenee ai sistemi della filosofia moderna; comprendere un'altra filosofia implicherebbe lo sforzo di cambiare il significato di tutto. Ora, i giuristi, anche se si divertono, quando hanno un po' di tempo libero, con la filosofia del diritto, vogliono fundamentalmente parlare il linguaggio del loro tempo. Sarebbero paralizzati nelle loro attività professionali se si mettessero a pensare e ad esprimersi in modo diverso da come fanno coloro che li circondano. Per ciò che riguarda la filosofia del diritto, a loro va bene quella filosofia, confusa ed arbitraria, che fa già parte del mondo in cui vivono e non quella che nasce da una ricerca, che correrebbe il rischio di scontrarsi con l'opinione comune. Andare contro la concezione del mondo verso la quale ci spingono la pressione sociale, l'interesse, la pigrizia del pensiero equivale a compiere un lavoro erculeo; restaurare la vecchia e autentica concezione giusnaturalistica è un po' compiere un lavoro di Sisifo. Sono tantissime le resistenze da vincere: tutta la nostra educazione di stampo moderno, non solo il nominalismo e la concezione dei valori che esso ci ha imposto, non solo la filosofia postcartesiana della natura, ma anche la concezione della logica nella quale siamo stati educati.

## **II - Oggetto e piano del corso**

Ritorniamo all'oggetto del nostro corso: ho già detto che esso concerne, sia pur indirettamente, il rifiorire della filosofia classica del diritto naturale. È questo un modo di pensare che ci è lontano, che è come sepolto, ricoperto dalle successive alluvioni depositate da venti secoli di storia. Noi dobbiamo scavare ed eliminare questi strati sovrapposti, proprio come hanno fatto gli

archeologi per riscoprire la città di Troia o i templi egiziani; dobbiamo eliminare quella molteplicità di schermi, di prismi deformanti, se non addirittura di opache cortine, che sono state introdotte dalla filosofia moderna tra noi e il giusnaturalismo classico. Se non rimuoviamo l'argilla depositata dal pensiero moderno, non potremo mai ottenere l'oro puro della filosofia classica. Ecco perché la riscoperta dell'antica concezione del diritto passa necessariamente attraverso la storia del pensiero giuridico moderno.

Può darsi che questo metodo non soddisfi affatto i canoni abituali degli storici. Noi ci proponiamo di spiegare la filosofia di Aristotele attraverso Montaigne, Cartesio o Kant. È esattamente l'opposto del metodo che viene raccomandato ufficialmente. Non ci posso far nulla se nella storia della filosofia tutto si mescola e se è impossibile impadronirsi di una dottrina particolare, senza far riferimento a quella che la segue. È che ciò che va modificato è proprio il nostro modo di pensare; nel nostro caso si tratta di far rivivere un'altra concezione del mondo, il che non può darsi se non si comincia col far piazza pulita delle concezioni avverse, se in primo luogo non ci liberiamo dei pregiudizi in senso contrario, che sono fonti continue di equivoci e di confusioni.

Insomma, io ho scelto come oggetto di studio storico il passaggio dalla filosofia aristotelica del diritto al positivismo odierno, l'abbandono del diritto naturale da parte della cultura europea, in un'espressione sola, la formazione del pensiero giuridico moderno. Fino ad ora, le dottrine che hanno dato un contributo alla distruzione della mentalità aristotelica ci sono apparse come appartenenti tutte all'ambito della teologia, al punto che in una recensione ai primi fascicoli di questo corso, il recensore proponeva di dargli come titolo: *L'origine cristiana della nozione di diritto soggettivo e del positivismo moderno*<sup>9</sup>. Io non sono d'accordo. Il fatto è che ci siamo dovuti occupare, nel periodo storico che va dal basso impero fino al XVI secolo, di opere scritte da chierici e dal contenuto teologico. È chiaro che esse veicolano molti elementi che sono contrari alla filosofia classica del diritto naturale: la nozione biblica di giustizia, che ispira tutta l'opera di Sant'Agostino e dell'agostinismo medievale e il cui trionfo comporta la perdita del concetto aristotelico di giustizia particolare, come di ciò che ha come suo fine specifico il diritto; la nozione biblica della legge, che diviene la fonte principale, al posto della «natura», di un diritto che da allora viene sistematicamente confuso con la morale. In tal modo l'alto Medioevo, allontanandosi dalla cultura classica e dal diritto romano, perde il segreto del diritto naturale; tende a sostituirgli una sorta di positivismo dei testi divini rivelati.

In apparenza, è la medesima corrente che si richiama al pensiero religioso agostiniano che continua attraverso l'opera della scolastica francescana, nel nominalismo di Occam e poi di nuovo nel pensiero di Lutero e di Calvino e perfino nella scolastica spagnola del cinquecento, anche se confusamente

addobbata di un linguaggio tomista. Dato che la Bibbia raccomanda di essere sottomessi a Cesare, si finisce per vedere (soprattutto da parte di Lutero) radicato nelle leggi divine il potere delle leggi positive umane. E quali che siano le etichette cui ricorre, questo movimento è già una preparazione del pensiero giuridico moderno.

Peraltro, non credo affatto che il positivismo moderno abbia le sue radici nel cristianesimo. È vero che un largo settore della teologia cristiana, tendendo a giudicare ogni cosa dal punto di vista della vita religiosa, ha finito con l'assorbire il diritto nella morale, il che lo ha condotto in una sorta di positivismo. Ma il predominio della teologia nella cultura occidentale è limitato nel tempo. E del resto l'organizzazione della società temporale non deve affatto, secondo il cristianesimo, rifarsi ai testi rivelati, ma piuttosto alla filosofia: il vero duello tra diritto naturale e positivismo (sibbene qualche volta lo percepiamo anche all'interno di testi teologici) si effettua sul terreno della filosofia profana. Ed a questa filosofia finalmente stiamo arrivando.

Cominciamo con una prima osservazione. Proprio nel cinquecento rinasce una cultura profana. Ci si apre davanti agli occhi un nuovo campo di ricerca: tutto l'umanesimo, Rabelais, Montaigne, Erasmo, Vivés, Giusto Lipsio e accanto a costoro una moltitudine di nomi più o meno dimenticati. Per loro mezzo sono tornati a vivere altri autori; il prodotto dei loro sforzi è un *rinascimento*; più che aver creato opere originali, l'opera dell'umanesimo è stata soprattutto quella di aver riscoperto grazie ai suoi eruditi i filosofi dell'antichità che la cultura medievale aveva trascurato e di averli rimessi in onore. Questi filosofi sono quelli che hanno elaborato le dottrine comunemente chiamate *ellenistiche*, che sono prodotti della tarda antichità, posteriori al declino di Atene e alle grandi conquiste di Alessandro e che ci sono state trasmesse soprattutto grazie ad autori latini: sono essenzialmente lo stoicismo, lo scetticismo e l'epicureismo. Il pensiero dell'Europa moderna ed il positivismo moderno si radicano decisamente in queste filosofie *pagane*. Il nostro primo oggetto di indagine sarà questo movimento rinascimentale.

In secondo luogo, dovremo seguire gli influssi che queste dottrine ebbero sul diritto. Si constaterà che la rinascita delle dottrine ellenistiche ha effettivamente portato nel cinquecento alla corruzione delle idee di diritto, di diritto naturale, di natura delle cose, del metodo dialettico nella ricerca della soluzione giusta, in breve a un deciso allontanamento dalla filosofia classica.

Abbiamo la possibilità di procedere a questa verifica, perché un ramo dell'umanesimo si è esercitato nella riforma dell'arte del diritto. Tutti gli storici del diritto conoscono per lo meno l'esistenza di una *giurisprudenza umanistica*, soprattutto francese e tedesca (quella italiana non ha prodotto opere particolarmente importanti storicamente): Bodio, Hotman, Connan, Doneau e in Germania Althusius e molti altri ancora (e dovremo

annoverare Grozio in questo elenco). Quale termine fissare alla storia del movimento umanistico? Le delimitazioni cronologiche, anche se utili, sono sempre in qualche modo arbitrarie. L'umanesimo ha l'avvenire dalla parte sua; continuerà ad essere fiorente nel pensiero del XVII e del XVIII secolo; gli autori che ho appena citato, ciascuno nella sua sfera, Rabelais, Montaigne, Erasmo da Rotterdam, Jean Bodio, Doneau, Ugo Grozio, sono da considerare a tutti gli effetti come i primi, veri classici della cultura moderna. La giurisprudenza umanistica apre la strada al pensiero giuridico moderno: essa possiede una sua originalità, che la distingue dal pensiero medievale e per il modo di pensare e per la sua problematica e soprattutto per le sue tendenze dottrinali.

## PARTE PRIMA

### LA RINASCITA DELLE FILOSOFIE ELLENISTICHE

#### Capitolo primo

#### LA FILOSOFIA DELL'UMANESIMO E LE SUE COMPONENTI

##### I - Un nuovo mondo culturale

Dobbiamo cominciare col considerare il nuovo mondo culturale nato nel XVI secolo e portatore di una nuova concezione della filosofia e del diritto. Come si spiega questa novità? Si può rispondere che è stato il prodotto di una nuova classe sociale. È tramontato il potere del *clero*, che nel Medioevo deteneva il quasi-monopolio degli studi. Ma adesso la congiuntura economico-politica consente alla borghesia che si è arricchita e a qualche nobile, che non è più gravato dagli antichi obblighi militari, di costituire un altro tipo di élite colta. Ecco, per la storia, quale è stato l'evento fondamentale. Per esprimere in un altro modo lo stesso fenomeno, diciamo che questa nuova élite non è più composta da *universitari*: essa anzi disdegna le scuole. Un Montaigne filosofeggia da solo in una torre del suo castello, come più tardi farà Cartesio nella sua tenda. C'è in lui, come in Rabelais, un orrore resistente contro i pedanti.

Non forziamo troppo queste avversioni. Alcune università, come, per i giuristi, quella di Bourges, sono anzi state centri umanistici e la scolastica spagnola si è aperta alle nuove correnti rinascimentali. Sono numerosi gli appartenenti al clero che vi si integrano; Erasmo era monaco. Rabelais curato di Meudon, Tommaso Moro vescovo. Cerchiamo soprattutto di non cedere ai luoghi comuni di una storiografia anti-religiosa, quella che andava di moda tempo fa e che ci descriveva l'umanesimo come decisamente ostile alla religione. Lucien Febvre ha fatto giustizia di tutte queste fantasie; altri storici hanno confermato la sincerità della fede di un

Montaigne, come anche quella di un Cartesio e perfino di un Gassendi. Ciò non di meno, è pur vero che l'umanesimo si è spinto in un terreno vergine, in un mondo laico, libero dai vincoli della tradizione religiosa. Questo fatto può servirci a spiegare i tratti specifici del tipo di filosofia alla quale esso ha dato origine. I nobili e i borghesi che hanno concorso alla sua formazione erano portatori di preoccupazioni molto diverse da quelle dei chierici dell'università medievale; erano più pratici, meno speculativi; non avevano alcun gusto per le aride discussioni della metafisica. Essendo più vicini alla vita attiva della gente comune, adottano uno stile più concreto. Sono da considerare filosofi? Sappiamo bene che il termine «filosofia» è piuttosto elastico. Socrate è filosofo, ma in una prospettiva diversa da quella di Aristotele; lo è Voltaire, ma non di certo nella stessa prospettiva di Husserl. Se l'umanesimo ha un posto nella storia della filosofia, non è perché ha composto dotti trattati, ma per le sue opere letterarie, come quelle di Erasmo o di Montaigne. La migliore filosofia è quella che si esprime nella *letteratura*. Essa si indirizza alla brava gente, cerca di restare immune da ogni forma di pedanteria, adotta l'aneddoto, le storielle, il comico, l'arguzia; tende ad abbandonare l'uso del latino per passare a quello della lingua volgare.

Quale è la prospettiva a partire dalla quale gli umanisti hanno contemplato il mondo? Quali furono i loro interessi principali? Le guerre civili hanno cagionato quello che un'opera celebre ha intitolato *L'essor de la philosophie politique au XVI siècle*. C'è stata un'epoca in cui si sono avute le dispute più vive tra partigiani del regime politico misto e dell'assolutismo, tra monarcomachi e monarchici, tra gallicani e ultramontani: l'umanesimo è stato sempre presente in queste dispute.

Ma a parer mio questo *essor*, questo sviluppo della letteratura di carattere politico, è stata solo una fiammata occasionale. E non credo che sia stata così nuova e che abbia segnato un progresso così sensibile, come ci farebbe supporre il titolo dell'opera di Mesnard che ho appena ricordato. La letteratura politica era stata più corposa durante il Medioevo, quando la teologia aveva la forza di influenzare le potenze della cristianità, di fare da arbitro nei conflitti tra Roma e le potenze temporali del tempo, di servire da freno alle guerre ingiuste ed alle tirannie, di ispirare i nuovi regimi politici delle città libere. Nel XVI secolo, al contrario, quando nascono gli stati assoluti, vengono meno le condizioni che rendono possibile una libera ricerca politica. È il conformismo politico ciò che sembra corrispondere nel modo ottimale ai desideri segreti della borghesia. La borghesia ama l'ordine, ama rimettersi all'autorità per le questioni attinenti al governo e, per quelle concernenti il diritto, alla legislazione del sovrano e all'amministrazione della giustizia; anche se volesse agire altrimenti, non ne avrebbe d'altronde il potere.

L'interesse dei circoli umanistici mi sembra che sia piuttosto indirizzato verso i problemi della vita privata, verso le questioni *morali* (piuttosto che

per le questioni di carattere religioso, che sono troppo scottanti), per l'erudizione storica, l'archeologia; un po' più tardi l'umanesimo si interesserà anche alla tecnica, alla fisica, alle matematiche e darà un forte impulso - questa volta assolutamente reale - alle scienze esatte. Tutto ciò non comporta alcun rischio di turbare l'ordine costituito o di recar ombra al sovrano.

Prendiamo accuratamente nota di tutto questo, dato che è proprio in virtù di questo cambiamento di prospettiva che è possibile spiegare il mutamento dei principi del diritto. Il Rinascimento fu essenzialmente creatore in campo artistico, scientifico, morale, psicologico. Abbiamo appena parlato delle scienze esatte.

Durante il cinquecento e soprattutto agli inizi del seicento, vennero alla luce numerose e grandi invenzioni, che ebbero, con Cartesio e con Francesco Bacone, conseguenze formidabili in tutta la filosofia e influenzarono profondamente il pensiero giuridico moderno. Anche se, per la verità, questi lavori scientifici, pur se provengono dal medesimo gruppo di studiosi laici resisi indipendenti dall'università, non appartengono esattamente a ciò che si suole chiamare l'umanesimo.

Nella mentalità umanistica hanno vera rilevanza soprattutto la morale e la psicologia. In questi campi il cinquecento ha individuato metodiche veramente originali, ha esplorato terreni nuovi con acuto spirito di osservazione: ricordiamo in Rabelais l'osservazione delle costumanze popolari, la messa a profitto della saggezza spontanea del popolo; ricordiamo quanto sia rilevante in Montaigne lo studio del proprio io. Tra le fonti di idee del XVI secolo, vanno annoverati documenti, narrazioni, raccolte di aneddoti di attualità, come i rapporti dei missionari dal Nuovo Mondo. Un Machiavelli (il cui pensiero è assolutamente personale) cita continuamente storie fiorentine. La sua esperienza si modella per gran parte sulla storia politica del suo tempo. L'informazione che possiede un Bodin è estremamente varia. E in gran parte ha avuto un carattere creativo.

Ma tutto questo insieme di osservazioni che portano il timbro dell'attualità non è la fonte principale della cultura cinquecentesca (che rappresenta l'inizio della cultura dell'Europa moderna). E non potremmo analizzarla, se non cercando di delineare il quadro delle *letture* fatte dagli umanisti. Sono letture di autori antichi o di autori moderni? E tra le fonti antiche, in filosofia, quali dottrine vengono lasciate a se stesse e quali, al contrario, vengono coltivate?

## **II - Il ritorno alle fonti antiche**

Ecco, per cominciare, il primo punto che merita di essere sottolineato: si tende a volte a dimenticare che la nostra cultura moderna, così fiera dei propri progressi, affonda le proprie radici spirituali nell'antichità. Il fatto è che noi ci siamo fatti oggi un'idea della cultura molto diversa da quella che

ha fatto nascere l'Europa moderna. Oggidì, sotto il ministero di Fouchet, sotto il segno di Teilhard de Chardin e del progressismo, la parola d'ordine è quella di creare la cultura «dell'uomo dell'era atomica» e di espungere dall'insegnamento delle scuole secondarie il latino.

Socrate, Platone, i Vangeli, Cicerone, Orazio, Virgilio (ed anche Corneille e Racine) sono - così si dice - superati nell'epoca dei satelliti artificiali. Dato che vive nell'epoca beata delle macchine elettroniche, non c'è dubbio che Fouchet sia più colto di Aristotele. Come i medievali, così gli uomini del cinquecento non avevano simili complessi di superiorità. Essi al contrario pensavano che l'antichità greco-latina - anche se sotto altri profili era stata superata in fatto di religione dal mondo cristiano - si era elevata nella filosofia, nelle lettere, nelle arti, nella formazione dell'intelligenza, a vertici provvidenziali e che da allora in poi l'umanità non aveva fatto altro che declinare verso la barbarie; e che non c'era altra via di formazione intellettuale se non quella di mettersi alla scuola dei classici. Ecco perché l'umanesimo (è questo del resto il senso originario del termine) è in primo luogo un ritorno alle fonti dell'antichità greco-latina, è un *rinascimento*.

Il mondo dell'Europa moderna - ivi compresi i giuristi - doveva mantenere a lungo questo salutare senso di modestia, da cui è derivato il programma degli studi «classici», codificato sotto l'*Ancien Régime* nei collegi dei gesuiti, che erano stati ampiamente conquistati dall'umanesimo. I nostri nonni o i nostri trisavoli (almeno quelli che erano abbastanza ricchi da potersi offrire il lusso dell'istruzione) erano ancora capaci di comporre versi in latino. Non erano loro ignoti né Lucrezio, né Tito Livio, né le *Lettere a Lucilio*, il *De officiis*, il *De finibus*, le *Tuscolanae*, né le orazioni contro Verre: tutte opere che sono assolutamente ignorate dagli studenti di oggi e che rischiano di cadere completamente dalla memoria collettiva quando sarà giunta a piena maturazione l'opera degli apostoli della modernità.

Dove è da vedere, allora, la novità dell'opera del Rinascimento? In primo luogo, nel mettere da parte le dottrine *intermedie*, che erano andate accumulandosi su quelle antiche grazie al lavoro delle scuole medievali. Le somme, i commenti, le glosse della scolastica cominciano a navigare in cattive acque con l'affermarsi dell'umanesimo; una situazione, questa, che durerà all'incirca trecento anni.

Diventa di moda disprezzarle tutte: così faranno Erasmo, Rabelais e più tardi Grozio, Cartesio e Francesco Bacone. Molto spesso gli umanisti le ignoreranno del tutto: Montaigne, nell'*Apologia di Raimondo Sebond*, farà gli elogi di San Tommaso, ma è chiaro che non lo ha mai letto e che lo confonde con i suoi avversari. Si tira un rigo nero sul Medioevo. L'umanesimo torna indietro, fino alle fonti stesse dell'antichità greca, latina ed ebraica.

Ma non è nemmeno nel rispetto dell'antichità che va vista l'originalità della cultura del cinquecento. Infatti anche il Medioevo aveva il culto del passato ed aveva anch'esso prodotto una e forse più di una rinascenza; non c'è

opposizione, ma piuttosto continuità tra tomismo e rinascenza ed è questo il motivo per cui gli spagnoli furono favorevoli all'umanesimo. Ciò che distingue davvero l'umanesimo è la scelta che esso effettua *tra* le fonti dell'antichità.

### III -La scelta delle fonti. Aristotele, Platone

Consideriamo, ad esempio, le fonti dei *Saggi* di Montaigne. Vedremo più avanti le ragioni che ci inducono ad insistere più sul Rinascimento francese che su quello italiano, che ebbe un'incidenza minore sul diritto. Montaigne rappresenta molto bene l'umanesimo francese. Oggi siamo sensibili soprattutto al suo stile ed ai lati più personali del suo pensiero; ma è stato ampiamente dimostrato che i suoi lettori del XVI secolo lo apprezzavano in un'altra prospettiva: i *Saggi* erano letti come un florilegio di diverse dottrine, di pensieri, di citazioni dall'antichità. Montaigne, chiuso nella sua libreria, non smette mai di leggere gli autori dell'antichità che l'umanesimo ha fatto nuovamente diventare di moda. Mio padre, Pierre Villey, nella sua tesi di dottorato, ha fatto un quadro di queste fonti.

Nei *Saggi* vediamo tutto un pullulare di citazioni estremamente varie, ma che rivelano tutte una tendenza comune: citazioni da poeti (Orazio, Virgilio, Lucrezio), da storici (Tito Livio, Tacito, Cesare). Montaigne degli storici dice che sono la sua «palla da destra» (quella che nel *jeu de paume* si riceve comodamente da destra, senza che ci sia bisogno di rigirarsi). Tra i filosofi (intendendo questo termine in senso ampio) che egli cita ricordo Plutarco, che Montaigne legge nella traduzione di Amyot: egli ama le sue *Vite degli uomini illustri* tanto quanto gli opuscoli morali.

Legge pure Diogene Laerzio, le cui vite dei grandi filosofi sono ugualmente tradotte in francese. Legge pure Sesto Empirico. In lingua latina egli legge prima di tutto Seneca; rilegge il poema di Lucrezio e sempre più Cicerone. Quanto più invecchia, tanto più si immerge nella lettura dei trattati di morale di Cicerone, come il *De officiis* e le *Tusculanae*. Si possono incontrare alcuni di questi titoli (ad esempio, le opere di Plutarco) esaminando il programma che alcune decine d'anni prima Gargantua delinea per gli studi di Pantagruelle.

In che cosa differisce questo catalogo di autori da quello delle università medievali?

Va osservato in primo luogo che ci sono letture che nel Medioevo erano ritenute essenziali, e che vengono abbandonate in epoca umanistica. Il caso più eclatante è quello di Aristotele.

Nel mondo universitario, Aristotele era il «filosofo»: il riferimento continuo e la prima autorità in filosofia. Ora, non dobbiamo esagerare la rivoluzione che si è verificata; c'è in Italia nella prima metà del XVI secolo una scuola filosofica che pretende di rinnovare lo studio di Aristotele con venature averroiste. In forma più tradizionale, lo studio di Aristotele

sopravvive dappertutto in Europa, e non solo in Spagna. Dato che il conformismo universitario resiste al movimento umanistico, nell'educazione ufficiale, bisognerà attendere molto a lungo per vedere alla fine la scomparsa di questo primato di Aristotele. Ma proprio su questo punto l'umanesimo afferma la propria indipendenza: Aristotele sa troppo di scuola, è troppo compromesso con la scolastica e soprattutto (dobbiamo ammetterlo) non è divertente a leggersi; le sue opere esoteriche (le sole che siano pervenute fino a noi) non sono un cibo adatto ai gusti di questi uomini di mondo. È ovvio che si continua a conoscere un po' del pensiero aristotelico: Bodin lo legge e lo utilizza qua e là e lo stesso può dirsi di Grozio, che lo capisce però sempre meno bene. Montaigne però dice chiaramente di non sentire alcuna attrazione per Aristotele; e lo stesso possiamo dire per Erasmo in Olanda, per Vivés in Spagna o, più tardi, per Galileo, Bacone, Gassendi, Pascal o Cartesio. Rabelais inaugura contro Aristotele una campagna fatta di sarcasmi, che si prolungherà fino a Molière, Boileau, Voltaire ed anche più in là (il che non toglie che la morale di Molière o l'arte poetica di Boileau siano piuttosto aristoteliche). Ramus, a partire dal 1536, propone la tesi per la quale «l'insegnamento di Aristotele non è altro che un tessuto di menzogne». Non c'è nulla che sia stato più denso di conseguenze per la filosofia del diritto di questo ostracismo, che l'umanesimo decreta contro Aristotele.

Un secondo problema è quello dell'influenza di Platone, che è molto complessa. La filosofia medievale era già piena di neoplatonismo. Ma durante il XVI secolo a cominciare dall'Italia (in cui operano studiosi e traduttori emigrati da Bisanzio o dove comunque arrivano nuovi manoscritti) sorge una vigorosa corrente che propone il ritorno al Platone autentico: partecipano a questo movimento Marsilio Ficino, l'erudito Pico della Mirandola e l'Accademia di Firenze. La moda di Platone penetra in Francia; ne è testimone Rabelais o du Bellay, di cui ricorderete il sonetto, di stampo platonico, sulla bellezza:

*... là tu pourras reconnaître l'Idée  
de la Beauté, qu'en ce monde j'adore.*

Lo sviluppo del genere letterario *utopico* - uno dei più significativi della letteratura politica rinascimentale - con Tommaso Moro, Campanella e lo stesso Rabelais (e più tardi Bacone) porta il segno del platonismo; tutte le utopie si riferiscono alla *Repubblica* di Platone, che è (sia pure con qualche differenza) il primo modello del genere.

Il Rinascimento, insomma, non ha affatto ignorato Platone. Penso che il movimento platonico rinascimentale abbia costituito uno dei fattori della formazione del pensiero giuridico moderno. Ad esempio, quando vedremo che in Bodin, Althusius, Grozio, il «diritto» si separa dal «fatto» e viene a costituire un mondo di regole isolato dal mondo delle cose, un mondo

normativo a parte, un mondo *ideale*, come non individuare Platone dietro questa nuova concezione ideale del diritto e delle sue fonti (la concezione assolutamente più lontana che si possa immaginare dall'autentico diritto «naturale»)? Analogamente, attraverso l'influenza di Platone possiamo spiegarci l'opposizione instaurata da Cartesio tra lo spirito e il mondo dei corpi fisici, il disprezzo nutrito da costui per l'esperienza sensibile e il rinascere dell'idealismo nella filosofia moderna.

Tutto questo peserà sul diritto. Se in questo corso tralascierò di sviluppare uno studio separato del rinascimento platonico e delle sue conseguenze storiche, è solo perché sono costretto a fare delle scelte ed ho scelto di seguire altre correnti filosofiche, la cui influenza sui giuristi è stata ancora più immediata.

### III - Il primato delle fonti ellenistiche

Il fatto è che i circoli umanistici, soprattutto in Francia e in Germania, si sono infatuati per altre dottrine, ancora più avverse allo spirito della scolastica, ancora più apertamente nemiche di Aristotele e del suo pensiero. Il tesoro della filosofia greca è inesauribile e i filosofi europei non hanno mai smesso di attingervi. In certe epoche si sono ispirati a certe dottrine, in altre ad altre. Il Medioevo aveva attinto prima al neoplatonismo, poi ad Aristotele. La novità del Rinascimento sta nell'essersi orientato di preferenza verso quelle dottrine di epoca tarda, che si è soliti chiamare *ellenistiche*. Questo fatto, ricco di conseguenze per la filosofia del diritto, è facilmente verificabile e potremo forse darne una spiegazione.

Quanto all'importanza relativa che viene ad acquistare all'improvviso questo nuovo gruppo di dottrine filosofiche, limitiamoci ad osservare che la lingua dotta dell'umanesimo è di norma il latino. La filosofia medievale si rifaceva soprattutto a fonti greche, a causa forse dell'ascendente esercitato su di essa da Bisanzio ed in seguito anche per la funzione mediatrice che era esercitata dal mondo arabo. Nel XVI secolo ci si libera da questo condizionamento e, anche se a titolo individuale, i più grandi eruditi si mettono a coltivare lo studio delle lingue antiche, la maggior parte della gente colta non ha il tempo di dedicarsi allo studio del greco: *graeca non leguntur*. La volgarizzazione della cultura che caratterizza quest'epoca comporta il rigetto dei testi greci, di eccessiva difficoltà, così come la «democratizzazione» che va di moda ai nostri giorni comporta il rifiuto dello studio del latino. È quindi la *letteratura latina* a diventare l'oggetto fondamentale di studio degli umanisti e che diviene la base dei nostri studi classici. Ciò che abbiamo detto di Montaigne si può ripetere per moltissimi pensatori del Rinascimento; per Erasmo, per Vivés, per Giusto Lipsio, per Machiavelli e per i giuristi loro contemporanei. Sono tutti imbevuti di cultura latina, di poeti, di storici latini; di Lucrezio, di Seneca, di Cicerone. Quando si tratta di filosofia, il primo posto spetta a Cicerone, perché tra

tutti gli autori che abbiamo citato è lui che ha scritto i trattati filosofici più completi.

Gli autori latini ci hanno trasmesso soprattutto le dottrine ellenistiche, che andavano di moda al loro tempo. Non solo queste, ovviamente; nelle scuole di retorica, si conserva una parte notevole dell'insegnamento di Aristotele e Cicerone ne legge le opere. Il nome di Platone rimane celebre. Nell'ultimo secolo dell'era pagana, quando la riflessione politica ritrova un suo spazio, la *Repubblica* di Cicerone può ispirarsi direttamente ai due grandi filosofi dell'antichità. Ma è ben comprensibile che i romani abbiano subito l'influsso soprattutto di dottrine più recenti, più vive e più fresche, come le dottrine stoiche, epicuree e scettiche: quelle che in generale siamo soliti chiamare le filosofie ellenistiche. La letteratura romana esercita una funzione specifica nella storia della filosofia, quella di essere la migliore fonte di notizie su tutti questi sistemi filosofici (di cui quasi tutte le trattazioni greche originali sono andate perdute). Roma appartiene a un momento particolare della storia della filosofia; la cultura romana può essere considerata come un ramo attardato della cultura ellenistica.

Ecco dunque a cosa andavano incontro gli umanisti, quando si immergevano nello studio di Cicerone, di Seneca, di Lucrezio. Aggiungiamo anche che quegli autori greci, le traduzioni delle cui opere hanno avuto un ampio successo nel XVI secolo, e cioè Plutarco, Sesto Empirico e Diogene Laerzio, sono portatori di un analogo orientamento filosofico-culturale, dato che sono tutti autori della tarda antichità.

Ma la facilità di approccio procurata dalla lingua latina non è sufficiente da sola a spiegare il successo delle dottrine ellenistiche del XVI secolo. Osserviamo piuttosto quanto esse si confacevano alle esigenze proprie degli umanisti.

Tra queste correnti dottrinali e il movimento intellettuale dell'umanesimo esiste una notevole analogia. Lo stoicismo, l'epicureismo, e un po' più tardi lo scetticismo della Nuova Accademia sono nati dopo le grandi conquiste di Alessandro Magno, che hanno cambiato profondamente lo status degli uomini di studio e provocato un mutamento di *oggetti* da parte della filosofia. Nell'Atene del IV secolo, nella dinamica che si dava all'interno della città, tra i diversi gruppi politici, il compito del filosofo, anche se privato cittadino, era quello di intervenire attivamente nella vita politica. Gli affari di governo, nell'*agorà* o nei consigli, e perfino gli affari giudiziari (si pensi ai tribunali popolari), erano oggetto di pubbliche discussioni. La filosofia di Platone fu tutta protesa verso un programma di riforma costituzionale e non solo essa: si pensi al ruolo politico che ebbe un Pitagora o un Empedocle! Quanto ad Aristotele, non ripeteremo mai abbastanza che egli aveva un'esperienza diretta delle dispute politiche e della pratica legislativa e giudiziaria.

È proprio in riferimento alla filosofia della politica e alla filosofia del diritto che si dà una significativa modificazione dopo le conquiste di

Alessandro Magno: si costituiscono grandi imperi, di tipo più o meno orientale e di conseguenza la cultura del tempo perde il carattere tipicamente greco, si sposta al di fuori della Grecia stessa, al punto che molti dei suoi rappresentanti più significativi saranno di origine orientale, come Zenone e Crisippo. Nascono regimi assolutistici, si impone il dominio del *kyrios*, il signore onnipotente, che possiede una forza carismatica (il termine si conserva nel *Kyrie eléison* della messa cattolica, ma è di difficile traduzione). In questa situazione il filosofo può ancora diventare amico del sovrano, recarsi da lui per distrarlo o per dargli dei consigli, ma non ha più alcuna possibilità di discutere il nuovo regime politico trionfante. In una situazione analoga verranno anche a trovarsi i filosofi sotto l'impero romano. Del tutto analoga, come abbiamo detto, è stata in Francia la situazione degli intellettuali verso la fine del XVI e gli inizi del XVII secolo. Alcuni costruiranno ancora utopie di tipo idealistico, che però, a differenza di quella della *Repubblica* di Platone, non avranno mai la pretesa di poter essere poste in pratica. La maggior parte degli intellettuali resteranno, con molta saggezza, lontani dalla politica. Malherbe dichiarava a Luigi XIII: «Sire, è atto di grande presunzione dare pareri al capitano sulla rotta di un vascello, in cui non si è che semplici passeggeri». Montaigne pensava la stessa cosa.

Si sposta di conseguenza l'asse della filosofia. Ciò che conta per lo stoicismo e per l'epicureismo è la morale, la condotta di vita privata del cittadino privato. Epicuro indica ai propri discepoli i mezzi per raggiungere il piacere, Zenone le vie della virtù. Se ha scritto un trattato dedicato alla «polis», sappiamo però anche che l'aveva fatto per negare che esistesse tale problema e per rifugiarsi nell'opposto universo della «cosmopolis». La dottrina stoica insegna che la filosofia rassomiglia a «un giardino le cui mura sono la dialettica, gli alberi la fisica, e i frutti, alla fine, sono la morale»: e si intende qui per «morale» solo quella della vita privata, quella che nel XVI secolo sarà l'unica preoccupazione di un Montaigne.

È ovvio che sono esistite anche altre dottrine oltre a quella di Zenone e di Epicuro e che hanno avuto preoccupazioni ben diverse. Il Liceo, che era stato fondato da Aristotele, si rivolge ora, ad Alessandria, verso studi che di preferenza sono di carattere grammaticale o retorico e verso le scienze sperimentali. Nella cultura ellenistica, c'è già una grande propensione per le scienze esatte, così come ci sarà in Europa nel XVI e nel XVII secolo. Soprattutto la Nuova Accademia, nata dalla scuola di Platone, si è dedicata al problema della conoscenza; con Carneade ed Arcesilao essa decade nello scetticismo e nel probabilismo e dà una mano al pirronismo; nei circoli letterari va prendendo piede nelle forme più diverse il movimento scettico, che si compiace nel proclamare l'impotenza della filosofia e che si congiunge con i movimenti empiristici: le sue tesi verranno codificate dal medico Sesto Empirico. Questo gioco di spiriti inoffensivi, così come le dottrine sulla morale privata, sono le sole che possono svilupparsi in

epoche di assolutismo. E sono le stesse dottrine che ritorneranno di moda precisamente nel cinquecento e che si svilupperanno in seguito nell'Europa moderna fino alla critica kantiana della conoscenza. Non è più così oggi, in un'epoca dominata da ricerche sociologiche. Ma quando io ero ancora studente mi si insegnava che la filosofia comprendeva soprattutto la critica della conoscenza, la logica (il metodo delle scienze), la psicologia, la morale; a queste discipline si aggiungeva, senza però approfondirla, la metafisica; della filosofia politica e della filosofia del diritto, che avevano avuto un ruolo centrale nel pensiero platonico ed aristotelico, non si faceva affatto cenno.

Insomma, nei filosofi dell'età ellenistica e in quelli della borghesia moderna riscontriamo gli stessi interessi e gli stessi problemi.

A questi nuovi obiettivi della filosofia corrisponde uno stile letterario particolare. Dato che si propongono un fine pratico, quello di influenzare la condotta degli individui, dirigere le coscienze, molti stoici hanno usato un linguaggio facile, penetrante, accessibile a tutti; non hanno amato quelle astratte esposizioni teoriche, che non toccano nessuno da vicino, ma la «diatriba», la satira, gli esempi, gli aneddoti, le storielle, le biografie (Cicerone è pieno di aneddoti, come alcuni dei greci che egli ha preso a modello), o il genere epistolare, prediletto all'epoca dell'impero da Seneca. Gli epicurei ammettono con facilità di non essersi preoccupati troppo di costruire il loro sistema teorico a partire da una logica rigorosa; essi volevano insegnare il piacere, l'assenza di inquietudine, preferibilmente in maniera gradevole; la filosofia di Epicuro ci è stata trasmessa attraverso il poema di Lucrezio e senza dubbio grazie anche ad Orazio. Anche in questo caso, c'è da restare meravigliati dell'esatta corrispondenza tra questo stile di filosofare tipico di un certo numero di pensatori dell'epoca ellenistica e il desiderio dei filosofi del Rinascimento di passare alla letteratura. L'umanesimo ha così scoperto una parentela di linguaggio, di situazione, di interesse, di stile, con le dottrine ellenistiche. E noi capiamo bene come sia potuto succedere che queste dottrine abbiano soppiantato quelle di Platone e di Aristotele.

### *1. L'apporto specifico dell'umanesimo*

In che cosa è consistita la filosofia dell'umanesimo? Di Montaigne, che riassume così bene la cultura rinascimentale, si insegna che è passato attraverso tre fasi successive: una fase *stoica*, nella quale egli si rifà a Seneca, Epitteto e Marco Aurelio - come tanti altri dei suoi contemporanei -, la fase *scettica* dell'*Apologia di Raimondo Sebond*, nella quale è predominante l'influenza degli *Academica* di Cicerone e del pensiero di Sesto Empirico; e infine una sorta di conversione all'*epicureismo*, al quale egli darà - senza smettere peraltro di ispirarsi ad Orazio e a Lucrezio - una forma nuova e personale. Queste tre influenze si coniugano in quel potente lettore che è stato Montaigne. Ma ritroveremo l'una e l'altra in tutti gli

autori dell'epoca umanistica. E giungiamo così al fenomeno che deve soprattutto attirare la nostra attenzione: questi filosofi hanno conquistato lo spirito dei giuristi, o almeno di quel gruppo di giuristi che partecipa all'umanesimo, quelli che lavorano attorno ad Erasmo, come Claude Chansonette, Oldendorp, Guglielmo Budé - di recente Kisch ha dimostrato come fossero tutti imbevuti di Cicerone, - o ancora Bodin, Althusius, Grozio ... Avremo modo di verificare che la loro filosofia fu proprio questa.

## *2. La sintesi tra queste dottrine e il pensiero giuridico*

In questo modo ci troviamo di nuovo rigettati nell'antichità. Dobbiamo tornare indietro e risalire a quei testi ai quali gli umanisti hanno dedicato una così grande e appassionata attenzione, che essi non hanno smesso mai di citare, di tradurre e di riadattare; che furono il cuore del *loro* pensiero.

Il nostro corso è costretto in tal modo a compiere percorsi alquanto disordinati; quando abbiamo studiato l'antichità e abbiamo delineato la prima, grande filosofia del diritto occidentale, quella del diritto naturale classico aristotelico, avevamo sorvolato sulle dottrine ellenistiche; ed eccoci costretti a ritornarvi sopra, dopo aver studiato Suarez e prima di passare a Grozio. Il meno che si possa dire è che questo metodo è poco usuale; di solito siamo abituati a seguire l'ordine cronologico degli eventi. Ma è proprio nel XVI secolo, all'alba della formazione del pensiero giuridico moderno, che queste filosofie ellenistiche divengono rilevanti per la storia del pensiero giuridico.

Se mi consentite a questo riguardo alcune osservazioni di carattere metodologico, voglio osservare che i temi della filosofia stoica, epicurea o scettica, quelli veramente essenziali, non datano per la verità dall'epoca di Zenone, di Epicuro o di Cicerone. Forse sono addirittura anteriori e in ogni caso è possibile riscoprirli continuamente fino ai nostri giorni. Il metodo storico che va di moda oggi è troppo schiavo dei pregiudizi che dal settecento in poi si sono diffusi in Europa nell'opinione comune sull'«evoluzione dell'umanità» e sui suoi pretesi «progressi». Al giorno d'oggi facciamo la storia epoca per epoca, come se tutto dipendesse da una scansione cronologica. Ed adattiamo così bene questa griglia alla scienza del passato, che arriviamo a convincerci che tutto abbia conosciuto un'evoluzione.

Quando il marxismo, ad esempio, proclama che «l'essere precede la coscienza», noi crediamo che si tratti di una nuova scoperta, di un «progresso dello spirito umano». Probabilmente è più vero credere che tutte le grandi tesi filosofiche trascendono la cronologia, esistono in ogni epoca, confliggono tra di loro in ogni tempo e che questo combattimento è come un eterno conflitto tra Davide e Golia. Al livello della filosofia, la storia è fatta di rinnovamenti: che l'essere (o l'atto che fa l'essere) preceda la presa di coscienza che ne effettua il nostro spirito è una tesi che veniva insegnata, ben prima che da Marx, da Aristotele e da San Tommaso.

Filosoficamente, l'essenziale del positivismo giuridico era già presente nella Grecia antica (ad esempio nei sofisti) e l'Europa non è mai stata sprovvista, anche in pieno XIX secolo, di qualche autentico giusnaturalista. Le stesse dottrine fondamentali risorgono in diverse epoche, anche se sotto vesti diverse, che possono mutare e farci credere alla loro novità. In filosofia, non credo all'evoluzione. È per questo che si può anche immaginare una storia della filosofia che faccia a meno delle date: erano fatte così, per la maggior parte, le storie dell'antichità, del Medioevo e del Rinascimento. Né Plutarco né Diogene Laerzio, nella sua opera dedicata ai grandi filosofi, hanno seguito l'ordine cronologico.

Ma ciò che è ben più importante della cronologia (e che è l'oggetto del nostro studio) è la storia della pene trazione e del successo che ha potuto riscuotere una tendenza filosofica nell'opinione dei giuristi. Se la parte più pura del pensiero dei grandi geni della filosofia è al di sopra del tempo, tutto il resto vi è completamente immerso; è così che a volte una filosofia, a volte un'altra trionfano nel mondo del diritto. Perciò credo di poter dire che la dottrina classica del diritto naturale ha avuto un primato presso i giuristi dell'antichità, mentre il positivismo ha conosciuto il suo trionfo presso i giuristi moderni. C'è sempre un momento nella storia, in cui una filosofia incontra e feconda lo spirito dei giuristi e in cui da questa congiunzione nascono i principi di una nuova scienza del diritto. È conseguente, quindi, dato che il nostro compito è quello di ricostruire la storia del pensiero giuridico, che noi ci si metta a studiare ogni dottrina nel momento in cui essa produce effetti nell'ambito che ci interessa.

Torniamo all'oggetto del nostro corso. Credo che si possa sostenere che lo stoicismo e l'epicureismo, per quanto abbiano conosciuto a Roma un notevole sviluppo, non siano giunti a costruire ancora una vera e propria filosofia del diritto. Erano essenzialmente filosofie della morale (e solo secondariamente della fisica e della logica). Non intendo negare che soprattutto lo stoicismo, a Roma, non abbia avuto l'adesione di un buon numero di giureconsulti e non abbia spesso lasciato il segno sul contenuto del diritto romano; ma, fino a prova contraria, non sembra che questa influenza abbia influenzato profondamente la struttura della scienza del diritto, i suoi principi fondamentali, l'idea dell'oggetto dell'arte giuridica, le fonti, il metodo. Su questi punti l'eclittismo romano aveva un'altra dottrina a disposizione: quella di Aristotele, che era ben conosciuta e che costituiva un'esplicita filosofia del diritto. Per quanto riguarda le dottrine ellenistiche, Greci e Romani erano ben consapevoli che il loro oggetto non era il diritto. Essi non avevano ancora elaborato - nemmeno all'epoca di Cicerone - autentiche teorie del diritto e delle sue fonti. Ed ora, arrivati come siamo all'inizio dell'epoca moderna, vediamo che queste filosofie ci concernono in modo ben più diretto: hanno smesso di convivere con Aristotele e dato che è caduto in disgrazia tendono a soppiantarli. Si fanno sempre più invadenti e il loro trionfo tende a diventare totale. Viene il momento in cui,

trapiantate su di un terreno nuovo e più favorevole, produrranno nuove ramificazioni e assorbiranno lo stesso diritto e col loro trionfo soffocheranno il diritto naturale autentico. Può sembrare inverosimile che filosofie in origine indifferenti al diritto, filosofie morali, come lo stoicismo, o più tardi filosofie della scienza e sistemi critici della conoscenza, si siano potute mutare nel tempo in filosofie giuridiche. Risponderò che l'esperienza dimostra che è andata proprio così: ogni filosofia ha in sé la tendenza a divenire sistema, concezione unitaria del mondo. Succede sempre così nel lungo periodo, almeno a partire dal momento in cui queste filosofie ottengono successo e persuadono un gruppo culturale ad inglobare tutto (ivi compreso il diritto) sotto il punto di vista che esse hanno scelto di ritenere predominante. Dallo stoicismo, dall'epicureismo e dallo scetticismo dell'antichità, il movimento umanistico ha dedotto i principi di un sistema giuridico. Questa, almeno, è l'ipotesi che mi propongo di verificare.

Ciò non significa che gli effetti di una simile pratica siano molto felici. Per ciò che concerne la filosofia del diritto, preferisco una filosofia nata dall'esperienza giuridica (come era quella di Aristotele) ad una filosofia dotta, da moralista o da logico, applicata artificialmente all'esperienza giuridica. Ma simili applicazioni esistono ed hanno avuto nella storia del nostro pensiero giuridico una rilevanza, ahimè, considerevole.

## Capitolo secondo STOICISMO E DIRITTO NATURALE

### I - Introduzione

Nella sua «prima fase» Montaigne si abbandonò allo stoicismo. Non c'è stata filosofia che sia andata più di moda nell'umanesimo. L'anno passato abbiamo visto come Calvino abbia iniziato la sua opera letteraria commentando Seneca e come gli scolastici spagnoli abbiano moltiplicato le citazioni da Cicerone, Seneca, Epitteto.

Troviamo dappertutto le tracce dell'influenza stoica, anche nei giuristi: in Bodin, quando definisce il diritto; in Grozio quasi ad ogni pagina; nel grande erudito Giusto Lipsio, che fu contemporaneo di Montaigne e che pretese di essere il restauratore di questa filosofia. Qualunque trattato di storia della filosofia vi dirà quale sia stata la diffusione di questo movimento e che quasi tutti i filosofi moralisti dell'età moderna ne rimasero influenzati; insomma lo stoicismo è una delle basi della filosofia moderna. E non mi meraviglio che il mio collega dell'Università di Roma, Riccardo Orestano, abbia appena dato come argomento di tesi in storia del diritto «il neostocismo cristiano del XVI secolo». Vedremo quanta influenza la rinascenza dello stoicismo nel XVI secolo ha avuto sul diritto. È da questo punto che bisogna prendere le mosse.

Lo faremo ritornando alle stesse fonti su cui lavorarono gli umanisti del XVI secolo, fonti principalmente latine. Se si trattasse di ricostruire la storia intera dello stoicismo, incontreremmo maggiori difficoltà.

In primo luogo, questa scuola si articola in uno spazio di almeno sei secoli. Si distinguono cronologicamente tre tappe dello stoicismo: lo stoicismo *antico*, quello dei fondatori, di Zenone di Cizio (332-262) e dei suoi successori Cleante e Crisippo; poi lo stoicismo *medio*, che senza dubbio non è riuscito a conservare la dottrina nella sua purezza e vi ha introdotto tematiche desunte da altre fonti: gli esponenti più famosi della scuola sono Panezio di Rodi, che compì un'ambasciata a Roma nel 146 e fu autore di un grande trattato di etica, e Posidonio, che forse fu maestro di Cicerone. I trattati di morale di Cicerone appartengono a questa scuola; il *De officiis* è una rielaborazione del trattato di Panezio. E in questo momento che nella società romana cominciano a moltiplicarsi le adesioni allo stoicismo. Viene poi lo stoicismo *nuovo*, di Seneca, Epitteto, Marco Aurelio, la cui tendenza è quella di rifarsi alle fonti prime della dottrina o almeno al rigore morale dei suoi fondatori.

Delle opere degli stoici, molte sono andate perdute, soprattutto quelle dell'epoca antica: ricostruire lo stoicismo antico, con l'aiuto dei frammenti che si trovano, sparsi, in autori molto diversi tra loro, come Plutarco e Diogene Laerzio, è un'impresa molto difficile e ipotetica. Le opere dello stoicismo recente, di Seneca, Epitteto, Marco Aurelio, hanno il difetto di darci di questa filosofia un'immagine incompleta; sono quasi tutte di argomento strettamente morale e, per ciò che riguarda il nostro tema, decisamente troppo «letterarie». La fonte più utile per noi sarà quindi la stessa che ha occupato il posto principale negli studi degli umanisti, e cioè Cicerone.

Cicerone non è solo uno stoico. È un *eclettico*. Egli è aperto a tutte le influenze della letteratura greca. Grazie al suo maestro Antioco di Rodi, subisce l'influenza dell'Accademia; studia con curiosità l'epicureismo; pubblica il poema di Lucrezio e non manca mai nei suoi dialoghi di farne esporre la dottrina da parte di qualche aderente alla filosofia epicurea. Legge volentieri Aristotele e conosce tutti i luoghi comuni del pensiero greco, che gli trasmette la *retorica*, una delle discipline che egli coltiva con predilezione. Sa bene che la filosofia della politica e del diritto vanno ricercate di preferenza nelle opere di Platone e di Aristotele. Anche lo stoicismo, che in lui ha un'importanza così grande e di cui egli si fa seguace soprattutto nelle opere di morale, non è uno stoicismo puro: è lo stoicismo medio di Posidonio, che egli ha probabilmente potuto ascoltare a Rodi, e di Panezio, le cui opere egli ha saccheggiate. Dopo aver mescolato lo stoicismo con dottrine eterogenee, il che non ne facilita l'analisi, Cicerone lo snatura ulteriormente aggiungendovi del suo; proprio lui che è personalmente un retore, e sempre avido di influenzare l'opinione delle folle, l'uomo il più lontano che si possa immaginare dai secchi

ragionamenti dei fondatori dello stoicismo e il più nemico dei loro paradossi; proprio lui, che ha il gusto della vita attiva e della vita pubblica, che ama la politica e i grandi affari giudiziari; lui che è tutto l'opposto di uno Zenone.

Ma proprio per questo le opere stoiche di Cicerone, più che quelle di qualsiasi altro autore, sono la migliore fonte per la storia che andiamo tracciando, per la storia dei rapporti tra filosofia stoica e diritto. Cicerone, che per temperamento ed inclinazione è attratto dal diritto e dalla politica, già comincia a porre in rapporto lo stoicismo e il diritto. Non si può dire che nella sua opera già si dia una vera filosofia del diritto o almeno nella sua opera di carattere stoico. Cicerone dipende troppo dai suoi modelli greci, è troppo carente di forza creatrice, per realizzare da solo questa metamorfosi; il *De officiis*, il *De finibus* (ed oserei dire anche i primi libri del *De legibus*) sono opere di morale e sarebbe deformante cercarvi una teoria topica del diritto e delle sue fonti. Ma proprio perché egli ha una competenza nei due diversi ambiti, come filosofo nella morale e come avvocato nel diritto, ed ama scegliere le proprie esemplificazioni per i suoi trattati di morale traendole dalla sua esperienza giudiziaria, possiamo già indovinare nella sua opera quali collegamenti lo stoicismo può instaurare col diritto e quali frutti possano prodursi una volta che questo collegamento sia stato istituito.

Potremmo trarre dalla lettura dei suoi grandi trattati di morale (ai quali bisogna anche aggiungere una parte della *Repubblica* e soprattutto del *De legibus*) alcune indicazioni per il nostro tema; e la prima, assolutamente negativa, è questa: c'è una radicale opposizione tra il pensiero stoico e la dottrina classica del diritto.

Il punto su cui vogliamo qui insistere ha quindi il carattere di un paradosso: non c'è posto nello stoicismo per la nozione di diritto naturale. Si insegna molto spesso il contrario e cioè che i giuristi romani sarebbero debitori del poco giusnaturalismo da loro professato ai loro maestri di scuola stoica e che da questa fonte sarebbe derivata la nozione di diritto naturale. In un convegno di filosofia della politica, ho ascoltato una relazione del Preside Davy; egli sviluppava una teoria del diritto naturale, nella quale non riconoscevo nulla di tutto quello che questo termine evoca al mio pensiero, ma che sicuramente corrisponde all'opinione comune di oggi; egli ne trovava l'origine nel *De finibus* di Cicerone e su questo punto tutto l'uditorio dimostrava di assentire pienamente, come se ce ne potesse essere il dubbio. E del resto, voi stessi non avete forse imparato che uno dei principali manifesti del pensiero giusnaturalista si trova in Cicerone, nel suo *De Republica* (III.22): «Esiste una legge veritiera, che è la retta ragione, che è in accordo con la natura, è presente in tutti, è immutabile e imperitura ...». Ho sentito fare questa citazione (e quella del passo, altrettanto famoso, dell'*Antigone* di Sofocle) innumerevoli volte, quando si tratta di diritto naturale.

Il fatto è che le espressioni *dikaion kata physin, jus naturae, naturale*, - e più spesso *lex naturalis* - appaiono certamente nelle opere stoiche che possediamo; forse erano già presenti nei fondatori del movimento stoico, e in ogni caso le ritroviamo in Cicerone. E dato che gli stessi termini si ritrovano in Aristotele e nella dottrina stoica, si tende di solito a credere che si tratti della medesima nozione. E da questa confusione non si esce. Uno dei primi compiti della storia della filosofia del diritto dovrebbe esser quello di denunciare confusioni di questo tipo. È un grande errore storiografico, anche se molto diffuso e facilmente spiegabile, quello di affermare che la dottrina del diritto naturale sarebbe nata con lo stoicismo. Noi sappiamo bene che essa nasce invece con Aristotele e che è già contenuta tutta, in modo esplicito, nella sua *Etica*. Quanto allo stoicismo, non solo non è il vero padre del diritto naturale, ma ne è addirittura la negazione. Due nozioni almeno sono indispensabili per costruire una dottrina giusnaturalistica, in primo luogo quella di *diritto*, in secondo luogo quella di *natura*, di una natura che possa essere la fonte del diritto. Ebbene, lo stoicismo ha ignorato sia l'una che l'altra nozione.

## II - La giustizia stoica e il diritto

Nell'*Etica Nicomachea* abbiamo trovato un'analisi molto precisa del concetto di diritto, derivato dalla nozione di giustizia (*dikaiosyne*). Aristotele era giunto a focalizzare questo concetto, distinguendo dalla giustizia, nel senso ampio del termine, una giustizia specifica, o «particolare», e cioè l'attività che ha per fine quello di stabilire corrette proporzioni tra i beni e gli altri vantaggi che devono essere ripartiti tra i membri di una comunità politica e di garantire questa ripartizione. L'«oggetto» di questa attività, la giusta divisione o la giusta parte che ciascuno deve ricevere costituisce il «diritto» (lo *dikaion*), Come vanno invece le cose nello stoicismo?

Non mancano nelle opere degli stoici passaggi che trattano della giustizia (ed anche di una giustizia «naturale», cioè «conforme a natura»), dato che gli stoici hanno una predilezione per i temi morali. Leggiamo quindi i loro trattati di etica e vediamo se il diritto vi è menzionato così come lo è nell'*Etica* aristotelica. È ovvio che ci imatteremo nel termine *giustizia* (*dikaiosyne, iustitia*). Ma la sola cosa che ci importa è il senso delle parole, che noi sappiamo variabile nei diversi sistemi filosofici. Ora, la tendenza della scuola stoica è stata quella di trascurare la nozione di «giustizia particolare», studiata da Aristotele, per fare ritorno ad una nozione di giustizia molto più vaga, che non coincide più con il fine proprio del diritto. E sembra che più si risale verso lo stoicismo antico, lo stoicismo dei fondatori, più diventa sensibile questa lacuna e più si fa completo e intenzionale il misconoscimento del diritto. Possiamo comprenderne bene le ragioni.

In primo luogo, va considerato che l'elemento proprio di questa filosofia, come abbiamo già detto, è stato quello di rivolgere l'attenzione verso la morale della vita *privata*. Nel nuovo ordine politico ellenistico che si è instaurato dopo le grandi conquiste di Alessandro, dopo che le libertà civili dell'antica Grecia sono scomparse, non è più compito della filosofia ingerirsi nelle cose pubbliche. Zenone, Cleante e Crisippo se ne disinteressano; arrivano fino a confutare lo stesso concetto di città come comunità politica, con le sue false distinzioni tra ricchi e poveri, tra cittadini, meteci e nemici, contrapponendole l'universo indistinto della loro *cosmòpolis*; essi non si occupano altro che della vita, privatissima, del *sapiente*, del sapiente che vive per lui stesso o per l'universo e che si degnava appena di gettare lo sguardo sulle apparenze illusorie e convenzionali delle istituzioni pubbliche. È un atteggiamento, questo, che implica il disprezzo e la noncuranza per il diritto: la giustizia particolare come la concepiva Aristotele era invece attività propria dei giudici e dei legislatori, era una funzione *pubblica*.

Si sa anche che gli stoici erano *deterministi*. I fondatori della dottrina stoica ritenevano che fosse una grande illusione l'opinione che l'uomo sia in grado di cambiare qualcosa nel corso delle cose del mondo; tutto ciò che avviene è *determinato*, è retto dal *logos* sovrano, che comanda la storia. La morale stoica pura non è una morale attivistica; essa insegna al sapiente ad accettare gli eventi così come essi si presentano, a piegarsi ad essi di buon animo; è una morale delle intenzioni e non della prassi. Come dice una celebre massima di Epitteto: «Non devi desiderare che gli eventi si producano così come tu vorresti, ma devi volerli così come essi ti si presentano, e sarai felice». In una simile prospettiva, perché affannarsi a realizzare una migliore distribuzione dei beni e a garantirla? Perché mai una simile filosofia dovrebbe occuparsi del diritto?

E quale interesse mai, del resto, potrebbe avere per lo stoico l'esperienza giuridica? Uno degli insegnamenti dell'autentica morale stoica è che i beni esterni non hanno alcuna importanza reale per l'uomo. Solo la virtù è un bene da desiderare, solo essa rende felici; il saggio stoico è felice anche quando è crocifisso, torturato, come se fosse «su di un letto di delizie»; per lui è «indifferente» essere schiavo oppure re. Ricchezza, povertà, schiavitù, cittadinanza, onori, tutto ciò non conta nulla per lo stoicismo, che si pone su di un altro livello rispetto a quello del diritto. Questa dottrina è ripetuta anche da Epitteto e da Seneca; Cicerone stesso la fa sua, anche se il suo buon senso di romano gli impedisce di aderire fino in fondo a tutti questi paradossi, che del resto erano stati elaborati proprio dai fondatori del movimento stoico. Quando dunque lo stoicismo parla di «giustizia», di «uomo giusto» o di «diritto», si tratta di una giustizia che non ha nulla di giuridico.

Possiamo dunque concludere, dicendo che lo stoicismo *ignora* congenitamente il diritto. È vero però che l'etica stoica ha perso la sua

purezza già nello stoicismo medio. Entrati in contatto col mondo romano, meno raffinato e più dinamico di quello ellenistico, Panezio e Posidonio (e senza dubbio ancora più di loro lo stesso Cicerone) temperano gli eccessi dello stoicismo; abbandonano un rigido determinismo e accettano di farsi promotori di una morale attiva, che non è più indifferente alla prassi e che riabilita la devozione alla città, la partecipazione del sapiente alle funzioni pubbliche. Le condizioni della vita romana differiscono da quelle del mondo orientale e lo spirito romano non è maturo per una morale passiva e solipsistica. E non ci si può aspettare da Cicerone che professi con sincerità l'indifferenza ai beni terreni ed estrinseci: egli ammette che non sono propriamente «beni», ma ciò non toglie che ci siano buoni motivi per appetirli. In questa situazione, la morale stoica subisce la contaminazione con l'etica di altri movimenti filosofici e in particolare con quella aristotelica, che era certamente molto più concreta. Tra il vizio e la virtù unica e perfetta del sapiente (che consiste nell'accettare passivamente tutto ciò che gli viene imposto dal destino), lo stoicismo medio ha costruito una morale «intermedia», una morale basata su comportamenti «preferibili», sui «doveri» (*de officiis*): una serie di prescrizioni sulle condotte da tenere in questa o in quella situazione, sui «doveri di stato», una serie di virtù particolari e differenti secondo il settore in cui si esercitano (virtù nelle quali riconosciamo, ma deformate e adattate alla mentalità stoica, quelle descritte da Aristotele). In questa mescolanza di aristotelismo e di stoicismo, che sono lo stoicismo medio e l'etica ciceroniana, è possibile veder riapparire la giustizia, nel senso specifico del termine, e il diritto? Forse sì, almeno se si devia un po' dalle posizioni stoiche più rigorose. Gli scritti degli stoici della fase intermedia della dottrina accettano, modificandole più o meno, alcune posizioni aristoteliche. Il Senn, molti anni fa, ha raccolto tutta una serie di definizioni della giustizia, che furono insegnate dallo stoicismo medio, ma che in realtà provengono dall'insegnamento di Aristotele. E l'eclettico per eccellenza è ancora una volta Cicerone: Cicerone, che è troppo occupato, troppo indaffarato per avere il tempo di elaborare un sistema di pensiero coerente, non si accontenta del solo stoicismo; unisce a questa filosofia, alla rinfusa, altri insegnamenti, dedotti da altre fonti. Cicerone non ignora del tutto la nozione di giustizia particolare ed arriva anzi ad esporne la definizione, in diverse sue opere e in particolare in quelle di retorica. Ad esempio, nel *De inventione* troviamo la formula (vicina del resto a quella di Ulpiano nel *Digesto*), per cui la giustizia è quella virtù che dà a ciascuno ciò che si merita, tenendo conto dei bisogni comuni: «*Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem*». Il *De oratore* indicherà come scopo del diritto la conservazione di ciò che è stato possibile, grazie alla legge o alle consuetudini, realizzare di egualitario nei rapporti tra i cittadini: «*Sit ergo in jure civili finis hoc: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*». Il fine di

mantenere una certa proporzione o una certa eguaglianza nella divisione dei beni e degli onori tra i cittadini compare molto spesso nelle opere di Cicerone.

Peraltro, anche nei testi che abbiamo appena citato, il pensiero di Aristotele ha comunque subito alcune significative alterazioni. Ritourneremo più avanti sulle differenze che separano le formule ciceroniane da quelle dell'*Etica Nicomachea*. Ad esempio, nel testo del *De oratore* non si tratta più di perseguire questo fine in se stesso (quasi che l'esistenza di un'armoniosa ripartizione dei beni tra i cittadini sia un bene in sé), ma solo di ubbidire su questo punto alla legge o alla consuetudine. A maggior ragione la dottrina di Aristotele verrà dimenticata nelle opere di morale, nelle quali Cicerone segue i propri modelli stoici ancora più servilmente.

In questi scritti, l'oggetto della giustizia si fa evanescente. Nel trattato *De officiis*, leggiamo chiaramente che *tra* i compiti della giustizia c'è «l'attribuzione a ciascuno di ciò che è suo». Ma si tratta di un compito tra altri, molto più vaghi e generici, e di natura ben diversa. Leggiamo altri brani. «Il primo compito della giustizia è che nessuno rechi danno a nessuno, se non provocato a torto; il secondo è che ciascuno adoperi le cose comuni come comuni, le private come private ... quella parte che a ciascuno è stata attribuita, ciascuno la tenga per sua; se qualcuno vi stenderà la mano per impadronirsene, violerà la legge della convivenza umana». «Ma poiché, come vogliono gli stoici, tutto ciò che la terra produce è a vantaggio degli uomini e gli uomini furono generati per il bene degli uomini, affinché possano giovare l'un l'altro a vicenda; per queste ragioni, dunque, noi dobbiamo seguire come guida la natura, mettendo in comune le cose di utilità comune, e stringendo sempre più i vincoli della società umana con lo scambio dei servizi, cioè col dare e col ricevere, con le arti, con l'opera, con gli averi». «Fondamento poi della giustizia è la fede, cioè la scrupolosa e sincera osservanza delle promesse e dei patti».

Quanto è lontano da Aristotele un testo come questo! La virtù che è descritta da Cicerone non è più quella funzione *pubblica*, propria dei *giuristi*, che consiste nel distribuire e nell'attribuire, nel realizzare una equa ripartizione dei beni tra le parti nel processo e più in generale tra i cittadini. La giustizia è divenuta un compito proprio di qualsiasi uomo. A ciascuno è demandato il compito di rispettare la «parte» che è stata data in proprietà ad altri, di *rendere* all'altro ciò che gli spetta o che gli è stato promesso (e non più quello di compiere una «attribuzione»): e in via molto più generale, di «non nuocere ad alcuno», di stringere i legami della società umana. Da una filosofia specifica dell'arte del diritto, da una funzione pubblica, dalla virtù propria del giurista, siamo decisamente ripiombati sul piano della morale privata. Ecco gli esiti dello stoicismo.

Scopo della giustizia non è più quello di creare un ordine armonioso all'interno della città, di realizzare una ripartizione ben proporzionata dei beni, non è più, in una parola, il diritto, *to dikaion*. È indubbio che

Cicerone consente a prendere in considerazione quel risultato delle azioni umane che si concretizza nel rafforzamento dei vincoli sociali: un obiettivo, questo, peraltro, vasto e mal circoscritto. Ma non si identifica neppure nominalmente con la giusta distribuzione dei beni, col *suum cuique tribuere*: il meno che si possa dire è che questo fine passa in secondo piano. E se leggiamo attentamente quei testi del *De officiis*, vediamo che l'accento è posto non più su di un'opera esterna che deve essere realizzata, ma piuttosto sul valore morale degli individui, sulla correttezza della loro condotta: che essi siano altruisti e «sociali»; che non facciano del male alloro prossimo; che siano rispettosi dell'ordine costituito, servizievoli, generosi; il vero contenuto della giustizia sembra essere la virtù soggettiva dell'individuo morale; *habitus animi*, come dice il *De inventione*. Di realizzare un diritto giusto, non si fa più parola in questo trattato sulla giustizia. Questa è l'eredità di Zenone, di Cleante e di Crisippo; come diceva bene Maritain, la morale dello stoicismo è una morale dei *valori* e non più, come quella aristotelica, una morale del bene effettuale.

Ciò dunque che è venuto meno è l'ideale del diritto come fine specifico e principio di un'arte autonoma. Forse, in altre circostanze, Cicerone intuisce la possibilità di dare del diritto un'altra definizione, diversa da quella cui lo induce lo stoicismo. Ma quando si tratta di definire il diritto facendo riferimento ad un fine che del diritto è proprio, Cicerone, da stoico, si mette in un vicolo cieco. Lo stoicismo lo porta a confondere il diritto con la morale, o almeno con l'etica sociale. Anche quando fa sue formule di origine aristotelica, egli non è capace di conservar loro il dovuto significato; egli ha perduto il concetto specifico dell'oggetto proprio del diritto. Il diritto, insomma, non entra proprio nelle prospettive della morale stoica.

### III - La «natura» secondo gli stoici

Si può fondatamente ritenere (dato che in filosofia *tout se tient*) che se lo stoicismo non può far sua la nozione classica di diritto, è perché le vie del diritto naturale sono rese impraticabili dalla sua *fisica*, cioè dalla sua concezione della natura. Non vedo come lo stoicismo possa accogliere l'idea di un diritto, che i giuristi possano determinare a partire dall'osservazione della natura.

Sembra che stiamo per imbatterci nuovamente in un paradosso. Tutti sanno che il primo precetto della morale stoica è quello di vivere «secondo natura», «conformemente a natura». Questo precetto non è solo il frutto di una sintesi dello stoicismo con dottrine aristoteliche, prodottasi al tempo di Cicerone. Questo precetto vale anche per la giustizia: c'è un giusto per natura, *dikaion physikòn-*, uno *jus naturale*. Che cosa si deve intendere a questo proposito per natura?

Quella che dobbiamo affrontare qui non è una questione semplice: sul

vocabolo «natura» si addensano altrettante ambiguità che su quelli di «giustizia» e di «diritto». Ecco qui un altro di quei punti in cui noi, filosofi del diritto, siamo obbligati a porre a confronto le diverse metafisiche, e per cominciare le *fisiche* dell'antichità. La «natura» degli stoici non è affatto quella di Aristotele e non può essere posta in rapporto col diritto come quella aristotelica.

Ritorniamo ancora una volta ad Aristotele: egli aveva della *natura* una visione così ricca, da non ritenere assolutamente illogico dedurne il diritto. La natura, per Aristotele, non è solo il germe (presente in noi dal momento della nostra nascita), a partire dal quale si sviluppano le cose e gli esseri viventi, cioè la loro causa efficiente; ma è anche nel tempo stesso il fine che gli esseri tendono naturalmente a realizzare, il *fine* nei confronti del quale essi sono «in potenza», la loro *causa finale*. La natura della pianta è l'albero giunto al pieno della sua crescita, il fiore perfettamente sbocciato; la natura dell'uomo è l'uomo adulto che ha pienamente sviluppato tutte le sue virtualità, e quindi non il feto o il bimbo che vagisce in culla. La nozione di natura comprende quindi in sé quella di un ordine perfetto, in cui bisogna comprendere (dato che gli uomini sono «per natura animali politici»), che tendono cioè a costruire città) l'ordine delle società umane. Non esistono in questa natura aristotelica individui separati, ma solo insieme ordinati. Il loro ordine è più o meno realizzato nei gruppi sociali esistenti e quindi questi gruppi possono costituire modelli di diritto naturale; noi possiamo leggere nella natura le proporzioni armoniose che devono essere realizzate nella divisione dei beni tra gli uomini all'interno della città; la natura include dunque in sé il diritto.

Ora, non può proprio andare così nella fisica degli stoici. Sappiamo tutti benissimo che essi facevano professione di materialismo; all'interno della natura essi non concepivano che esseri individuali materiali e non quelle entità spirituali, quelle sostanze seconde o anche quelle cause finali, che Aristotele poneva da parte sua nel seno stesso della natura. Così la dottrina stoica della conoscenza era rigorosamente sensistica (tutte, le nozioni che possediamo giungono ai nostri sensi per effetto di movimenti materiali) e nominalistica (dato che i sensi non ci fanno conoscere altro che oggetti individuali). È chiaramente impossibile che da una natura concepita in termini strettamente materialistici si possano dedurre norme giuridiche.

È pur vero però che questo materialismo non era puramente meccanicista, come il «materialismo volgare» (senza dubbio esso fu una delle fonti di Marx, che nella sua tesi su Epicuro studiò a lungo Cicerone), non fa cioè di tutta la materia qualcosa di inerte. Tra le cose materiali di cui è costituito il mondo, lo stoicismo dà spazio ad un elemento dinamico e non privo di valore, che è l'álito, lo spirito (*pnéuma*), il fuoco, altrimenti chiamato *ragione* (*lògos*). Questa forza è onnipresente (lo spirito è presente in ogni luogo), dominatrice, «egemonica»; essa comanda a tutto l'universo come il *kyrios* governa l'impero; rende compatti i corpi unendo i loro diversi

componenti, «mantiene e contiene tutte le cose abbracciandole». Il termine di «natura» nel senso proprio designerà preferibilmente questo elemento privilegiato che produce ed organizza il mondo. Per «natura», dice Diogene Laerzio, gli stoici «intendevano sia la *forza* che contiene il mondo, sia quella che fa muovere gli esseri viventi... La natura è una forza stabile, che si muove da sola, e si riproduce, grazie alle proprie ragioni seminali, e contiene ciò che nasce da lei». La natura è un «fuoco artista», che genera i corpi, li fa crescere, li unisce. In tutti gli esseri, e in particolare negli esseri viventi, c'è una qualche particella di *logos*, di fuoco creatore, che costituisce il loro principio vitale (ragione seminale, *lògos spermatikòs*). Allo stato puro di *lògos* si trova negli dei ed anche nelle anime umane, dato che la ragione costituisce la «natura» specifica dell'uomo.

Di conseguenza la natura, sia nell'universo come nell'uomo, è solo questa causa efficiente, che determina il corso delle cose e le attività umane; e che non ha nulla a che vedere con la dimensione della *finalità*, come l'ordine intrinseco della società politica, verso la quale noi tutti dovremmo tendere. Bisogna rinunciare a cercare il diritto *nella* natura stoica.

Ed allora che cosa possono significare, una volta trapiantati nello stoicismo, termini come «giusto naturale» e morale «secondo natura»? Significano in primo luogo questo, che le nostre istituzioni umane, le nostre regole morali e giuridiche, provengono dalla natura, dal *lògos*: *natura initium juris*. O, per usare una metafora divenuta corrente, la natura è la fonte del diritto: *fons juris*. È Cicerone che ha creato questa metafora, a meno che non l'abbia ripresa dai suoi maestri greci di stoicismo. Noi dobbiamo prendere questa metafora, così come ci viene presentata da Cicerone, alla lettera: il diritto sgorga dal *lògos*, da cui procede l'ordine di tutte le cose; bisogna quindi risalire fino al *lògos* per scoprire il suo cominciamento. In questo senso si può parlare di *jus naturae*, come dice volentieri Cicerone. *Ex natura ortum est jus*. Nella natura troveremo una *spiegazione teorica della genesi del diritto*; spiegazione che può avere un interesse speculativo, che può essere degna di attirare l'attenzione dei filosofi, ma che apparentemente è priva di interesse pratico: il diritto naturale stoico diverrà il tema «introduttivo» e generale allo studio della scienza del diritto. Non avrà però più alcun ruolo ulteriore nel seguito dei trattati giuridici.

Senza dubbio per la morale stoica la natura è regola di condotta; la morale stoica insegna a *seguire* il dato naturale, perché è il prodotto del *lògos*. Dobbiamo inchinarci al destino, alle istituzioni esistenti, ubbidire alle «inclinazioni» che la natura ha posto in noi. Dobbiamo accettare il reale, che è in se stesso razionale (anche Hegel ha subito l'influenza dello stoicismo). C'è nello stoicismo una sorta di adorazione del *fatto*, che sembra essere vicina più al positivismo moderno che alle dottrine giusnaturalistiche ... Possiamo dire la stessa cosa in altre parole: dato che il *lògos* è diffuso in tutte le anime umane, noi siamo invitati a seguire i

comandamenti della ragione. Lo stoicismo si presenta come una religione del *logos*; lo ha deificato e gli rende un culto; l'assimila a Zeus. È la Ragione che è la nostra legge. Tutto ciò si adatta molto bene ad una filosofia morale, che ci prescriverà di ubbidire alla voce della nostra *coscienza*; forse non è possibile trovare un principio migliore per fondare la morale. Per i giuristi questo principio offre invece un pretesto per una retorica vuota; quando un avvocato non ha argomenti forti e precisi, tenderà ad invocare questo preteso diritto naturale della Ragione ...

Ciò che non potremo mai trovare nel diritto naturale stoico, è un *metodo* di ricerca per la soluzione dei problemi giuridici (e cioè per stabilire la giusta proporzione dei rispettivi beni dei cittadini) che sia fondato *nella* natura esteriore, nell'osservazione delle comunità politiche. Infatti l'ordine delle città *verso* il quale tendono le attività degli uomini non rientra nel concetto stoico di natura. Tanto peggio per l'opinione comune, ma io non riesco a trovare nello stoicismo nulla della autentica dottrina classica del diritto naturale.

#### **IV - Verso una nuova definizione del diritto naturale**

Riprendiamo il celebre testo ciceroniano del *De republica*, che viene sempre citato come se contenesse la formula del diritto naturale. Dato che gli si dà tanta importanza, bisogna citarlo per intero. Ecco quindi il discorso che Cicerone mette sulla bocca di Lelio, che nel dialogo rappresenta la setta stoica: «Esiste una legge veritiera, che è la retta ragione e che è in accordo coi dettami della natura, presente in tutti, immutabile, imperitura (*est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*); che ci esorta imperiosamente ad adempiere ai nostri doveri e che ci proibisce l'inganno e ce ne tiene lontano; una legge di cui l'uomo retto seguirà sempre i comandamenti e le proibizioni, e che resterà invece lettera morta per i malvagi. È un sacrilegio cercare di modificare questa legge, né è lecito abrogarla o sopprimerla del tutto. Da essa non possiamo essere dispensati, né per ordine del Senato, né per ordine del popolo e non c'è bisogno di cercare al di fuori di noi per trovare chi ce la esponga o ce la interpreti. E questa legge non è diversa a Roma piuttosto che ad Atene, oggi piuttosto che domani; ma è una sola e medesima legge immutabile, eterna e che si rivolge in tutti i tempi a tutte le nazioni. Un Dio unico, padrone e signore di tutte le cose, è stato di questa legge l'unico inventore, l'unico promulgatore, l'unico giudice. Chi non ubbidisce a questa legge, fugge se stesso e dato che avrà misconosciuto la natura umana, proprio perciò subirà il più grave dei castighi, anche se riuscirà a sfuggire ad ogni altro supplizio ...».

Abbiamo detto che ci sembra molto strano che la maggior parte degli studiosi di oggi abbia l'abitudine di riportare questa bella tirata di matrice stoica al diritto naturale. Osservate che non ci si legge nemmeno una volta

il termine *diritto*; e quello di *legge* è ben lungi dall'esserne un sinonimo. La legge di cui parla Cicerone è del resto chiaramente una legge *morale*, quella «che ci comanda di compiere il nostro *dovere* e ci proibisce l'inganno», «di cui l'uomo buono, morale (*honestus*), segue i comandamenti e le proibizioni»; è evidente che non si tratta in questo testo del compito del giudice, che è quello di stabilire le parti rispettive dei giocatori, sia per il possesso di un certo campo, che per quello dello schiavo Stichio o per il pagamento di un credito. Siamo qui, nel testo ciceroniano, nel campo della morale, non in quello del diritto in senso stretto.

Si può andare alla ricerca del contenuto di questa legge (nel senso stoico del termine) *nella natura*? Cicerone ci dice solo che essa è in accordo con la natura e che procede da un Dio «unico», il *lògos*, che l'ha promulgata; essa è il comandamento di questo *lògos*, di questa ragione, della *recta ratio*, che «è presente in tutti gli uomini», come loro «coscienza morale» e che il sapiente riconosce come presente in se stesso. Perciò, per conoscerla, non c'è bisogno di ricerche che partano dallo studio del mondo esterno, né di quelle lunghe controversie (*disceptationes*), di cui sono maestri nel campo del diritto i giuristi o che si verificano nei comizi legislativi. Con la dottrina autentica e classica del diritto naturale un testo, come questo di Cicerone, non ha nulla a che vedere. E nemmeno quei brani del *De finibus* (che ricorderemo più avanti), ai quali il, Davy voleva ricondurre il diritto naturale.

Bisogna dire che nemmeno Cicerone pare essersi accorto dell'abisso che separa la sua dottrina della legge naturale dalla dottrina del diritto di Aristotele; uno dei suoi temi oratori era che Aristotele, Platone e gli stoici non differivano in fin dei conti che per l'uso terminologico e non per le tematiche delle loro dottrine (*verbis, non re*): un comodo pretesto, questo, per giustificare lo scarso rigore del suo pensiero. Ma bisogna piuttosto dire il contrario: vengono mantenute le etichette - cosa che succede spesso in filosofia - e in particolare quelle di *diritto* e di *natura*, ma le cose che stanno dietro le etichette sono ben diverse. Lo stoicismo ha conservato il vocabolario di Aristotele, ma era assolutamente incapace di assimilarne la sostanza. L'autentico diritto naturale, veramente giuridico e calibrato sullo studio del mondo esterno, non poteva entrare nel sistema della filosofia stoica. Era inconciliabile sia con la morale, che con la fisica dello stoicismo e, se ne avessimo il tempo, potremmo mostrarne l'inconciliabilità anche con la logica stoica. Stoicismo e diritto naturale, nel senso originario del termine, sono *incompatibili*.

## V - Conclusione

Tutto quanto abbiamo detto non impedirà di certo ai manuali di storia della filosofia di continuare a ripetere che il diritto naturale è una creazione dello stoicismo. E quel testo di Cicerone, nella *Repubblica* (che certamente

appariva ai giuristi romani come privo di alcun rapporto con il diritto), continuerà ad essere citato come la formula per eccellenza della dottrina giusnaturalistica. Una legge morale e razionale: ecco ciò che la maggior parte dei teorici del pensiero giuridico intende oggi per diritto naturale.

Può darsi che lo stesso Cicerone ne sia il primo responsabile. Se è vero, infatti, che egli ripete la dottrina morale dei suoi maestri greci, senza avere un pensiero abbastanza originale per portarvi la benché minima innovazione, è anche vero che egli, romano, ben ferrato di cose politiche, pieno della grande esperienza della vita forense, tende ad applicare quella dottrina al campo del diritto. Cicerone non è solo eclettico; è anche equivoco e confuso. Tutta la sua dottrina è ambigua. Si presta ad essere interpretata come se concernesse il diritto. Con quel brano della *Repubblica*, per uno strano controsenso, egli introduce la teoria stoica della legge morale in un trattato di filosofia politica; nel *De legibus* vedremo che egli insegna la stessa dottrina ai giuristi.

È peraltro vero che si comincia a percepire, nelle opere di Cicerone, il germe di una concezione nuova del diritto naturale, anche se in verità molto confusa ed intricata; o piuttosto (dato che bisognerebbe per correttezza linguistica chiamarla diversamente) di una nuova concezione del diritto, del suo oggetto e delle sue fonti. Diciamo che è possibile percepire solo il germe, quel germe che a mio parere solo l'umanesimo e la cultura dell'Europa moderna arriveranno a far fruttificare; ma noi abbiamo appena cominciato a studiare le fonti del pensiero umanistico, dalle quali bisogna prendere le mosse. Passiamo agli apporti positivi di questa dottrina ciceroniana.

### Capitolo terzo.

#### LO STOICISMO CICERONIANO E LE FONTI DEL DIRITTO

Cominciamo dalle fonti del diritto. Sono persuaso che una delle chiavi del pensiero giuridico moderno - per quanto riguarda le fonti del diritto - vada rintracciata nell'opera di Cicerone; in Cicerone si trova infatti l'origine di una certa concezione moderna del «diritto naturale», diffusa ancor oggi, anzi che è probabilmente quella oggi in assoluto più diffusa di tutte. Mi sembra che questa concezione si basi su di un'irritante confusione tra il diritto e la morale e che in qualche modo usurpi l'etichetta di cui si fregia, dato che di giuridico ha molto poco e non insegna affatto a dedurre il diritto dalla natura. Credo, insomma, che non sia appropriata ai bisogni del diritto. Ma dato che esiste, bisogna che venga messa in chiaro.

Abbiamo già osservato che la filosofia stoica non poteva che portar molto lontano dalle concezioni aristoteliche. È venuto ora il momento di precisare i suoi possibili esiti. Li riassumeremo così: 1) il diritto non vien più fatto derivare dalla natura esterna, ma piuttosto dalla «natura umana», e cioè dalla ragione; per conseguenza la *ragione* si sostituisce alla natura come

fonte principale del diritto; 2) ne risulta che il diritto (o piuttosto il giusto) sarà costituito dall'insieme delle leggi *poste* dallo spirito umano e che quindi l'esito ultimo dello stoicismo, malgrado tutte le apparenze, è nel *positivismo* giuridico.

## I - Il diritto, opera dell'uomo

Ricordiamoci quale era la visione del mondo propria della fisica stoica. Come abbiamo già osservato, essa comporta l'esaltazione dell'*uomo*, in quanto essere *razionale*. La fisica stoica riconosce all'uomo un posto eminente nell'universo, al di sopra del resto della natura.

Aristotele, a questo riguardo, non poneva l'uomo al di sopra degli animali; egli riteneva che i gruppi sociali umani fossero governati dalla natura, come tutte le forme sociali animali; una medesima forza esterna governa a suo avviso la struttura delle città degli uomini e l'ordine delle società animali. Lo stoicismo, al contrario, separa l'uomo dal resto dell'universo.

Nel *De natura deorum* si distinguono quattro tipi di esseri. In primo luogo le cose inanimate, poi le bestie e le piante: sono esseri che seguono l'ordine della natura, un ordine che è loro imposto. Nel suo eclettismo, Cicerone trova accenti aristotelici (ispirati direttamente - almeno così sembra - a Posidonio), per magnificare il meraviglioso ordine naturale che presiede al movimento degli astri, alla bellezza della terra, del mare e dell'atmosfera, alla vita delle piante e degli animali, alla *struttura del corpo umano*. A questo punto Cicerone si mette a suonare la tromba del finalismo: la terra è collocata felicemente al centro del mondo e ogni cosa è armoniosamente posta al servizio dell'uomo. Del tutto differente, però, è il caso degli dei e degli uomini; degli dei, che non sono altro che ragione, «ragione diritta e ferma», ma anche degli uomini. *Plus homini conferat ratio quam natura mutis*. La ragione separa gli uomini dalle cose «mute», che non hanno avuto il privilegio della parola. Il fatto è che l'uomo, dato che partecipa al *lògos*, al fuoco creatore, ha a sua disposizione la medesima forza che dà ordine al mondo; egli non è più *soggetto* alla natura, come le bestie e le cose; egli appartiene alla dimensione *egemonica* del reale. Abbiamo qui una sorta di promozione dell'uomo divinizzato, che comanda al resto del mondo e alle istituzioni da lui create. L'umanesimo seguirà questa dottrina. E che dottrina splendida! Non c'è nulla da dire, lo stoicismo è più seducente dell'aristotelismo, e si presta molto meglio di questo ai giochi di eloquenza. L'unica cosa è che da questa filosofia deriva una teoria dell'origine e delle fonti del diritto, che è difficilmente accettabile.

### 1. *La genesi del diritto a partire dalla «natura umana»*

Prima osservazione: quando nei testi stoici si parla dell'origine del diritto e si fa riferimento alla «natura», non si tratta più della natura «cosmica» (come in Aristotele), della natura delle città e dei gruppi sociali, ma

piuttosto della «natura dell'uomo». La stessa osservazione varrà per il giusnaturalismo moderno: Grozio, Pufendorf partiranno dalla «natura umana»; i teologi cattolici giusnaturalisti si appropriano oggi dello stesso tema; è una dottrina ormai corrente nel pensiero contemporaneo quella che afferma che il diritto naturale andrebbe dedotto dalla

«natura dell'uomo». Mi sono sempre domandato come sia possibile da un'antropologia, da una definizione teorica di quello che sarebbe l'«uomo», considerato individualmente, pretendere di dedurre rapporti giuridici tra uomini che vivono socialmente; è una difficoltà analoga a quella del famoso problema di come dedurre, partendo dalle dimensioni del battello, l'età del capitano. Ma forse in questo caso quello che è in discussione non è l'individuazione della soluzione di problemi giuridici.

In ogni caso abbiamo alcuni testi ciceroniani che trattano proprio questo problema. In questo capitolo, la nostra fonte principale sarà il *De legibus*, in cui Cicerone tenta di applicare la dottrina stoica al diritto. Aprendo il dialogo, egli afferma che bisogna spiegare l'origine e la natura del diritto; e che questo va dedotto dalla natura umana: «Natura enim juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura». Per lo stoicismo, né le città, né i raggruppamenti sociali degli uomini, né il diritto propriamente detto sono originari; è dall'«uomo» che bisogna partire (e partendo dall'uomo si può spiegare la genesi delle società). Come abbiamo già osservato, il «diritto naturale» ciceroniano non è tanto un metodo di individuazione delle soluzioni dei problemi giuridici, quanto una spiegazione teorica della genesi del diritto.

La morale stoica si applica allo studio della natura dell'uomo, vuole cioè riconoscere nell'uomo quelle forze, quei germi di sviluppo (le «ragioni seminali»), quelle particelle di *logos* che la natura ha posto in lui, che sono la sua natura; nel linguaggio ciceroniano, le sue «inclinazioni» naturali. I testi fondamentali di Cicerone sulle fonti del diritto sono quelli del *De officiis*, del *De finibus* e del *De legibus*.

Il *De officiis* ci presenta una lista delle «inclinazioni» che sono proprie della «natura umana». In primo luogo l'uomo ha in comune con gli animali (e in parte anche con le piante) un primo gruppo di inclinazioni: la tendenza a conservare il suo essere e a perpetuare la specie. «Anzitutto, la natura ha dato ad ogni essere vivente l'istinto di conservar se stesso nella vita e nel corpo, schivando tutto ciò che può recargli danno e cercando ansiosamente tutto ciò che serve a sostentar la vita, come il cibo, il ricovero e altre cose dello stesso genere. Comune altresì a tutti gli esseri viventi è il desiderio dell'accoppiamento al fine di procreare e una straordinaria cura della loro prole».

Questo primo gruppo di inclinazioni è di interesse soprattutto per la filosofia morale; dato che dobbiamo seguire la natura e quindi gli istinti che la natura ha posto in noi, è un dovere conservare la nostra vita e difenderla, se è necessario con la forza (*vindicatio*). C'è un dovere di procurarsi i mezzi

per la vita, il nutrimento, l'alloggio, il vestiario. C'è un dovere di perpetuare la specie: il sapiente stoico si sposa ed ha figli. Ecco quindi dedotte dalle tendenze che l'uomo ha in comune con gli animali una serie di regole di condotta. Vedremo più avanti come questa parte dell'antropologia stoica acquisti anche un ruolo nella scienza del diritto: in essa andranno visti i fondamenti del «diritto di legittima difesa», di proprietà e più tardi del «diritto al lavoro»; in chiave molto più generale, è da vedere in questa dottrina una delle fonti dell'idea del diritto soggettivo. Ritroveremo in Grozio e perfino in Locke l'eco di questo testo ciceroniano. Ma secondo Cicerone non è da questa prima specie di tendenze naturali dell'uomo che è nato il diritto nel senso stretto (oggettivo) del termine.

Esso nasce dalle tendenze proprie dell'uomo, quelle che costituiscono la sua natura specifica. L'uomo si distingue dagli animali e dagli altri esseri viventi, perché ha in sé la ragione, che lo induce a vivere insieme con i suoi simili, con i quali è in comunione grazie all'elemento razionale, perché il *lògos* non è che uno in tutti. È da esso che nasce il diritto. Rileggiamo questi testi fondamentali, da cui deriverà poi tutto il resto della dottrina: «La natura, con la forza della ragione, concilia l'uomo all'uomo in comunione di linguaggio e di vita; soprattutto genera in lui un singolare e meraviglioso amore per le proprie creature; spinge la sua volontà a creare e godere di associazioni e consorzi umani, e sollecita il suo ardore a procacciarsi tutto ciò che occorre al sostentamento e all'affinamento della vita, non solo per sé, ma anche per la moglie, per i figli e per tutti gli altri a cui porta affetto e a cui deve protezione».

«Secondo gli stoici, è la natura che fa sì che i figli siano amati dai genitori; questo è il punto di partenza della società universale del genere' umano ... Da ciò segue che in generale gli uomini sono affidati dalla natura gli uni agli altri; per il fatto stesso che è uomo, un uomo non deve essere estraneo all'uomo ... la natura ci predispone a formare gruppi, assemblee, città ... Da questa disposizione degli spiriti vengono i testamenti ... dato che nessuno vorrebbe passare la propria vita in una solitudine totale, se ne deduce facilmente che noi siamo nati per l'unione e per la società ... È la natura che ci induce a porci al suo servizio ... È la natura che ci ha unito e ci fa associare in una comunità politica; se non fosse così, non ci sarebbe spazio alcuno né per la giustizia, né per la moralità ... Gli stoici, se insegnano che ci sono vincoli giuridici tra gli uomini, non credono però che ce ne siano tra l'uomo e gli animali».

«Quando si ricerca intorno alla natura umana, si suole dimostrare - e senza dubbio si dimostra con buone ragioni - che negli eterni corsi e rivoluzioni degli astri si verificò il momento opportuno alla creazione del genere umano, il quale, sparso e seminato sulla terra, ricevette il dono divino dell'anima; e mentre le altre parti, di cui gli uomini risultano composti, sono corruttibili e periture, perché formate da elementi materiali, l'anima fu generata da Dio ... Se è così, quale vincolo di parentela può esservi più

certo e più prossimo? ... Segue da ciò che la natura ci ha fatto giusti perché ci si aiuti l'un l'altro e si viva insieme ... Perciò la natura è la fonte del diritto (*ex natura ortum est jus*) ... I sentimenti nascono dalla nostra naturale inclinazione ad amare gli uomini; e tale impulso è il fondamento del diritto» («natura propensi sumus ad diligendos homines: quod fundamentum juris est»).

Ciò dunque che ha fatto nascere la società e il diritto, ciò che di questo è la fonte, è la particella di *lògos*, presente negli uomini, che li induce a vivere insieme. È dunque l'uomo, e solo l'uomo, colui che costruisce i raggruppamenti sociali. L'uomo non è più un «animale politico» e la città non è più considerata «naturale». L'uomo è «socievole» per natura, cioè grazie alla ragione posta in lui dalla natura, che è quella che *crea* il diritto.

## 2. La ragione umana come fonte del diritto

La natura stoica non è che la causa del diritto, la spiegazione della sua origine. Dato che noi dobbiamo piegarci al determinismo naturale, *accettare* questa forza sovrana, il *lògos* che domina il mondo, accoglierlo ed essere un tutt'uno con lui, si può anche dire che la natura è la *legge* della nostra condotta: anche in questo senso essa va considerata una fonte del diritto. Lo stoicismo implica un metodo pratico di individuazione delle norme. Vediamo di che si tratta.

L'abbiamo appena detto: se la morale, nel suo gradino più basso, si fonda sull'osservazione dei comportamenti esteriori (istinto di legittima difesa, istinto sessuale, ecc.), la scienza del *diritto* non può che ricorrere ad una fonte *soggettiva*, la *ragione*, che è presente nell'anima degli uomini, che è *diffusa in omnes*. Seguire la ragione equivale a seguire la natura, la nostra natura. «La legge è principio e norma suprema inerente alla natura, la quale ordina ciò che si deve fare e proibisce il contrario. Questa norma stessa, quando è profondamente impressa e radicata nella mente dell'uomo, ha valore di legge»: *eadem ratio, cum est in hominis mente conformata et confecta, est lex*.

La legge non nasce quindi dall'opinione degli uomini, dall'arbitrio della loro volontà, né soprattutto dai capricci del popolo. La ragione imprime nell'anima di tutti alcune «nozioni comuni», alcuni principi generali sui quali si dà un accordo pressoché universale: vedremo più avanti come questa dottrina stoica verrà utilizzata dai giuristi (e in particolare dagli internazionalisti). Ma la «ragione» non è presente nella stessa misura nell'anima di tutti; nell'uomo comune essa è in germe, è poco coltivata e ben lungi dal giungere a piena maturazione; solo i «sapianti» la possiedono allo stato puro. Non c'è nulla di più sicuro che fondarsi sul diritto dei sapienti, *sapientium jure*. La legge è la «ragione del sapiente», *ratio mensque sapientis*; è perfetta solo nell'anima del sapiente, *perfecta in mente sapientis*; è una «forza della natura; è la stessa ragione del sapiente; è la medesima regola del giusto e dell'ingiusto». È la ragione del filosofo;

ecco perché il diritto si può dedurre dalla filosofia, *ex intima philosophia*. Dedurre il diritto dalla filosofia è un'idea ben strana, lontanissima dalla concezione aristotelica; il suo successo nell'epoca moderna ha avuto come effetto il discredito della filosofia del diritto presso i giuristi.

A questa teoria stoica, che richiama anche il pensiero platonico, Cicerone ha dato una forma molto personale. Per Cicerone, infatti, anche l'*oratore* è fonte del diritto. L'oratore per lui è l'uomo che dispone in modo eminente della ragione; è l'uomo saggio, educato, colto, filosofo e che sa imporre agli altri il proprio pensiero; è carico di *auctoritas*, di capacità persuasiva, di fascino. E del resto la ragione stoica non è solamente intelligenza, ma anche parola, forza creatrice. «Non ci si deve fermare a sottili dispute teoriche, ma diffondere il più lontano possibile parole che rimangano, parole capaci di governare i popoli e di divenire stabili leggi». Sono i grandi *oratori* che hanno creato il diritto attraverso la storia. «Quale altra forza - afferma Cicerone parlando dell'eloquenza - ha potuto riunire gli uomini dalla loro dispersione, sottrarli alla loro vita selvaggia, condurli al grado attuale di incivilimento, fondare la società, le leggi, i giudizi, il diritto?». «È l'eloquenza che ci unisce per mezzo del diritto, che ha prodotto le leggi, che ci ha sottratto alla vita selvaggia». Risaltano a questo proposito le idee aristocratiche di Cicerone, la sua vanità personale: stimandosi superiore alla comune umanità, egli ha un culto per i grandi uomini; ed essendosi distinto soprattutto nella retorica, è ai retori che egli riconosce il merito di creare il diritto. Secondo Platone, questa era già la tesi di alcuni sofisti.

Non insistiamo sulle sue debolezze. Proclamare a tal punto il valore degli oratori, col pretesto della loro influenza, è una soluzione troppo facile; l'esperienza delle assemblee, dei circoli intellettuali o dei salotti mostra che il prestigio di chi ha il dono dell'eloquenza raramente si accompagna ad una reale capacità di pensiero; Cicerone stesso si illudeva sulle proprie capacità, quando da eccellente avvocato qual era pretendeva di fare il filosofo. E che la «ragione» sia fonte del diritto, è una affermazione che vedremo ripetuta dai giusnaturalisti moderni; io temo però che non si tratti che di una formula enfatica e vuota, che ha più rilevanza nella retorica che nella vera filosofia. Alcuni ritengono che la ragione possa essere la fonte di una *morale*, di una morale molto raffinata, che riconosce come legge suprema la coscienza individuale. Ma i principi della «ragione» sono davvero troppo vaghi, malleabili e comunque personali e diversi da individuo a individuo, perché se ne possa dedurre un *diritto*, e cioè una regola per la regolamentazione degli interessi contrapposti degli uomini, per la soluzione dei processi. L'esperienza ci mostra anche che in fatto di diritto e di politica si giustifica qualsiasi partito preso con un preteso ricorso alla «ragione». In ogni caso la sostituzione della ragione alla natura implica un vero e proprio rovesciamento del metodo della scienza del diritto.

## II - Il trionfo della legge

Applicare al diritto la teoria morale degli stoici implica alcune conseguenze piuttosto gravi per i giuristi. Il confuso insegnamento ciceroniano, a nostro avviso, comporta la perdita del frutto delle forti analisi che Aristotele aveva consacrato alla metodologia giuridica.

Una volta di più, dobbiamo ripetere il punto che ci sembra essenziale: secondo l'analisi di Aristotele, il lavoro del giurista consiste nel ricercare la giusta soluzione ai problemi giuridici partendo dalla natura «cosmica»; il giurista deve certamente appoggiarsi alle leggi scritte (in cui si condensano i risultati ottenuti in precedenza dalla scienza del diritto naturale e che del diritto naturale sono un complemento indispensabile), ma senza farsi schiavo delle leggi; deve ricominciare la sua ricerca per ogni caso concreto, perché la soluzione possa rispondere perfettamente alle circostanze, anche se in questa ricerca procede brancolando, ricorrendo alla controversia, ai procedimenti lenti e tortuosi della dialettica.

In Cicerone il mestiere del giurista diventa molto più semplice. Il giurista non deve cercare, con ripetuti tentativi, di indovinare quale sia il progetto della natura (del resto la natura non ha progetto alcuno); la natura non viene vista finalisticamente, ma solo come causa efficiente. Il giurista non deve interrogare il mondo che lo circonda; gli si chiede solamente di ubbidire ai comandamenti della ragione, cioè alle *leggi* che si pretendono dedotte dalla ragione, e sotto la cui forma prenderebbe sostanza il diritto.

Il diritto si identifica con le *leggi* (la stessa osservazione vale per il pensiero giuridico moderno e tale del resto è anche il portato della mentalità oggi dominante, che sotto questo profilo è diametralmente opposta alla filosofia classica). Più che di *diritto* naturale, come già abbiamo osservato, Cicerone parla di *legge* naturale.

Aristotele ci aveva lasciato una analisi del diritto (*to dikaion*); Cicerone, seguendo come modelli i moralisti stoici (o anche imitando Platone), scrive un trattato, *De legibus*. Il diritto assume in lui la forma di un insieme di regole, di una piramide di leggi razionali.

Sono leggi che provengono tutte dalla Ragione, dal *lògos* al quale partecipa la ragione dei sapienti. Ecco perché nel lungo preambolo al trattato *De legibus* Cicerone si compiace di proclamare che bisogna «partire da Giove», dalla Ragione universale: «la legge non è frutto di umano intelletto, né deliberazione di popolo, ma alcunché di eterno, che regge l'universo intero con la sapienza dei suoi ordini e dei suoi divieti. E la prima e suprema legge è la mente di Dio, che tutto comanda e vieta con una norma razionale». È la ragione di Giove, *ratio recta summi Jovis* 25.

«La forza, la natura, la ragione, la potenza, lo spirito, il *numen* degli dei immortali ... governano la natura intera». Tale è, in una forma popolare e mitologica, questa legge suprema che, secondo Crisippo, è «regina di tutte le cose divine ed umane e che ... ingiunge ciò che bisogna fare e ciò da cui

ci si deve astenere» (un testo, questo, che sarà ripreso nel *Digesto*).

Ma lasciamo stare queste formule enfatiche, che restano vuote quando le applichiamo al diritto. Tutt'al più dovremo ricondurre - quando più avanti parleremo del contenuto del diritto - al culto stoico della Ragione universale la tendenza a sottomettersi ai fatti così come il destino li ha voluti e di conseguenza a rispettare le situazioni così come sono. Ma dato che non abbiamo il privilegio di penetrare negli arcani del cervello del sommo Giove, è meglio sottolineare che la ragione si riscontra anche nell'anima dell'uomo; è di qui che nascono leggi un po' più esplicite. E in primo luogo quelle che sono riconosciute di fatto da *quasi tutti gli uomini* e che costituiscono «nozioni comuni», garantite da un consenso praticamente universale. «Quale nazione infatti non tiene per cara la dolcezza, la benevolenza, la bontà d'animo, la riconoscenza?». Sono queste le fonti, ancora vaghe, dello *jus gentium*.

Ma la ragione si esprime soprattutto nell'insegnamento dei *sapienti*, di Socrate, di Zenone, di Crisippo. Forse nel cervello di Cicerone nasce pure il sospetto (anche se in genere egli è troppo trascinato dal suo ardore oratorio per avere il tempo di riflettere) che le opere di questi moralisti siano di poco aiuto ai giuristi. Essi insegnano la religione, la pietà, la riconoscenza, la sincerità ... «Bisogna riconoscere che non si ricorre a questo diritto naturale nelle controversie giudiziarie, dato che esso non ha rapporto col diritto civile e che è molto lontano dallo spirito della gente comune ...». Tutt'al più potrà essere giovevole per dare un po' di contenuto ad un'arringa.

Ma la cosa che va maggiormente considerata è che emanano anch'esse dalla ragione le parole degli oratori e di quegli uomini dell'élite romana, che son ricchi, colti, influenti, pieni di *auctoritas*, *veri prudentes* (*mens ratioque prudentis*, così Cicerone definisce la legge). Questi sono le vere fonti del diritto, senza che ci sia bisogno di risalire più in alto e che sia necessario verificare i fondamenti di ciò che essi prescrivono. È da questi uomini che nascono (e che all'occorrenza si trasformano nel corso della storia) le leggi scritte, le formule cui aderiscono i popoli su *rogatio* dell'élite, *composita et descripta jura et jussa populorum*, le istituzioni, le consuetudini, i *mos majorum*. Aggiungiamo alle fonti del diritto le «leggi private», cioè gli accordi tra i soggetti, che hanno anch'essi come fonte lo spirito umano: *pacta tabulae stipulationes*. Nelle liste delle fonti di diritto che ci propone nelle sue opere oratorie, Cicerone omette raramente di menzionarle.

Le leggi scritte, o almeno quelle «costituite» con precisione, formano la parte più chiara dell'essenza del diritto. E se a volte Cicerone tende a restituire al termine *jus* un senso specifico, sarà per far riferimento specialmente a quelle regole che hanno un contenuto preciso: il diritto non è più caratterizzato dal suo fine o dal suo ambito (dato che si confonde con l'insieme della morale sociale), ma sarà caratterizzato formalisticamente,

per il livello di perfezione delle regole stesse. I precetti generalissimi della ragione universale, la dottrina dei moralisti, le leggi naturali non costituiscono di per sé il diritto, ma solo il suo germe naturale, *l'initium juris* 31. La natura non è che una fonte ben lontana; il diritto acquista la sua concretezza nelle usanze solidamente affermate, e soprattutto nelle leggi positive ed effettivamente sanzionate: «Postea res et ab natura profectus et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit». «Il proprio della legge sta in ciò che è scritto, oppure, anche se non è scritto, in ciò che è contenuto nel diritto delle genti o nelle consuetudini», o, aggiunge ancora nei *Topici*, in ciò che è stato *istituito*, nelle istituzioni positive, che non sono altro che la ragione che si è affermata, che, per dir così, è stata messa come il nero sul bianco, che è pienamente realizzata, *confirmata et confecta*.

Nel *De legibus* Cicerone si ripromette, dopo aver spiegato la nascita del diritto (*natura*), di trattare in particolare quelle regole espresse e ben definite che costituiscono lo *jus* «composita et descripta, jura et jussa populorum». C'è in Cicerone la tendenza a riservare il termine *jus* solo a quelle regole, che hanno ricevuto una forma precisa e positiva. Allo stesso modo, nel linguaggio moderno, il diritto spesso sarà definito come un insieme di regole positive, fornite di sanzione, in opposizione ai precetti vaghi ed incerti della «morale».

Posta di fronte a queste regole, che promanano dalla saggezza dei grandi uomini, che sono avallate dalla razionalità della loro fonte e dall'«autorità» dei loro autori, la gente comune è tenuta solo all'ubbidienza. «Le consuetudini e le istituzioni sono obbligatorie di per se stesse. Col pretesto che Socrate o Aristippo hanno qualche volta contravvenuto alle consuetudini della città, non si deve cadere nell'errore di pensare che anche noi saremmo legittimati a fare lo stesso ...». La ragione dei sapienti fonda il diritto, che assume la forma della legge positiva; non c'è altro da fare che applicarla.

È una dottrina, questa, che ha chiaramente un valore *morale*, se nella morale individuale, secondo quanto ritenevano gli stoici, la virtù più necessaria di tutte è l'ubbidienza, la sottomissione al destino. Ci si può rendere conto che essa è più che sufficiente per un *avvocato* o per un maestro di retorica, dato che il mestiere dell'avvocato è quello di persuadere ed egli lo fa appoggiandosi alle regole effettivamente accettate dall'opinione comune, salvo a fare appello, quando è il caso, alle ideologie, ai luoghi comuni della ragione e della dignità dell'uomo: non c'è mai nulla di nuovo sotto il sole.

Ma per il giudice, per il legislatore, o per il giurista che dell'uno e dell'altro è un po' la guida, questa morale è piuttosto miope. È vuota. Essa non indica al legislatore alcun criterio operativo, non gli indica come emanare una legge giusta, né alcuna misura atta a limitare il suo arbitrio. È una morale che fa del giudice e del giurista dei semplici esegeti, che induce ad

asservirsi ai testi, alla lettera morta dei testi, dato il carattere incerto e problematico dell'appello ad una ragione sovrana.

Da parte mia, credo che una simile dottrina vada chiamata col suo nome: positivismo giuridico. Possiamo anche spiegarci perché gli sia stata mantenuta l'etichetta di diritto naturale: tutto quello che è effettivamente accaduto ha una sua spiegazione. Ed è anche vero che Cicerone credeva sinceramente di essere dalla parte di Aristotele, oltre che degli stoici, contro i sofisti, che negano l'obiettività della giustizia, ritenendola solo una creazione arbitraria della volontà, contro Carneade e gli scettici che si sono fatti promotori della medesima eresia e contro gli epicurei, che riducono il giusto all'utile e lo spiegano ricorrendo alla categoria dell'interesse. Cicerone si compiace nel proclamare, ripetendo alcuni luoghi comuni della retorica greca, che ciò che viene decretato dalla moltitudine incolta non ha alcun valore, né più né meno come le leggi dei tiranni e che una legge ingiusta non è una legge. Secondo Cicerone, la volontà arbitraria non è in grado, in linea di principio, di creare una legge; come abbiamo già detto, Cicerone non è mai stato un *volontarista*. Egli si illude di aver individuato un criterio per la giustizia della legge, che sta al di sopra del volere arbitrario degli individui e che consiste, come già diceva Aristotele, nella «natura».

Il fatto è, però, che la natura non è più quella fonte sostanziale, quell'ordine che rinveniamo al di fuori di noi nelle società già costituite. La natura non è più altro ormai che la «natura umana»; non è più che la «ragione dei sapienti», cioè quella formula soggettivistica, che purtroppo non è altro che un'espressione verbale del tutto vuota. O almeno è tale agli occhi del giurista, dato che non sapremmo come dedurre dalla «ragione» i rapporti giuridici. Del diritto naturale aristotelico Cicerone mantiene l'etichetta, ma ne ha perduto la sostanza. In pratica, egli è più vicino ai suoi avversari volontaristi, a Gorgia o a Callicle, che ad un vero giusnaturalista: egli abbandona il diritto alla volontà di una determinata élite colta, col pretesto della sua razionalità. *In pratica*, invece, il diritto è posto da chi comanda nella città, dai grandi uomini di potere, dagli oratori; il «diritto naturale» ridotto a niente più che la «ragione», non è altro che un paravento che maschera una realtà cinica, il fatto cioè che il diritto è creato dai ricchi, dagli uomini più influenti, dalla «classe dominante» e che in verità è più arbitrario che non giusto e razionale. Dobbiamo ammirare questo rovesciamento delle parti, degno di un abile avvocato, che è riuscito a trasferire il prestigio del «diritto naturale» alle leggi positive vigenti.

L'uomo crea da solo il diritto. E lo sviluppa e lo modifica nel corso della storia, senza che alcun limite si opponga da parte della natura esterna alla sua potenza creatrice. Gli oratori hanno sottratto i primi gruppi sociali umani alla inciviltà primigenia, all'infelicità dello stato di natura, come diranno i filosofi dell'Europa moderna; altri nuovi progressi, altre invenzioni verranno prodotte dallo spirito umano. Ecco ciò che io chiamo

positivismo giuridico, ecco ciò cui porta lo stoicismo. Verrà il giorno che questa filosofia dominerà la mentalità dei giuristi.

Capitolo quarto.

## LO STOICISMO E IL CONTENUTO DEL DIRITTO. L'INFLUENZA SUL DIRITTO ROMANO

Non abbiamo avuto torto a supporre che le opere di Cicerone siano state una delle chiavi del pensiero moderno; in quanto giuristi, che vanno alla ricerca delle origini del sistema del pensiero giuridico moderno, non dobbiamo rimproverarci questo ritorno indietro e questa indagine sulle fonti della legge morale stoica. Quindi andiamo avanti. Bisogna ora prendere in esame il contenuto di queste leggi morali, che nell'opera di Cicerone tendono a sostituirsi al diritto.

Dato che in linea di principio esse nascono dalla «filosofia», e cioè dalla dottrina morale dei sapienti stoici, la loro sostanza non sarà la stessa di quella del diritto elaborato dall'esperienza dei giuristi. Ci saranno soluzioni giuridiche concrete elaborate a partire dallo stoicismo ben diverse da quelle cui si può giungere a partire dall'aristotelismo. Anche su questo punto possiamo constatare che l'opera di Cicerone porta in sé il germe del moderno diritto europeo; ma bisogna ancora verificare se il diritto romano non fosse già stato conquistato da questa filosofia, come del resto sostengono molti romanisti.

### I - Le regole fondamentali del diritto secondo Cicerone

Abbiamo già visto che Cicerone non compie alcuno sforzo per identificare l'oggetto specifico del diritto, ma si lascia andare fino a confondere il diritto con la morale. Gioca sull'equivocità del termine *dikaion*, che traduce sia con *justum* che con *jus*. Sappiamo che questo termine designa in Aristotele e (ne sono convinto) nella maggior parte dei giuristi romani il compito proprio del giurista; nello stoicismo però assume un'accezione più ampia. Le frontiere del «diritto naturale» negli scritti di Cicerone appaiono sorprendentemente vaste: «Esiste un diritto naturale - egli scrive - che ci comunica non un'opinione, ma una forza che è innata in noi, come la religione, la pietà, la riconoscenza, la difesa di noi stessi, il rispetto, la sincerità». «Naturae quidem jus esse ... ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem». Tutte le virtù che concernono il rapporto con gli altri fanno parte dello *jus*. La giustizia è tutt'uno con la temperanza, quando questa viene applicata ai rapporti sociali (*in communione ... posita*), e comporta: *religio, pietas, bonitas, fides, lenitas, amicitia*. Lo *jus* implica la carità e tutte le altre virtù sociali.

Per Cicerone, che si rifà ai suoi maestri stoici, il diritto coincide con la morale sociale. Come abbiamo già osservato, quando abbiamo parlato di

Calvino, è ben possibile fondare l'ordine sociale sulla morale; questa è la tendenza del pensiero ebraico e sarà anche quella dell'Europa moderna all'inizio del XVII secolo; ed era anche quella dello stoicismo. Di conseguenza, le prime e principali regole giuridiche, come le elabora Cicerone, saranno nient'altro che le regole della morale stoica. Già ci siamo fatti un'idea del contenuto di queste leggi: seguire la natura, ubbidire all'ordine che è diffuso dal *lògos* in tutto l'universo, seguire le nostre tendenze naturali. Come a tutti gli altri esseri animati, la natura ci comanda in primo luogo di operare per la nostra autoconservazione e per la propagazione della specie: ma questa prima serie di regole non ha ancora un carattere giuridico. La natura ci comanda di lavorare per nutrirci, per vestirci, per trovare un riparo; di difenderci quando siamo attaccati da qualcuno e di ricorrere in questi casi, se è necessario, anche alla violenza (*vindicatio*). Quanto alla sopravvivenza della specie, la natura dona agli animali l'istinto sessuale e quello di nutrire, di difendere, di allevare i loro piccoli; gli uccelli costruiscono per loro i nidi e per loro vanno alla ricerca del cibo. Analogamente, il sapiente stoico si sposa e ha figli. Voglio sottolineare questa prima parte dell'etica ciceroniana, perché finirà per avere significative ripercussioni sull'esperienza giuridica. Ma nell'uomo c'è un'altra e ancor più importante serie di doveri, che sono specifici della «natura umana» e che nascono da quella forza che è in lui, dalla ragione, che la natura «non ha posto negli altri esseri animati, e che lo induce ad associarsi con altri esseri razionali».

Nell'insegnamento di Cicerone, è a questa inclinazione che si ricollega la virtù della giustizia, con la quale noi penetriamo nel campo specifico del diritto. Da essa nascono alcuni doveri, come quello di «non nuocere ad alcuno»<sup>10</sup>, di non impedire a nessuno di proteggersi, di nutrirsi, di arricchirsi, di procreare e ancor più di porsi «al servizio» degli altri, di «mettere al servizio della società il suo zelo, il suo lavoro, le sue risorse», di «aiutare il viaggiatore a trovare la sua via, di dare utili consigli». Esercitare la pietà filiale o la devozione paterna, la dedizione alla patria, l'umanità, l'amicizia, la benevolenza, la virtù, la riconoscenza, la carità, perfino la liberalità: tutte queste virtù, come abbiamo visto, fanno parte integrante del diritto, nel senso amplissimo con cui lo stoicismo adopera ben volentieri questo termine.

Tra questi vari doveri, che compongono la virtù di giustizia, ce ne sono due che si distinguono perché strettamente obbligatori e che costituiscono l'ossatura della morale giuridica. Ricordiamoci che per Cicerone il diritto non è completo, se non quando dà origine a regole estremamente precise. I doveri di cui parliamo sono quelli di rispettare la proprietà altrui e di mantenere la parola data.

### 1. *Dalla proibizione del furto al culto della proprietà*

La prima regola è quella di salvaguardare l'ordine esistente delle proprietà

e di non aggredire la proprietà altrui. Su questo punto Cicerone è prolisso fino al punto di essere noioso. Egli comincia con lo stabilire che esiste la proprietà privata. «Beni privati - egli scrive - non esistono per natura, ma tali diventano o per antica occupazione, come nel caso di coloro che un tempo vennero a stabilirsi in luoghi disabitati, o per diritto di conquista, come nel caso di coloro che si impadronirono di un territorio per forza d'armi, o infine per legge, per convenzione, per contratto, per sorteggio. Per questo noi diciamo che il paese d'Arpino è degli Arpinati e quel di Tuscolo dei Tuscolani; e allo stesso modo avviene la ripartizione dei possessi privati. Ora, poiché diventa proprietà individuale di ciascuno una parte dei beni naturalmente comuni, quella parte che a ciascuno toccò in sorte, ciascuno la tenga per sua; e se qualcuno vi stenderà la mano per impadronirsene, violerà la legge della convivenza umana». «Come in un teatro un posto, anche se è a disposizione di tutti, va considerato come assegnato a colui che l'ha occupato per primo, così nella città o nel mondo, che è di tutti, non è da considerare ingiusto che ogni cosa appartenga in proprio a ciascun uomo». E di conseguenza «la giustizia, per la quale noi siamo nati, proibisce di togliere a qualcuno qualcosa per impadronirsene». «Spogliare gli altri, aumentare i propri agi a spese altrui, è contrario alla natura ... Significa eliminare la vita in comune e la società umana ...». «Chi vuole ubbidire alla ragione ... non si lascerà mai andare a desiderare i beni altrui».

Fino a qui sono tutti luoghi comuni; sappiamo bene che Cicerone non aveva alcuna diffidenza per la proprietà privata. Quanto al precetto di non rubare, lo si trova in quasi tutti i sistemi di etica. Ma il fatto che questo precetto divenga il primo precetto giuridico, questo è l'importante, tanto più che questo transfert di una regola morale nel diritto avrà effetti rimarchevoli sul problema fondamentale del diritto, che è quello della *giustizia distributiva*.

Portiamo avanti il confronto del discorso ciceroniano col sistema del diritto naturale classico. Secondo questa filosofia, la giustizia ha per fine quello in primo luogo di operare una giusta distribuzione dei beni tra i cittadini; è una prospettiva molto ambiziosa, alla quale, temiamo, il giurista non riesce ad essere fedele che in modo molto limitato, ma alla quale egli non deve cessare mai di *tendere*. Sembra che in Cicerone le cose siano molto più facili: conservare a ciascuno quello che ha, quello che di fatto possiede, quale che sia il titolo in base al quale lo possiede, l'occupazione originaria, la vittoria in guerra, l'accordo pattizio ... Impedire ogni furto. Conservare. Lo scopo del diritto, abbiamo letto in un testo che abbiamo citato più in alto, è la *conservazione* di quel tanto di equità nella distribuzione dei beni e negli affari che si dà tra i cittadini secondo le leggi e le consuetudini 20.

Invece di progettare il ristabilimento del giusto equilibrio delle fortune, che è necessario alla sopravvivenza e al benessere della comunità politica (ci sono cento maniere per farlo, da quando la comunità viene fondata,

attraverso opportune ripartizioni dei beni, con buone leggi di successione, con le imposte, ed anche ogni qual volta si celebra un processo), il diritto si accontenterà di mantenere la divisione dei beni che è stata fatta e di consolidare in tal modo il sistema dei possessi: del resto, non è forse vero che tutto ciò che esiste è giusto, perché è voluto dal *lògos* che governa la storia? Si riconosce a questo proposito l'*amor fati*, il gusto per la sottomissione al destino che è tipico dell'etica stoica. Abbiamo così individuato, in quella che è la prima parte del sistema del diritto privato, e cioè il sistema dei diritti reali, un principio profondamente innovativo: invece della giustizia, il culto del diritto di proprietà. Questa soluzione è piaciuta abbastanza; non se ne potrebbe trovare un'altra più adatta a riscuotere l'approvazione dei proprietari. Vedremo con quanto fervore sarà accolta dai giuristi moderni.

## 2. Dal dovere di sincerità al contrattualismo moderno

Il secondo obbligo della giustizia, della socievolezza umana, è quello di rispettare le promesse. «Fondamento della giustizia è la fede (*fides*), cioè la scrupolosa e sincera osservanza delle promesse e dei patti». Cicerone non si stanca mai di insegnare questa massima morale, e cioè che la sincerità è dovuta a tutti gli uomini, anche ai nemici, anche in diritto internazionale e che bisogna di preferenza far riferimento alla intenzione autentica, piuttosto che al tenore letterale delle promesse. Gran parte del *De officiis* è dedicata a problemi di casistica commerciale: fino a che punto deve spingersi, nei rapporti commerciali, il dovere di essere sinceri? È lecito ingannare l'acquirente sulla qualità della merce venduta o sulle circostanze che avrebbero potuto portare ad una diminuzione del prezzo? Nasce da qui tutta una serie di aneddoti noti a tutti i romanisti, come quello del cavaliere Canio, al quale il venditore aveva fatto credere che un podere siciliano era pieno di stagni pescosi o quello del mercante di grano, che aveva tenuto celato agli abitanti di Rodi che i battelli coi necessari rifornimenti per l'isola stavano per arrivare e che quindi i prezzi stavano per abbassarsi. La pura morale stoica, in casi di questo genere, è severa: bisogna dire tutta la verità e adempiere a tutte le proprie promesse. E il buon pretore (come il «collega» di Cicerone, Aquilio Gallo, l'inventore dell'*actio doli*) si preoccuperà di far rispettare questo dovere di sincerità.

Diciamo la verità: questo Cicerone è proprio insipido. Non è la cosa più normale e più abituale del mondo fondare il diritto sul dovere di tener fede alle proprie promesse? Non è forse questo il fondamento del *contratto*, la seconda colonna (la prima è il diritto di proprietà) dell'edificio del diritto moderno? Niente di più «giuridico» del contratto e di ciò che ne deriva, e cioè la maggior parte delle obbligazioni giuridiche (e forse anche la totalità, se si ritiene che lo stato e perfino lo stesso diritto non siano altro che il prodotto di un «contratto sociale»). E la sostanza del contratto sta nel consenso delle parti; la sua causa efficiente sta nell'accordo di diverse

volontà concorrenti; la sua forza obbligatoria si basa (almeno in ultima analisi) sul principio etico che obbliga ciascuno a mantenere la parola data. Questa è in fondo la filosofia di cui siamo imbevuti tutti noi europei dell'epoca moderna. Si trovano in giro ben pochi giuristi (ed anche, purtroppo, ben pochi storici del diritto e romanisti) che siano capaci di capire che c'è un'altra possibile concezione del fondamento del diritto, un'altra possibile concezione del contratto.

Eppure le cose stanno proprio così. Difficilmente si può immaginare un esempio più chiaro di quello che è costituito dall'influenza dello stoicismo sul nostro usuale modo di pensare. Lo stoicismo ha trasformato il significato della nozione di contratto. Un'enorme distanza separa il concetto classico aristotelico del contratto da quello che a causa dell'influenza ciceroniana è diventato il nostro. Dobbiamo rifarci, per capire questo fenomeno, ai passaggi dell'*Etica Nicomachea* che trattano la giustizia «correttiva» in materia di «commutazioni». Si tratta della giustizia che emerge negli affari, negli scambi; *synallagma*, questo è il termine greco che viene tradotto in latino con *contractus*. Il giurista ha il compito di individuare negli scambi l'equivalenza delle prestazioni: ad esempio, deve verificare che il prezzo pagato per la vendita di un oggetto sia giusto, per mantenere il dovuto equilibrio tra i patrimoni, e che ciascuna delle parti contraenti continui a mantenere dopo che è avvenuto lo scambio la sua giusta parte di beni all'interno della comunità. Ora, da questo punto di vista, poco importa che lo scambio sia determinato da un accordo (come nell'esempio della compravendita) o che abbia per causa un illecito, anche se involontario (come nel caso del danno che darà luogo ad un risarcimento); sia che io abbia comprato un'automobile o che l'abbia rubata o distrutta in un incidente, in ogni caso ne devo pagare il prezzo. Nel diritto greco, si può muovere contro di me nell'uno come nell'altro caso, la *dike blakés*. Allo stesso modo, il consenso non è una condizione necessaria per l'esistenza del *synallagma*; non è la sua causa essenziale, la volontà dei contraenti non è la sostanza del contratto. Il contratto è un fatto obiettivo, i rapporti di affari implicano uno scambio di beni.

Corollario. Il contenuto dell'obbligazione contrattuale non dipenderà solamente dall'intenzione delle parti. Questo fattore gioca solo occasionalmente. Se il contratto è volontario, il giudice potrà aiutarsi con le clausole inserite nel contratto per valutare meglio il prezzo della vettura che è oggetto della compravendita.

Ricordiamoci che per Aristotele spetta alla volontà positiva «determinare» il contenuto del diritto naturale. Ciò non toglie che al di sopra di questa volontà non esista una altra e superiore fonte di diritto. Il giudice non è assolutamente vincolato dai termini del contratto; egli dovrebbe rifiutarsi di convalidarlo se, ad esempio, in esso si eccedessero i tassi usuali di interesse e si ledesse in tal modo indebitamente una delle parti: in nome di che cosa i poteri sociali dovrebbero sentirsi obbligati a dare l'appoggio della forza

pubblica ad un accordo iniquo? Secondo questa prospettiva filosofica, la volontà dei contraenti è un elemento accidentale del contratto (che ha comunque la sua rilevanza), e non ne costituisce l'essenza.

Non vorrei in questo momento mettermi ad analizzare il diritto romano. Ma credo che questa nozione casi obiettiva ed ampia del contratto non sia completamente assente nel diritto romano. Il contratto romano non è pensato nella sua essenza come consensuale, quasi avesse come causa efficiente la volontà dei contraenti; può ben sorgere *re*, per il fatto cioè che un certo valore è stato oggetto di un trasferimento da un patrimonio ad un altro, il che fa sorgere il dovere di procedere ad una restituzione o quello di pagare un'indennità; così nel *mutuum*, nel deposito. In certi casi, poi, il consenso manca interamente all'origine del contratto: in certi testi il pagamento dell'indebito, la gestione d'affari, la tutela (cioè i rapporti tra il gestore d'affari e la persona per la quale egli ha fatto delle spese o quelli tra il tutore ed il pupillo) sono qualificati come contratti, anche se non sono volontari, la «causa» essenziale del contratto- (bisognerebbe partire dalla teoria aristotelica del contratto per reinterpretare la nozione romanistica di «causa») non è il consenso delle parti; come ad esempio (oso proporre questa lettura di un testo conosciuto da tutti i romanisti) nel caso dei contratti innominati. Dal semplice fatto che è intervenuta una prestazione, che un certo bene è stato l'oggetto di una *datio* (*do ut des, do ut facias*) e che la giustizia commutativa esige una contro-prestazione, c'è una «causa» di obbligazione; e questo atto, anche se non è una vendita, né una locazione, né la costituzione di una società, ciò non di meno è un *contratto*. «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem ... esse enim contractum quod Aristo synallagma dicit*». *Synallagma*, contratto che nasce prima di tutto da quella causa obiettiva, che è uno spostamento di ricchezze, uno squilibrio da correggere. Ignoro se i romanisti, che tanto hanno scritto su questo frammento, abbiano pensato ad interpretarlo alla luce del pensiero aristotelico, di cui esso riproduce la dottrina e lo stesso linguaggio; si può pensare che il giurista romano autore di questo testo avesse forse l'*Etica* di Aristotele sul suo tavolo, il che non capita spesso ai romanisti di oggi.

Quanto agli effetti del contratto, nel diritto romano non sono sempre quelli fissati nell'accordo bilaterale, Così nel mutuo, o nel deposito, o nella tutela o nella gestione d'affari il diritto romano si preoccupa unicamente di assicurare obiettivamente che permanga l'equivalenza delle prestazioni, al punto che nel mutuo l'accordo dei contraenti non può mettere tra parentesi l'esigenza della giustizia commutativa, che impone che si debba rimborsare esattamente ciò che si è ricevuto (dove la nullità della clausola che prevede il pagamento di interessi). Dato però che non sono un romanista, è meglio che lasci stare questi esempi. Ciò che posso comunque affermare è che è esistito in Grecia e senza dubbio anche a Roma un sistema di diritto

dei contratti diversissimo dal nostro e che avremmo torto a giudicare inferiore al nostro. Anche se sconvolge alcune idee fatte che ci portiamo dietro, penso che si sia trattato di un diritto più completo e raffinato del nostro; esso infatti tendeva a garantire nelle relazioni di affari non solo l'esecuzione delle promesse dei contraenti, ma al di là di questo la *giustizia* delle relazioni contrattuali. Ecco un modello di diritto conforme alla filosofia classica del diritto naturale.

Che confusione può portare in questa prospettiva la dottrina morale di Cicerone, se riesce a farsi considerare una filosofia del diritto! Anche in questo caso, la dottrina di Cicerone è molto più semplicistica: l'uomo ha il dovere di mantenere la parola data e il giudice deve limitarsi a sanzionare questa norma morale. Il contratto non è altro che ciò che due parti hanno convenuto; la legge del contratto non sarà diversa dalla volontà dei contraenti. Autore del diritto è l'uomo e non più la natura. Se io ho approfittato dello stato di bisogno di un altro per fargli accettare un credito con interessi usurari, o per stipulare con lui un contratto di lavoro in cambio di uno stipendio da fame, il giudice in linea di principio non può farci nulla: il suo ruolo è sempre quello di obbligarci a osservare la norma morale, a farci mantenere cioè la parola data. Si tratta di una dottrina che non può non piacere agli abbienti, ai potenti, perché vanifica il problema della giustizia negli scambi e proclama come principio essenziale del diritto un principio che può diventare specioso e rovinoso per i più deboli: quello di attenersi comunque alle clausole contrattuali. Sarà questa, infatti, la dottrina del liberalismo moderno. Non finiremo mai di misurare le conseguenze di questa contaminazione del diritto con la morale stoica per ciò che concerne il contenuto delle soluzioni dei problemi giuridici. Infatti nei limiti in cui si è impadronito dei giuristi il nuovo modo di leggere il mondo proprio della filosofia stoica si è verificato un mutamento di prospettiva in *tutto* il sistema del diritto: al suo interno tutto si è modificato, il senso di tutti i termini si è trasformato; e non si è trattato solo del regime giuridico della proprietà e della nozione di contratto, ma di tutta una molteplicità di questioni particolari. I comparatisti e gli storici del diritto si troverebbero davanti un immenso campo di studio, se cercassero di fare lo sforzo di comprendere che la visione del mondo di Aristotele e quella degli stoici non potevano che generare sistemi giuridici differenti e che solo la filosofia può fornire la chiave di queste differenze. È ovvio che non capiranno mai l'opera storica dello stoicismo coloro che si rifiutano di riconoscere che esistono, e che sono esistiti prima dello stoicismo, altre concezioni giuridiche diverse dalla nostra e che erano-se posso usare questa espressione sacrilega-più giuste della nostra.

## II - Lo stoicismo e il diritto romano

Temo che abbiamo un po' forzato l'insegnamento di Cicerone, interpretandolo dal punto di vista della filosofia del diritto, che non era proprio il suo: il *De officiis* e il *De finibus*, dai quali abbiamo tratto le principali citazioni, sono opere di morale, che hanno come scopo quello di insegnare agli individui quali siano i loro doveri e non vanno considerate assolutamente opere di filosofia del diritto. Ci si presenta, pertanto, un problema nuovo, difficile, che non possiamo schivare: in quale momento storico e in quale misura la filosofia stoica ha veramente cominciato ad avere influenza sul diritto?

Bisogna attendere l'umanesimo e la nascita del pensiero giuridico moderno per assistere alla sintesi stoicismo-diritto? Per ciò che ci riguarda, eravamo appunto partiti da questa ipotesi. Ma se tra i nostri lettori c'è qualche romanista, ho paura che finirà per trovarla inverosimile. Non è forse sostenibile che il diritto romano è stato già ampiamente influenzato dall'ottica stoica e dalla nozione di contratto, dalla dottrina della proprietà, dalla teoria della legge che vanno ricondotte allo stoicismo? Bisogna ammettere che l'opinione corrente è proprio questa. Prima di chiudere, dobbiamo ancora farne la critica. E siamo obbligati quindi a parlare ancora per un po' di diritto romano. Non posso far altro che trattare sommariamente questo tema, dato che esso attiene più alla storia che non alla filosofia del diritto e del resto non è di quelli per i quali si possa giungere in poco tempo ad una soluzione definitiva.

Non è affatto facile individuare -come dice il titolo di un'opera bene conosciuta - i «principi del diritto romano» e non sono affatto sicuro che ci sia qualcuno che sia riuscito a farlo in modo soddisfacente. Forse è addirittura un compito impossibile, dato che il diritto romano non è un «sistema» unitario. Il diritto romano è un universo di testi di un'incommensurabile ricchezza, molto spesso eterogenei e contraddittori, che coprono un arco di più di sei secoli e che appartengono a scuole e a sistemi di pensiero diversi. Quanto alla filosofia, a Roma dominava l'eclettismo; vi si accoglieva liberamente tutto ciò che proveniva dal pensiero greco, tutto ciò che veniva trasmesso dalle scuole di retorica o dalle diverse sette filosofiche; si accettavano Platone e Aristotele insieme con Zenone, e Pirrone, ed Epicuro. In questo imbroglio di dottrine, ciascuno era libero di scegliere quella che gli sembrava più conveniente e adatta alla sua personalità.

Se pretendessimo di mettere in chiaro tutti i «principi» del diritto romano, ci perderemmo ben presto. Non è compito nostro trattare questo argomento sconfinato. Ci limiteremo a dare qualche cenno sui rapporti tra lo stoicismo e la scienza giuridica romana, che potranno essere utili per operare un confronto con gli eventi che si realizzarono secoli dopo nelle vicende giuridiche dell'Europa moderna.

1. *L'infiltrazione dello stoicismo nel diritto romano*

Cominciamo col riconoscere le ragioni dei nostri avversari. Non si può assolutamente contestare che la filosofia stoica non sia penetrata abbondantemente nel mondo dei giuristi romani; parecchi pretori, e alcuni dei più famosi giureconsulti, seguivano la moda dominante nell'élite della cultura romana ed aderivano ad essa; ne vediamo le tracce nel *Digesto*.

Limitiamoci a considerare il primo titolo del *Digesto*: *De justitia et jure*. I suoi primi frammenti definiscono il diritto naturale o lo *jus gentium*, che secondo la concezione stoica è strettamente associato allo *jus naturale*: la natura ha posto nell'uomo alcune inclinazioni naturali che costituiscono il germe del diritto; in primo luogo inclinazioni comuni a tutti gli animali, come - l'abbiamo già detto - la tendenza a conservarsi in vita e a perpetuare la specie. «*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*»: «il diritto naturale è ciò che la natura insegna a tutti gli esseri animati; questo diritto non è proprio della sola specie umana, ma di tutti gli esseri animati, di tutti coloro che nascono sulla terra, nel mare o che volano, come gli uccelli; da esso procede l'unione del maschio e della femmina, che noi chiamiamo matrimonio; e la procreazione e l'educazione dei figli, ecc.». Fiorentino citerà poco più avanti la *vindicatio*, l'istinto di auto-difesa, «*ut vim atque iniuriam promulsemus*». Sono tutti esempi stoici e ciceroniani; li ritroviamo in Zenone, nel *De officiis* e nel *De natura deorum*. Ma dato che per lo stoicismo il diritto propriamente detto è proprio dell'uomo, si insisterà sulle tendenze che sono specificatamente umane, da cui sorge lo *jus gentium*, e che costituiscono il germe della morale naturale. Così Pomponio considera il rispetto filiale analogo alla religione verso gli dei. Tutti questi testi ci trasmettono la concezione stoica del diritto naturale, cioè quella di un diritto naturale privo di utilità pratica, dato che la natura non è più né la causa, né l'origine del nostro diritto; c'è solo un interesse teorico e puramente speculativo nel riconoscere che il diritto umano proviene da inclinazioni originarie poste in noi dalla natura. Come ho già osservato in altro luogo, quando simili concezioni trionfano, il diritto naturale è relegato nel museo delle antichità, se non nel museo zoologico.

La ragione umana, quindi, crea il diritto, senza nemmeno dover prendere come modello la natura esterna. Leggiamo ancora il *Digesto*: «Così sono state *introdotte* le guerre, le diverse nazioni; così sono stati fondati i regni, divise le proprietà, posti i confini ai campi-istituito il commercio, le compravendite, le locazioni, le obbligazioni ...». Tutto ciò è opera della ragione che l'umanità ha in comune o del diritto delle genti. In seguito, all'interno di ogni comunità politica sono sorti uomini che hanno «istituito» lo *jus civile*, di cui le *Institutiones* di Gaio ci danno una definizione tipicamente ciceroniana: «*Quod quisque populus ipse sibi jus constituit*». La creazione del diritto non deve essere arbitraria, ma deve procedere dalla *naturalis ratio* (sempre secondo il testo di Gaio), dalla saggezza dei legislatori, dall'*auctoritas* dei *prudentes*. La legge è il parere dei sapienti, così traduce un testo greco Marciano; essa è il dono di Dio, il precetto

razionale che regna sull'universo.

Questi sono tutti brandelli della dottrina stoica passati nel *Digesto*. Non lo ignoriamo. Nel nostro lavoro di quattordici anni fa, scrivevamo che questi testi teorici delle *Istituzioni* di Gaio o del *Digesto* «portano un'etichetta stoica, più che riprodurre il pensiero aristotelico».

Quanto al contenuto del diritto, nessun romanista ignora che all'epoca di Cicerone esso ha subito l'influsso dell'etica stoica; che i pretori hanno effettivamente sanzionato il dovere di *sincerità*, punito il dolo e l'assenza di buona fede; che il diritto romano si è orientato, almeno tendenzialmente, verso il consensualismo e che indubbiamente ha concepito, almeno a volte, il contratto come lo concepiamo noi, come costituito essenzialmente dal consenso dei contraenti e derivante la sua obbligatorietà dal dovere morale di rispettare la parola data; che insomma nel diritto romano sono andate sempre più acquistando spazio la *fides* e molte altre virtù morali insegnate dallo stoicismo, come il dovere di non arrecar danno e di non attentare al sistema vigente delle proprietà, sanzionato dagli interdetti pretorili e da numerose formule di azioni «utili», e quello in generale di non recare nocimento, di non commettere *iniuria* alle persone o danni alle cose.

Vengono recepite dal diritto romano anche tutte quelle virtù di cui abbiamo visto la lista in Cicerone: la *gratia*, o riconoscenza (che lo schiavo cui è stata donata la libertà deve al proprio ex padrone, *amicitia* (che diviene il principio che regge un certo numero di contratti gratuiti, e particolarmente il mandato e la gestione d'affari), la *pietas*, dovere di affetto e di appoggio reciproco tra parenti prossimi (che fu la fonte della *querela inofficiosi testamenti*), l'indulgenza, la misericordia e in particolare la virtù stoica per eccellenza, *humanitas* (che indusse il diritto romano a mitigare il trattamento degli schiavi, dei poveri e degli stranieri). Non possiamo nemmeno negare che nelle soluzioni giuridiche del diritto romano classico non si veda un afflusso massiccio della morale stoica. L'abbiamo già detto: il diritto romano è fatto di molti pezzi sconnessi ed eterogenei.

## 2. La prevalenza dell'aristotelismo

È compito dei romanisti (ma non sono sicuro che la questione stia loro molto a cuore) misurare il peso esatto di queste influenze stoiche sul diritto romano. Da parte mia, ho l'impressione che siano solo accidentali e a volte superficiali. Sono solo arricchimenti e, qualche volta, abbellimenti dell'edificio del diritto romano, le cui fondamenta, peraltro, non sono stoiche. Al contrario, possiamo constatare, anche se di solito non ci si fa caso, un'innegabile convergenza tra la dottrina di Aristotele e la struttura del diritto romano. Come si spiega? È forse perché alcuni giureconsulti, tra i quali probabilmente quelli che gettarono le basi della scienza del diritto, avevano letto Aristotele o avevano assimilato quanto di aristotelico si dava nelle idee di diversi autori, nelle sette neo-pitagoriche o nelle scuole di retorica? È forse perché questi giuristi hanno avuto l'intelligenza di mettere

ogni cosa al suo posto e cioè di utilizzare la filosofia stoica solo nella morale privata (il suo vero ambito di competenza) e di rifarsi come maestro ad Aristotele nella filosofia del diritto? O forse perché la formazione del diritto romano si è effettuata spontaneamente, senza *esprit de système*, ma in un modo così normale e naturale, che solo l'eccellente dottrina di Aristotele si presta a renderne esattamente conto?

Tutte e due queste spiegazioni possono avere la loro parte di verità; a noi importano solo i risultati.

Quanto alle *fonti* del diritto romano, non lasciamoci sviare dagli sviluppi teorici del primo titolo del *Digesto*. Questo fa solo da facciata, è come un portico aggiunto in un secondo momento all'edificio. Le introduzioni generali di Ulpiano, di Pomponio, di Fiorentino si sono concesse il lusso di un riferimento alle «tendenze naturali» dell'uomo, ma il diritto romano non nasce dallo studio della «natura umana». Nell'unica esposizione completa del diritto romano che sia giunta fino a noi, le *Istituzioni* di Gaio, si vede subito che l'autore non perde tempo, come faranno più tardi un Grozio o un Pufendorf, a parlare della natura umana, egli osserva direttamente la città, già costituita, naturalmente costituita, con le sue diverse classi sociali, con i suoi diversi gruppi di «persone», di «cose», di «azioni», di rapporti sociali; osserva le giuste proporzioni esistenti tra i cittadini, i latini, i *peregrini*, gli schiavi, i liberi e i liberti, così come tra le diverse tipologie di cose che hanno un interesse sociale. Non l'«uomo», ma il mondo sociale è la materia di questa scienza. Mi direte che così esige il semplice buon senso e sono perfettamente d'accordo con voi; ma vedremo che il trionfo della filosofia stoica indurrà più tardi il pensiero giuridico moderno a ragionare partendo precisamente dall'«uomo».

Mentre il metodo di Gaio è proprio quello che raccomandava Aristotele.

Analogamente, alcuni giureconsulti hanno adoperato il termine stoico di *ratio naturalis*. Ma le soluzioni che essi danno ai problemi giuridici non sono tratte da una «ragione» separata. È il diritto moderno che cadrà nell'errore del razionalismo; non il vero diritto romano. Come ci ha spiegato il bel libro di Viehweg e come è stato confermato da un illustre romanista, il vero diritto romano fu tutto tranne che «assiomatico». Le soluzioni cui giunge non sono dedotte da regole preesistenti: «*jus non a regula sumatur*». Esso non procede dall'alto in basso, a partire dagli assiomi dettati da un saggio legislatore. Non è un diritto legalista; adopera un numero minimo di leggi e vi si cercherebbe invano l'equivalente dei codici moderni. Pratica il ragionamento deduttivo solo con molta moderazione, solo per la parte che spetta, a titolo ausiliario, alle «determinazioni» precise del diritto positivo. I giuristi romani lavorano aiutandosi con un metodo casistico (Max Kaser parla della «struttura casistica» del diritto romano) e vanno alla ricerca ogni volta della sentenza non perché così detta la legge, ma perché così pretende la natura delle cose; si servono prima ancora che della stretta logica stoica, della controversia

praticata metodicamente come confronto delle opinioni dei «prudentes» e più in generale della *dialettica* aristotelica. Quando Max Kaser fa la descrizione del metodo dei giuristi romani, vedo messa in pratica la dottrina stessa di Aristotele e del diritto naturale classico, anche se il Kaser, uno specialista di diritto romano, ha trascurato di rilevare questa corrispondenza, della quale, peraltro, la maggior parte dei giuristi romani sembra non accorgersi.

Non sono nemmeno convinto che ci sia stata una vera influenza dello stoicismo sul contenuto del diritto romano: non c'è mai stata a Roma una vera confusione tra l'oggetto del diritto e l'oggetto della morale. È vero che abbiamo constatato, nel diritto romano dell'epoca classica, un'invasione di elementi morali; si è parlato molto di *pietas*, di *fides* o di *humanitas* e può ben essere che il pretore Aquilio Gallo, creando l'*actio doli*, abbia voluto sanzionare il dovere di essere sinceri. Ma questo afflusso di moralismo resta contenuto in limiti ben ristretti. Certo, il giurista romano tiene conto, quando si tratta di decidere della validità di un testamento, delle relazioni di *pietas* che uniscono tra di loro alcuni parenti stretti. Ma in questo caso la morale occupa solo un posto secondario; non è essa a dare la soluzione del problema giuridico; per determinare chi debba essere il beneficiario dell'eredità, il giurista romano prende in considerazione molti altri fattori. Allo stesso modo, quando deve considerare la misura di un debito, egli prende in considerazione l'esistenza dei doveri di buona fede, di misericordia, di umanità che reggono le relazioni umane: è indubbio che la morale stoica costituisca uno di quei dati della vita sociale romana, che entra alla fin fine nel calcolo delle soluzioni giuridiche giuste. Ma il giurista romano non si considera un agente della morale; il suo compito non è quello di costringere i contraenti a rispettare le regole della morale, di promuovere la virtù della sincerità, della pietà filiale o dell'amore paterno; egli non assoggetta il diritto a norme etiche. Allo stesso modo, il giurista romano evita l'errore, in cui cadrà il diritto moderno, di attribuire la sanzione del diritto a qualsiasi accordo o a qualsiasi promessa e di fare della volontà l'essenza e la legge del contratto. Il diritto romano non è mai giunto (almeno esplicitamente) al consensualismo. Non è il diritto romano quello che si è ridotto a queste due soli principi etici: il rispetto della proprietà altrui e delle promesse fatte e la sanzione dei due diritti soggettivi corrispondenti: la proprietà e il credito. Il sistema del diritto romano è infinitamente più complesso e raffinato!

Rinvio al primo capitolo del libro di Schulz, *Isolierung*. L'autore dei *Prinzipien des römischen Rechts* afferma che è una vera gloria dei Romani l'aver nettamente distinto il diritto dall'etica privata. Essi non hanno mai confuso il «giusto» (o il «diritto») con l'«onesto». I Romani hanno fatto proprio l'insegnamento per il quale il compito specifico della giustizia, e di conseguenza del giurista che della giustizia è il servitore, è quello di riconoscere e di dare a ciascuno il suo: *suum cuique tribuere*. Questo è il

«precetto» più grande del diritto, quello che serve da termine ultimo della definizione del diritto, che ne costituisce la sua «differenza specifica». Il diritto prende in considerazione soprattutto l'*aequitas*, la giusta proporzione istituita nella distribuzione dei beni e degli onori, l'*id quod aequum est*. Cercare incessantemente e in ogni caso concreto la giusta parte che spetta a ciascuno, e non proteggere pretesi diritti soggettivi, sottratti ad ogni discussione, su cui si fonderebbero automaticamente proprietà e crediti, questo è il compito dei giureconsulti. Il diritto così inteso ha un contenuto suo proprio e non si confonde con la morale corrente.

La tradizione aristotelica, insomma, non è andata perduta a Roma (anche se vi è giunta attraverso un sistema di trasmissioni indirette e in certi casi addirittura attraverso le opere di autori che appartengono allo stoicismo intermedio), anzi è stata ben compresa ed applicata dai giuristi, il che non avverrà più nel diritto dell'Europa moderna.

### III - Conclusione

Se la maggior parte dei romanisti non si facesse un punto d'onore di ignorare la filosofia, riconoscerebbe con noi che la dottrina aristotelica del diritto naturale classico è la più atta a render conto della struttura del diritto romano. Sto parlando del diritto romano storico, che rimane ancora in gran parte da scoprire. Gli umanisti del cinquecento, imbevuti di stoicismo, e i romanisti moderni hanno costruito un falso diritto romano, razionalista, assiomatico e di stile geometrico; un sistema in cui i «diritti reali» o «personali», la proprietà e il contratto, sono gli elementi fondamentali, mentre il meno che si possa dire è che queste nozioni non sono affatto rilevanti nel vero sistema del pensiero giuridico romano. Noi stessi ci siamo abituati a leggere il diritto romano attraverso le categorie che ci ha trasmesso l'umanesimo. Anche se ormai da più di un secolo ci si vanta di usare un «metodo storico» nello studio del diritto romano, subiamo ancora l'effetto di questa operazione deformante.

Nel vero diritto romano, la filosofia stoica non occupa un posto determinante. E per riassumere: il diritto romano fa di certo riferimento allo stoicismo - come sarebbe potuto essere altrimenti, dal momento in cui la morale stoica costituisce una delle componenti dell'ideologia dell'élite romana? E d'altra parte, l'etica stoica serve da *ornamento* alle teorie generali esposte nel primo titolo del *Digesto*. Ci sono tante maniere di far uso della filosofia del diritto e questa non è forse la meno familiare ai giuristi: dare, nelle prime dieci pagine del libro o nella prima ora del corso orale di lezioni, qualche indicazione sulle correnti di pensiero alla moda, per dare all'uditorio la convinzione che si ha una buona informazione e che non si è soltanto un tecnico del diritto, ma coll'intenzione di lasciarle subito da parte e di non utilizzarle più nel corso successivo dell'insegnamento. Allo stesso modo lo stoicismo fornisce alle introduzioni generali di qualche

manuale giuridico romano una serie di citazioni pedanti, e trasmesse in modo troppo letterale perché siano veramente assimilate.

Ciò che invece i giuristi romani non hanno mai chiesto allo stoicismo *sono i principi della scienza del diritto civile*, le nozioni fondamentali (quelle che strutturano tutta la scienza giuridica) dell'oggetto e delle fonti del diritto. Se le hanno dedotte da qualche autore, questo è Aristotele. La *filosofia del diritto* dei giuristi romani, nel suo complesso, non è di matrice stoica; essa sta piuttosto nella tradizione del diritto naturale classico. Non c'è in questo nulla di cui meravigliarsi; lo stoicismo dell'antichità non si indirizzava ai giuristi.

Quanto però ai nessi tra lo stoicismo e la filosofia del diritto moderno, come metterli in dubbio? Il razionalismo, il legalismo, il diritto creato dal cervello dell'«uomo», dominatore della natura, il trionfo del «diritto soggettivo» di proprietà assoluta, fondato sul possesso, lo sviluppo sfrenato di una teoria del contratto fondato sul solo consenso, non sono forse i tratti dominanti del pensiero giuridico moderno (e di quell'immagine ingannevole del diritto romano che ci è stata trasmessa dal pensiero giuridico moderno)? È all'inizio dell'epoca moderna che la filosofia stoica comincia a fecondare il pensiero giuridico; è in questo momento che essa acquista la veste di lilla filosofia del diritto. Se il lettore non se ne è ancora convinto, lo rinvio alle pagine che seguono, ai capitoli che dedicheremo ai filosofi del diritto della rinascenza umanistica: Doneau, Duaren, Bodin, Hotman, Althusius, Grozio.

## Capitolo quinto

### LA RINASCITA DELLE FILOSOFIE SCETTICHE

Lo stoicismo è indubbiamente la filosofia che ha esercitato l'influenza più immediata sull'umanesimo giuridico. Ma non è l'unica filosofia che l'umanesimo abbia riscoperto. Gli umanisti si sono gettati con passione su tutte le teorie che potevano servire a confutare Aristotele.

#### **I - Le ragioni della rinascita dello scetticismo**

Ecco le pietre miliari della storia della rinascita dello scetticismo. Il libro di Sesto Empirico, la bibbia dello scetticismo antico, fu tradotto da Henri Estienne nel 1562. Insieme con i dialoghi di Cicerone (e in particolare agli *Academica*) esso costituisce la grande fonte di ispirazione di Montaigne, nella sua «seconda fase», quella scettica. Ma non solo di Montaigne: uno dei personaggi del terzo libro del *Pantagruelle* di Rabelais è il filosofo Trouillogon, «éphectique et pyrrhonien», che ha l'incarico di consigliare Panurgo sul suo progetto matrimoniale. *L'Elogio della follia* di Erasmo da Rotterdam presuppone la lettura degli scettici antichi.

Ricordiamo ancora qualche altra opera: Cornelio Agrippa scrive nel 1530

un libro, che conosce fino al 1564 ben sei edizioni e che sarà tradotto in francese nel 1582: *De l'incertitude et de la vanité des sciences*; Pico della Mirandola scrive un *Examen vanitatis doctrinae gentium*; Sanchez, nel 1581, un *Quod nihil scitur ...* In senso contrario, ma ad uguale testimonianza della rinascita scettica, abbiamo nel 1557 di Guy de Bures *Trois dialogues contre les nouveaux Académiciens*; J. Pelletier du Mans, più o meno nella stessa epoca, scrive una *Dissertation contre les Pyrrhoniens et la Nouvelle Académie*. Queste due ultime opere furono edite l'una a Tolosa, dove Montaigne fece studi giuridici, l'altra a Bordeaux. Ma ce ne furono tante altre pubblicate da un capo all'altro dell'Europa.

Gli argomenti dello scetticismo sono divenuti luoghi comuni della cultura occidentale; li ritroviamo in Pascal, in Voltaire, in Hume, in tutto il settecento francese. Il «dubbio» diventa il punto di partenza di un modo di filosofare, che avrà il suo sbocco nell'idealismo. E la «critica» della conoscenza ne costituirà il cuore.

Bisogna andare più lontano ancora, arrivare a Weber, a Radbruch, a Kelsen, al nichilismo assiologico dello scientismo contemporaneo? Tutto ciò nasce, molto alla lontana, dalla cultura borghese umanistica. Al giorno d'oggi, se chiedessi in un esame di laurea in diritto chi era Sesto Empirico o chi ha scritto gli *Academica*, non otterrei risposta alcuna. Credo però che le cose andavano ben diversamente nell'élite borghese europea dell'*Ancien Régime*. Non per nulla l'umanesimo aveva introdotto nel programma degli studi secondari la letteratura latina.

Non ci dobbiamo stupire, quindi, del successo che ha ottenuto lo scetticismo nell'Europa moderna. Anche se questa dottrina, portata al suo estremo, induce a dubitare delle dimostrazioni *razionali* tradizionali dell'esistenza di Dio, non perciò una parte della cultura cristiana non si mostrerà propensa a mettere a profitto la saggezza che le è propria. Lo scetticismo è servito da antidoto contro il rinascente stoicismo e il suo orgoglioso dogmatismo. Già i Padri della Chiesa amavano raccogliere dal tesoro del pensiero pagano tutte le argomentazioni sull'impotenza propria della ragione umana che erano state elaborate dalla nuova Accademia; queste sono, ad esempio, le tematiche che Lattanzio predilige in Cicerone; e Sant'Agostino ci confessa di essere stato profondamente sedotto da questa filosofia, che ha il merito di umiliare l'orgoglio dei filosofi pagani.

Agli inizi dell'epoca moderna, lo scetticismo è uno dei bastioni dell'apologetica cristiana; proprio perché la nostra ragione non può dire di saper nulla sull'essenza della verità, bisogna aderire alla fede. Questa sarà una delle tematiche principali delle *Pensées* di Pascal. E d'altra parte c'erano state le guerre di religione; i dogmatismi hanno come conseguenza guerre e massacri; la saggezza borghese preferisce rifugiarsi nello scetticismo. E infine va detto che ben presto l'umanesimo si mostra stanco delle dispute di scuola e lo spirito pratico della borghesia si mostra insofferente della metafisica; gli sembra più saggio e più vero chiedersi,

con Montaigne: *Que sais-je*, che cosa so?

## II - Le filosofie scettiche

Ritorniamo ancora una volta all'antichità, per rammentare in che cosa sia consistito lo scetticismo. In verità, ciò che noi chiamiamo oggi scetticismo antico, non costituiva una scuola omogenea, come lo stoicismo, l'epicureismo o il Liceo. Sotto questo termine di scetticismo, si è soliti raccogliere gli insegnamenti di diversi autori. Esiste una lunga tradizione scettica nell'antichità, come in tutti i popoli molto culturalizzati, nei quali lo sviluppo di diverse forme di dogmatismo fa nascere come reazione lo spirito del dubbio. Lo scetticismo nasce già con i Sofisti; Gorgia, Callicle, Trasimaco e Protagora dubitano del valore assoluto delle leggi della città e gettano già i fondamenti del relativismo, del positivismo, del soggettivismo. Sono autori che non possiamo trascurare, dato che i dialoghi di Platone, che ce ne trasmettono le dottrine, fanno delle loro idee una delle componenti permanenti della cultura classica. La rinascenza platonica del cinquecento le ha rimesse in circolazione. Le argomentazioni dei sofisti, insomma, non cesseranno mai di essere ripetute.

Ma è solo in epoca ellenistica che lo scetticismo diviene un corpo dottrinale omogeneo. Il momento era favorevole. È un periodo di decadenza; i grandi sistemi filosofici avevano proliferato; c'era stato quello di Platone, di Aristotele, degli antichi filosofi ionici, dei filosofi della Magna Grecia, il pitagorismo e a tutti questi venivano ad aggiungersi il sistema di Epicuro e quello più dogmatico di tutti, il sistema stoico. Con la medesima sicurezza, rafforzata dall'intransigenza propria degli epigoni e dalla pedanteria delle scuole, tutte queste dottrine proponevano visioni del mondo radicalmente contraddittorie. Di fronte a queste dottrine che si confutavano l'una con l'altra e instauravano controversie senza fine, non poteva non nascere la tentazione di considerare molto più saggio riconoscere i limiti dello spirito umano e rassegnarsi al dubbio. Nei circoli intellettuali dell'epoca ellenistica, ci si abbandonò allo scetticismo tanto più volentieri, in quanto gli autentici sistemi filosofici hanno prolungamenti politici e la politica è ormai un'attività interdetta al filosofo. Se l'unico vero problema è quello di regolare la propria vita privata nel modo più piacevole, che bisogno c'è della sapienza? E perché darsi da fare per codificare un'etica? Il filosofo si contenterà di dissertare con eloquenza sull'impotenza della ragione umana, anche se tali dissertazioni non sono di per sé affatto utili e non apportano nulla di positivo. In un'epoca di decadenza, la filosofia diviene un gioco chiuso in se stesso.

Possiamo distinguere tre fasi nella storia delle filosofie scettiche dell'antichità. Esse sono più o meno sincroniche rispetto alle tre fasi dello stoicismo.

All'epoca di Alessandro, che è anche quella di Zenone e di Epicuro, fiorisce il filosofo *Pirrone*, che non ha scritto nulla, ma la cui dottrina è stata redatta dal discepolo Timone. La dottrina di Pirrone concludeva nell'affermazione per la quale noi non possiamo conoscere nulla. I sensi ci ingannano: crediamo di vedere il sole ben più piccolo di come i sapienti dicono che sia nella realtà. Ma forse la scienza è più sicura? Le nostre credenze sono relative: ci sono popoli per i quali l'incesto o il furto non sono delitti, ecc. ecc. «Egli sosteneva che nulla è buono e nulla è cattivo; nulla è giusto e nulla ingiusto; e che per tutto il resto si può dire la stessa cosa; nulla è come ci appare; gli uomini agiscono così come agiscono solo per l'abitudine o perché sono indotti dalle istituzioni a tenere un certo comportamento; e le cose in verità non sono più così che *cosa ouden mallon*», E ancora che non c'è mai una ragione alla quale non si possa sempre opporre un'altra ragione contraria. Da tutto ciò Pirrone traeva una morale o una saggezza pratica, se così si può dire, simile a quella di Diogene e in qualche modo non lontana da quella di Epicuro, che mirava ad ottenere il riposo dello spirito attraverso l'indifferenza: sospendere ogni giudizio, mettere tutto tra parentesi (*epoché*), prendere come modello il maiale che, imbarcato su di un battello, durante una violenta tempesta, è l'unico a non angosciarsi, perché non ha consapevolezza del pericolo. Questi dati possiamo leggerli in Diogene Laerzio e nella sua vita di Pirrone. È una fonte ben nota agli umanisti: il «pirronismo» diventa perciò una filosofia che tutti gli umanisti, da Montaigne a Pascal e a Cartesio, conoscono molto bene.

In un'epoca più tarda si afferma un'altra forma meno rigorosa di scetticismo: essa è sostenuta da alcuni sedicenti discepoli di Platone, raccolti nella «Nuova Accademia». Forse proprio perché Platone aveva il senso della problematicità e il gusto della discussione, la sua scuola era destinata a diventare il centro dello scetticismo e del dubbio. Nascono le filosofie di Arcesilao, di Carneade e di Clitomaco. Cicerone se ne è imbevuto, perché è stato allievo, tra gli altri, del capo dell'Accademia, Antioco (il quale, peraltro, personalmente, aveva superato questa ipertrofia della problematicità). È una dottrina più moderata di quella di Pirrone; essa si accontenterà di insistere con compiacimento sull'impotenza della nostra ragione a raggiungere la certezza e sul carattere problematico di ogni nostra conoscenza. La conoscenza umana è solamente probabile; invece di essere certa, al più essa può apparire ragionevole (*euloga*, secondo Arcesilao) o credibile (*pithana*, per Clitomaco). Gli scolastici spagnoli del cinquecento elaboreranno il «probabilismo», che ha avuto per un certo tempo un notevole successo in teologia morale ... Ed infine abbiamo il tardo scetticismo degli empiristi, che hanno nutrito la loro filosofia con alcune esperienze pratiche di carattere scientifico, soprattutto medico; ricordo Aldesideno, Agrippa, ma principalmente il medico e scrittore greco, della fine del secondo secolo dell'era cristiana, Sesto Empirico. Egli ha scritto *i*

*Libri tres Pyrrhoniatarum Hypotyposeon.* È un'opera molto noiosa, secondo il mio personale parere, che enumera le ragioni che abbiamo di dubitare, e che critica tutti i dogmatismi e tutte le tesi professorali; è un'indigesta compilazione delle tesi dello scetticismo antico. Ma abbiamo visto come abbia avuto questo strano destino, di diventare una delle letture preferite dei pensatori rinascimentali.

### III - Scetticismo e diritto

Non credo che lo scetticismo abbia influenzato profondamente il diritto romano. Esso vi ha lasciato qualche traccia e può darsi che proprio in riferimento alla dottrina di Clitomaco, in voga nei circoli intellettuali romani, Labeone abbia scritto i suoi *Pithana* ... Ma le discussioni sui limiti della nostra ignoranza possono piacere ai professori di filosofia, ma non possono venire a costituire una dottrina soddisfacente per uomini di azione, come i giuristi.

Peraltro, come tutti i sistemi filosofici (quando sono recepiti come tali, e divengono visioni d'insieme del mondo), lo scetticismo è suscettibile di dire qualcosa anche a proposito del diritto. Ma solo, evidentemente, in chiave negativa. Lo scetticismo era essenzialmente una risposta al dogmatismo degli stoici; a questo titolo esso può essere contrapposto al razionalismo giuridico che deriva dallo stoicismo, all'orgogliosa pretesa di dedurre il diritto dalla ragione. Lo scetticismo diventa anche una poderosa macchina bellica contro ogni dottrina che pretenda di scoprire razionalmente il giusto, sia pure, come nella dottrina aristotelica, ricorrendo all'aiuto dell'osservazione della natura esterna.

Lo stoicismo tende a distruggere l'ambizione naturale dell'uomo di poter conoscere ciò che è giusto; esso nega quindi che il diritto possa coincidere col giusto, che una stessa parola (*dikaion, justum*) possa designare le due nozioni. Come vi ricorderete, Pirrone «sosteneva che nulla è giusto o ingiusto». Il filosofo Carneade, capo della Nuova Accademia, aveva riscosso successo a Roma, ai tempi di Scipione l'Africano, facendo uno dopo l'altro due discorsi sulla giustizia: nel primo esaltava il giusto; nel secondo, tenuto il giorno dopo, dimostrava che del giusto noi non sappiamo proprio nulla. La giustizia, come già ritenevano i sofisti, non è altro che l'effetto di convenzioni transitorie, oppure ciò che la dittatura dei forti ha arbitrariamente indotto il popolo a credere. Non c'è una fonte obiettiva della giustizia, non c'è diritto naturale: *jus naturale nullum*. Questa è almeno una delle due tesi che è possibile sostenere; a questa, evidentemente, si può sempre opporre la tesi contraria e confutare un discorso con un altro discorso. Ecco ciò che ci dice Cicerone nella sua *Repubblica* e gli umanisti, tramite Lattanzio, conoscevano bene questo testo. Quanto a Sesto Empirico, egli non ha mancato di ripetere i luoghi comuni del relativismo: ad esempio, che l'adulterio, la poligamia, la pederastia, il furto, i sacrifici umani sono ritenuti oggi delitti, mentre in

altre epoche erano condotte giuste e lecite.

Di tal fatta è questo grossolano negativismo, evidentemente eccessivo e rozzamente paradossale; esso ha validità solo contro le pretese oltranziste dello stoicismo, ma appare molto semplicistico, se è paragonato alla dottrina prudente e modesta di Aristotele. Lo scetticismo, negando in blocco ogni conoscenza, anche approssimativa, del giusto ed ogni convergenza a tal riguardo tra le opinioni degli uomini, contraddice l'esperienza. Lo scettico, diceva Claudel, è colui «che crede di saper tutto». Si tratta insomma di una filosofia fatta per circoli intellettuali che vivono chiusi in se stessi, che non hanno rapporti con l'esperienza di altri uomini. Può comunque capitare che una filosofia siffatta si impadronisca dello spirito di un'élite e perfino di una élite di giuristi e che abbia qualche applicazione effettiva nella storia del diritto.

Quale applicazione? Lo si può già indovinare leggendo le fonti antiche dello scetticismo. Pirrone insegnava che, dato che non si può saper nulla sulla giustizia, un principio di saggezza pratica è quello di accettare le leggi esistenti così come sono. I suoi discepoli, scrive Diogene Laerzio, giungevano a questa conclusione: «accettavano ed evitavano alcune cose seguendo le usanze e si rifacevano alle leggi vigenti». Pirrone stesso aveva esercitato la funzione di sommo sacerdote, senza crederci, solo perché tale era la consuetudine. Sesto Empirico così descrive la morale scettica: «Viviamo seguendo le regole comuni ed ordinarie della vita, senza dogmatismo, dato che non possiamo restare assolutamente inattivi... Seguiamo la guida della natura ... e la tradizione delle leggi e delle usanze». «Lo scettico sospende il proprio giudizio ... e segue le regole che seguono tutti, pur restando impassibile quanto alle opinioni».

Quando non si ha alcuna certezza possibile sulla giustizia, bisogna rimettersi ai fatti. Il frutto dello scetticismo nel diritto sarà il positivismo, nel senso più pieno del termine. Tutte le dottrine ellenistiche portano al positivismo, ma in maniera diversa (anche per l'ambiguità del termine positivismo). Anche lo stoicismo concludeva nel positivismo giuridico, in questo particolare senso etimologico, che esso identificava il diritto con le leggi che sono *poste* dai sapienti (che agiscono in nome della Ragione). Ma Pirrone e i suoi successori ci avviano verso una seconda forma di positivismo giuridico: essi non ammettono, quanto al diritto, altro che le leggi effettivamente vigenti ed accettate dall'opinione pubblica, quali che siano le loro fonti e senza che ci si debba preoccupare dei loro fondamenti assiologici. Questo è il positivismo attuale: dittatura del fatto scientifico (*positivo*, in senso comtiano); adorazione da parte del giurista delle istituzioni vigenti, rinuncia pressoché totale alla ricerca della giustizia. Sono assolutamente convinto che se la teoria attuale delle fonti del diritto è giunta a questo punto, lo dobbiamo all'ascendente che ha esercitato nel mondo dei giuristi questo modo di fare filosofia.

#### IV - Lo scetticismo di Montaigne e la filosofia del diritto

Chiuderemo questo capitolo con qualche citazione da Montaigne. Come tutti sanno, anche Montaigne si è convertito allo scetticismo. Sulle pareti e sul soffitto della sua biblioteca, c'erano dieci iscrizioni che riproducevano motti di Sesto Empirico: «*Ouden mallon*», non è più verità questo di quello. «Non c'è nessuna ragione che non ne abbia una contraria», ecc. Il «non so nulla» del pirronismo è troppo dogmatico per Montaigne. Fedele alle lezioni dell'Accademia e di Sesto Empirico, egli adotta la massima: «*Que sais-je?*». La meraviglia è il fondamento di ogni filosofia; la problematicità ne garantisce il progresso; l'ignoranza ne è il fine. Montaigne ama raccogliere tutti i dati che servono a dimostrare la diversità dei costumi e delle opinioni; raccoglie aneddoti strani e non solo dalle storie antiche: si interessa anche ai selvaggi americani che sono stati appena scoperti e di cui giunge notizia attraverso le relazioni dei missionari. C'è qualche apostolo degli studi letterari «moderni» che gli concede l'onore (che forse va riservato a Voltaire o a Montesquieu) di essere l'inventore del relativismo. È però un onore indebito: Montaigne mette insieme i luoghi comuni dell'antichità, li traduce in francese, aggiunge qualche esempio nuovo, così come faceva Cicerone quando esponeva ai latini le dottrine greche.

Sappiamo tutti che in Montaigne, precursore di Pascal, lo scetticismo è un mezzo per giustificare la fede cristiana; Montaigne aderiva sinceramente al cattolicesimo; se i suoi *Saggi* furono messi all'indice (come quasi tutti i libri di valore), ciò non è dipeso dal loro atteggiamento in materia di fede; la Chiesa di allora si preoccupava poco di questa eresia. Ma quanto al diritto? Quel vecchio studente di diritto, quel vecchio magistrato che è stato Montaigne si picca soprattutto di parlarne poco (e in ciò è da vedere quanto sia stata profonda la sua conversione alle dottrine ellenistiche): c'è in lui qualche tirata umanitaria di ispirazione stoica sulla tortura, sulla coscienza, sulla clemenza, contro la molteplicità e la complicazione delle leggi e qualche osservazione sprezzante contro i seguaci di Bartolo. Il mestiere e il gergo dei giuristi non interessano la gente per bene. Montaigne non vuole fare il giurista. Però ha dato al diritto i germi di una filosofia.

Sapete già qual è: applicando (e rinnovando, quanto allo stile, ma per null'altro nella sostanza) le lezioni dello scetticismo antico, Montaigne si fa beffe delle nostre aspirazioni a conoscere il «giusto» e il portato del «diritto naturale». Non c'è da meravigliarsi che vivendo nel cinquecento, in pieno umanesimo, conoscendo più Cicerone e i giuristi del suo tempo che Aristotele, San Tommaso o il vero diritto romano, egli abbia colpito con la sua critica più le «leggi naturali» stoiche che il diritto naturale classico.

Leggiamo i *Saggi*. «Sono poi veramente curiosi quando, per dare qualche certezza alle leggi, sostengono che ve ne sono alcune stabili, perpetue e immutabili, che essi chiamano naturali e che sono impresse nel genere

umano in virtù della loro stessa essenza. E di queste chi ne conta tre, chi quattro, chi più, chi meno: prova che questo è un segno incerto come il resto. Ora, essi sono così sfortunati (infatti come posso chiamare se non sfortuna il fatto che fra un numero così infinito di leggi non se ne trovi almeno una a cui la fortuna e la temerità della sorte abbiano permesso di essere universalmente accettata per consenso da tutti i popoli?) sono, dico, così disgraziati, che di queste tre o quattro leggi scelte non ce n'è una sola che non sia contraddetta e smentita, non da un solo popolo, ma da molti. Ora, l'universalità dell'approvazione è il solo segno evidente dal quale essi possano dedurre alcune leggi naturali. Di fatto quello che la natura ci avesse davvero dato, lo seguiremmo senz'altro con comune consenso». «Che cosa ci dirà in questo frangente la filosofia? Di seguire le leggi del nostro paese? Cioè questo mare fluttuante delle opinioni di un popolo o di un principe, che mi dipingeranno la giustizia di tanti colori e l'acconceranno in tante fogge quanti cambiamenti di passioni vi saranno in essi? Il mio giudizio non può essere così flessibile. Che bontà è mai quella che ieri vedevo in onore e domani non lo sarà più e che, varcato un fiume, diventa un crimine?». Tutto il prestigio e tutta l'autorità delle leggi nascono dalle usanze, dalle abitudini, come dirà poi anche Hume.

Da queste considerazioni scettiche (più brillanti che originali) deriva un atteggiamento pratico, il medesimo già evidenziato dagli scettici antichi: se non possiamo conoscere il giusto, contentiamoci di accettare le leggi vigenti. È proprio quello che facevano i pirroniani. Le costumanze hanno questo di vantaggioso (vediamo qui una punta di stoicismo), che sono naturali; la natura le ha formate molto meglio di quanto non avrebbero saputo fare i filosofi. In ogni modo dobbiamo adeguarci ad esse: ciò che la natura ci consiglia di più verosimile, è l'obbedire alle leggi del nostro paese. Montaigne non ha alcuna illusione sulla giustizia: le leggi godono di largo credito non perché siano giuste, ma perché sono leggi. La loro autorità ha un fondamento mistico e nessun altro; ed è un bene che sia così, perché spesso sono fatte da sciocchi... e comunque sempre e solo da uomini, sovente vani e indecisi.

Il pensiero di Montaigne giunge al conservatorismo. Bisogna diffidare da chi ci propone utopie; è meglio mantenere le cose così come stanno. «Tutte queste descrizioni di nuovi modelli di vita sociale, finti e fantasiosi, sono ridicole e non possono essere poste in essere ... Queste descrizioni potrebbero forse adattarsi ad un Nuovo Mondo, ma noi abbiamo a che fare con un mondo già fatto e modellato in base a certe usanze e non possiamo rigenerarlo». «È molto facile accusare di imperfezione un certo assetto sociale, dato che tutte le cose mortali sono piene di imperfezione. È molto facile indurre un popolo a disprezzare le sue antiche costumanze; nessuno che abbia cercato di farlo, ha mai fallito. Ma stabilire un assetto migliore delle cose, al posto di quello che si è voluto mandare in rovina, questo non è mai riuscito a tutti coloro che han tentato di farlo». «Uno stato è sempre

sottoposto a istanze di innovazione. Ma il mutamento è causa unicamente di ingiustizia e di tirannia. Vincere il male del presente non significa guarire ... al posto di questo può venire un male peggiore, come capitò agli assassini di Cesare, che gettarono la cosa pubblica in un tale marasma, che ebbero a pentirsi di essersene sporcate le mani. I francesi miei contemporanei sanno bene cosa pensarne. Tutte le grandi innovazioni disarticolano lo stato e lo mettono in un gran disordine ...».

Bisogna mantenere le usanze locali. E nel diritto privato bisogna guardarsi dall'invasione del diritto romano. «Io sono grato alla fortuna del fatto che, come dicono i nostri storici, fu un gentiluomo guascone del mio paese ad opporsi per primo a Carlo Magno che voleva darci le leggi latine e imperiali». Questa è la filosofia del diritto che può nascere dallo scetticismo.

Bisogna ammettere che con questa filosofia non si va troppo lontano. Se abbiamo lasciato parlare direttamente Montaigne, è per l'estrema qualità *letteraria* delle citazioni che abbiamo scelto, più che per la loro ricchezza filosofica. È letteratura, più che pensiero. È scegliere una strada facile, quella di volgere in ridicolo i dogmatismi oltranzisti; il dogmatismo è certamente un vizio, di cui erano gravemente affetti quei filosofi stoici che si credevano in possesso di assolute certezze; e non è stato difficile confutare la loro tracotanza. È ben più serio cercare di misurare, come facevano Aristotele e San Tommaso, il grado di *probabilità* cui può giungere lo spirito umano; l'ironia di Montaigne non serve a nulla contro una dottrina così prudente e modestamente realistica come quella del diritto naturale classico. E col pretesto che le nostre conoscenze in materia di giustizia e di doveri sono inquinate da un elevato coefficiente di arbitrarietà e di incertezza, è semplicistico concludere che noi non possiamo saper *nulla* del dovere e che non ci resta altro che inchinarci davanti alla mera fattualità.

Non dobbiamo però calunniare Montaigne; egli non aveva alcuna intenzione di dedurre dai testi che abbiamo citato una dottrina delle fonti del diritto; egli è troppo fedele allo spirito dei suoi modelli latini e greci; non aveva alcuna intenzione, come del resto Cicerone, di occuparsi di diritto; non era altro che un moralista. Se l'opera di Montaigne ha avuto un certo peso nella filosofia del diritto, questa non è colpa sua. E non è nemmeno colpa di Pascal, che nelle *Pensées* ha riprodotto le stesse formule, rifondendole al crogiolo del suo stile incisivo e assicurando così loro una più ampia fortuna: «Il pirronismo è vero»; «Bella giustizia, quella che è discriminata da un fiume; verità al di qua dei Pirenei, errore al di là»; «Le usanze costituiscono la totalità di ciò che è giusto e per questo solo motivo, che sono accettate da tutti»; non dobbiamo ubbidire alle leggi «perché sono giuste, ma perché sono leggi». «La giustizia è ciò che è stabilito; tutte le leggi vigenti sono necessariamente giuste, senza bisogno che noi le controlliamo, perché sono vigenti». Ma anche le *Pensées* di

Pascal non erano affatto destinate ai giuristi.

Disgrazia ha voluto che tesi come queste, fin troppo brillanti, abbiano riscosso un successo eccessivo. E che sopra il dubbio si sia voluta ricostruire tutta la filosofia, come è avvenuto con Cartesio e con tutto l'idealismo moderno. E che, non volendo riconoscere il carattere di verità obiettiva e certa, altro che alle astrazioni delle scienze esatte, il pensiero moderno abbia confinato le scienze morali e giuridiche nel novero delle credenze irrazionali, e le abbia appiattite sulle costumanze, sulle leggi vigenti, sulla dittatura dei «fatti». Da antidoto contro i dogmatismi, lo scetticismo è divenuto un sistema, come per esempio in Hume.

È molto strano, ma anche incontestabile, che il diritto moderno abbia subito a sua volta l'influenza di questa teoria della conoscenza. L'élite dei giuristi moderni (per lo meno in Francia) è stata reclutata in quella stessa classe sociale che era stata conquistata dall'umanesimo. Le idee di Montaigne, che divenne ben presto un classico della borghesia, e soprattutto quelle di Pascal, hanno avuto una fortuna mondiale. Numerosi grandi giuristi francesi dell'*Ancien Régime*, dall'amico di Pascal, Domat, a Daguesseau e a Pothier furono influenzati dal giansenismo; più tardi molti altri subirono l'influsso di Voltaire. Analoghe correnti di idee influenzarono i giuristi inglesi. Così si comprende come si sia lentamente imposta, nella dottrina giuridica prerivoluzionaria, una tendenza irrazionalistica, che diffidando del potere della ragione umana, ha preso le difese delle consuetudini o dei «precedenti» giudiziari contro i sistemi giusnaturalistici. Questa tendenza è servita da argine contro le pretenziose costruzioni della scuola, soprattutto tedesca, rimasta fedele alle lezioni del neostoicismo, che viene chiamata del diritto naturale moderno, e che ha esercitato, in questo contesto storico, una funzione utile.

Sfortunatamente, lo scetticismo doveva portare molto più lontano il pensiero giuridico moderno. Verrà l'epoca in cui, dominati da questa moda filosofica, gli stessi giuristi si riterranno obbligati ad insegnare essi stessi che è vano andare alla ricerca di ciò che è giusto e che non c'è nulla di meglio da fare che chiamare diritto le leggi vigenti o le consuetudini effettivamente sentite per tali in una determinata società o le decisioni giudiziarie, così come sono effettivamente constatabili. I giuristi adatteranno in tal modo alla scienza del diritto il positivismo filosofico. E in questa atmosfera culturale viviamo ancora oggi, tanto è stata perversa l'influenza sulla teoria del diritto di sistemi filosofici elaborati al di fuori dell'esperienza giuridica.

Ma dobbiamo ritornare al XVI secolo.

Capitolo sesto.

## LA RINASCITA DELL'EPICUREISMO

Ci resta da studiare la rinascita di un ultimo sistema filosofico. In tal modo

avremo fatto l'analisi di quasi tutte le dottrine dell'antichità. In esse troviamo proprio tutto; non solo quella filosofia aristotelica, che è quella che meglio ci aiuta a comprendere la struttura del diritto romano, ma anche le radici del pensiero giuridico dell'Europa moderna, tra le quali dobbiamo annoverare anche la filosofia di Epicuro.

## I - Il successo dell'epicureismo nel mondo umanistico

Sedotto in un primo momento dallo stoicismo e in seguito dallo scetticismo, Montaigne giunge alla fine ad abbracciare un quasi-epicureismo; egli cita 299 volte Orazio o Lucrezio. Un celebre verso di Ronsard è indice di un'analogia influenza:

*Cueillez dès à present les roses de la vie.*

E l'abbazia di Thélème di Rabelais è chiaramente epicurea ... E per passare ad autori meno originali, e proprio perciò più rappresentativi dell'opinione comune, ricordiamo che nel XV secolo Lorenzo Valla, grande precursore dell'umanesimo, è considerato un epicureo. Tutto il rinascimento italiano è dominato da questa corrente filosofica. Alla fine del XVI secolo e agli inizi del XVII, le testimonianze diventano innumerevoli. Lucilio Vanni di Otranto, nel 1619, si fa bruciare dall'Inquisizione per essere caduto nell'eresia epicurea. In quegli stessi anni, nel 1647, Gassendi pubblica *Vie et doctrine d'Epicure* e nel 1645 la *Somme de la doctrine épicurienne*. In quel medesimo 1645 Magnien edita il suo *Democritus redivivus*. Gli inizi della scienza moderna, che nasce con un forte spirito antiaristotelico, devono buona parte dei loro principi alla fisica di Epicuro e a quella di Democrito, cui Epicuro si è ispirato. Un Galileo, un Hobbes, un Bayle sembra che abbiano ripreso dall'epicureismo le loro tesi fondamentali: l'atomismo, il meccanicismo, l'abolizione delle cause finali. Quanto ai «libertini», derivano dall'epicureismo la loro propensione all'ateismo. Se dovessimo seguire l'influenza dell'epicureismo sul pensiero borghese post-umanistico fino alla rivoluzione francese, quanti nomi dovremmo citare!

A proposito dell'epicureismo, dobbiamo fare un'osservazione analoga a quella fatta per lo scetticismo: si potrebbe credere che l'epicureismo, edonistico e irreligioso, abbia trovato poco spazio nell'Europa cristiana. Questo è senz'altro vero se consideriamo il pensiero protestante; ma il cattolicesimo rispetta tutto ciò che emerge dal pensiero profano; il cattolicesimo non umilia la ragione umana e si apre a tutte le sue conquiste. Ed anche se l'orgogliosa dottrina stoica della virtù ha un primato sulla morale cristiana (che ne ha in qualche modo risentito), la Chiesa ha comunque avuto un debole per l'epicureismo, dottrina più modesta e che ha il merito di non decadere mai nel moralismo. E poi, perché dovrebbe dispiacere alla Chiesa il fatto che l'epicureismo si faccia beffe *degli dèi*? Tutt'al più bisogna purificarlo di tutto ciò che si dà in esso di contrario al

dogma, così come aveva operato San Tommaso nei confronti di Aristotele; e dedurre un «epicureismo cristiano». Né Montaigne, né La Fontaine, in fin dei conti, furono nemici della chiesa. Lorenzo Valla lavorò come segretario alla corte papale; Gassendi fu un canonico devoto e di lui si dice che i sermoni lo preoccupassero più che la fisica. La Roma dei papi rinascimentali poté senza rimorso alcuno abbandonarsi all'epicureismo; salvo poi a bruciare sul rogo un Lucilio Vanni di Otranto, colpevole d'essere andato un po' troppo in là ...

C'è poi il bisogno di aggiungere che la congiuntura economica, il sorgere di una nuova classe abbiente, sono tutti elementi favorevoli alla rinascita dell'epicureismo?

## II - L'epicureismo

Come filosofia ha questo di buono: tra tutte quelle che conosco, è certamente la più gradevole. Innanzitutto è un piacere studiarla attraverso il magnifico poema di Lucrezio. Lucrezio, innamorato di Epicuro, e appassionato di filosofia al punto da diventarne pazzo, ce ne ha trasmesso la dottrina nei suoi versi, seguendo l'esempio di Empedocle e di altri autori greci. Possediamo poi i dialoghi di Cicerone: dato che la setta epicurea riscuoteva un grande successo nella classe colta romana (successo che perdurerà ai tempi di Augusto, di Orazio e di Mecenate), Cicerone si preoccupa di farne esporre le dottrine, nel *De finibus*, nel *De legibus*, nel *De natura deorum* e nel *De fato*. Ma prima ancora che si studi Lucrezio o Cicerone, si può far riferimento ad Epicuro stesso, di cui Diogene Laerzio (altra lettura degli umanisti) ci ha lasciato la biografia, nella quale sono contenuti parecchi preziosi *aforismi*, che dovremo utilizzare. E si può andare ancora più in là, dato che per la fisica l'epicureismo si rifaceva alla dottrina di Democrito e per la morale a quella di Aristippo.

L'epicureismo, insomma, è una filosofia che si nutre del pensiero di diversi secoli.

Dobbiamo innanzi tutto studiarne, anche se rapidamente, le posizioni fondamentali, prima di andare alla ricerca degli effetti che dall'epicureismo possono derivare alla teoria del diritto. L'epicureismo è essenzialmente una morale della condotta individuale, e da questo punto di vista è ben caratteristico del periodo ellenistico alessandrino, in cui il sapiente è costretto a disinteressarsi della politica e abbandonando ogni indagine di tipo metafisico non si preoccupa che di condurre bene la propria vita. Ma mentre lo stoicismo assegnava come regola alla vita dell'uomo l'ubbidienza alla ragione ed alla natura, e come bene supremo la virtù, Epicuro propone invece come modello la felicità. È una dottrina molto più semplice e più facile, e – così egli pensa – molto più naturale.

Comunque, la morale di Epicuro, come quella stoica, si fonda su di una

*fisica*. Quali che siano infatti le ragioni contrarie invocate dallo scetticismo, noi non possiamo fare a meno di avere una concezione del mondo, anche se magari ci accontentiamo di una concezione superficiale ed elaborata in base alle conseguenze pratiche che se ne possono derivare. Per persuadere i discepoli che non devono prefiggersi null'altro che il conseguimento del loro benessere personale e che rifacendosi ad altri modelli, come l'ordine «naturale» delle città o la virtù stoica, non si fa altro che perdere il proprio tempo, sacrificandolo a vani fantasmi; per sgomberare il loro spirito da questi ingombranti pregiudizi, bisogna in primo luogo inculcar loro una giusta visione della «natura delle cose». E a questo proposito Epicuro ricorre alla fisica di Democrito, pur apportandole alcune varianti per meglio giustificare la morale dell'utilità.

Si tratta di una dottrina relativamente semplice, il che non toglie che può essere definita geniale. È materialistica ed atomistica. Non esiste altro che la materia e questa materia è fatta di *atomi*, che sono eternamente in movimento nel vuoto (probabilmente l'atomismo moderno deve molti dei suoi principi alla nuova fortuna riscossa da questa fisica nel cinquecento). L'anima stessa è composta di atomi, anche se particolarmente piccoli. Tutte le nostre conoscenze provengono dalle irradiazioni che i corpi proiettano su di noi e che possono lasciare segni sul nostro spirito (così si spiegano la memoria e la presenza in noi di illusioni e di ingannevoli immaginazioni). Il numero degli atomi è infinito; essi sono eterni e conservano indefinitamente la materia di cui sono composti; nulla si crea e nulla si distrugge. Si muovono dall'eternità, dall'alto in basso (questa è l'opinione di Democrito), ma sono anche in grado di deviare dalla loro direzione, soprattutto per l'effetto del caso (*tyche*, che in latino viene tradotta con *casus*). Possono quindi scontrarsi, unirsi, costituire corpi e perfino mondi, come è il nostro in mezzo a tutti gli altri che sono contenuti nel cielo. Non c'è alcuna intenzione né intelligenza nel processo che casualmente ha portato alla formazione dei mondi; non è necessario supporre alcuna provvidenza divina, alcuna finalità naturale; è sufficiente far riferimento al gioco delle cause efficienti. La fisica epicurea, ancor meno della stoica, lascia quindi spazio alla nozione classica del diritto naturale.

Quali le conseguenze? Il discepolo di Epicuro si sbarazza delle catene poste dalla filosofia e dalle superstizioni popolari, che impediscono la ricerca naturale della felicità e soprattutto si sbarazza delle angosce della religione. Ci sono gli dèi?

Epicuro non arriva tanto in là da negare la loro esistenza. Lucrezio dedica i primi versi del suo poema alla invocazione di Venere, con immagini altamente poetiche. Perché poi l'epicureo dovrebbe arrivare a provocare l'opinione comune e ufficiale del tempo ed esporsi inutilmente ad accuse di ateismo? Gli dèi non sono necessari alla spiegazione del mondo e soprattutto, anche se esistono, non si occupano di quello che facciamo noi; essi si riposano, conducono nei cieli una vita tranquilla ed egoista; e, come

ogni altra cosa, sono anche essi composti di materia, atomi tra gli altri atomi, e non hanno alcuna preoccupazione altruistica; gli astri, le divinità del pensiero greco-romano, non sono altro che materia. Liberiamoci dunque dall'angoscia del pensiero di ciò che ci capiterà dopo la morte, dalle credenze popolari, dall'idea delle pretese ricompense o punizioni di oltre tomba; non esiste un al di là, la nostra anima è mortale. Liberiamoci dalla ricerca vana e priva di oggetto della virtù. Liberiamoci anche l'animo dalle fatiche della metafisica, dalla ricerca delle cause finali, che sono tutte ricerche prive di oggetto. «La saggezza è cosa ben più preziosa della filosofia», dice un aforisma di Epicuro.

Ecco perché Lucrezio canta Epicuro come benefattore dell'umanità, per aver sottratto gli uomini a tutte le paure e a tutte le pene inutili che gravano su di loro. Che resterà da fare, per condurre una vita felice? Ci è possibile influenzare un po' il corso delle cose. Democrito, determinista, aveva affermato che esistono leggi naturali ineluttabili; ma il fatalismo si adatta male ad una morale del piacere; Epicuro perciò ammette che i corpi (o almeno i più sottili tra di loro, come lo spirito degli uomini e degli animali) hanno la facoltà di discostarsi insensibilmente dalla via in cui li condurrebbe il loro peso e il puro caso; si salvaguarda così la libertà.

Possiamo dunque indirizzare la nostra vita per meglio conseguire l'obiettivo che ci propone la natura e il semplice buon senso (una volta che ci si è liberati dalle superstizioni) e cioè il nostro benessere personale. Su questo punto Epicuro si rifà ad Aristippo e alla scuola degli edonisti, non senza modificarne la dottrina; si sa che egli esalta, più che i godimenti, l'assenza dei dolori e delle preoccupazioni, l'astensione dai piaceri più vivi, dagli eccessi della ricchezza e dei godimenti, che hanno sempre il loro rovescio. Sarà vera saggezza quella di calcolare il benessere durevole o futuro, anche a prezzo di pene passeggiere e di prediligere una vita ritirata, al riparo dai dolori altrui. Una morale di assoluto egoismo? Sì e no, dato che per Epicuro l'«amicizia» appartiene al novero dei piaceri più soavi; una conversazione gradevole, in un giardino, tra vecchi amici, accompagnata da buon vino e magari anche da musica e dall'ascolto di poesie: ecco ciò che non rischia proprio di causare malattie o noia. L'epicureismo crea così uno stile raffinato di vita, adatto per la verità più ad una élite che alla gente comune; si spiega bene che abbia avuto tanto successo nell'aristocrazia romana, come più tardi nel mondo delle classi agiate rinascimentali italiane e in seguito presso Montaigne, La Fontaine, Gassendi, Molière, Bentham.

### **III - L'epicureismo giuridico**

Quali possono essere i rapporti di questa filosofia col diritto? La si può definire una filosofia del diritto? Possiamo rispondere di no, almeno se la consideriamo nella sua elaborazione originale. Come il sapiente stoico, anzi, ancor meno di lui, il discepolo di Epicuro non si mescola alla vita

pubblica, non si interessa agli onori e alla ripartizione dei beni; egli conduce la sua vita in disparte, individualisticamente; non si occupa del diritto. Ai tempi di Cicerone e di Augusto, molti membri dell'aristocrazia romana si ispirarono all'epicureismo, mettendo a profitto le lezioni di Epicuro per modellare la loro vita privata; e credo che non sia mai passato loro per la testa di dedurre una teoria delle fonti del diritto, del suo oggetto e del suo metodo.

Dobbiamo però fare a questo proposito la stessa osservazione che abbiamo fatto per lo stoicismo e per lo scetticismo: nella misura in cui la visione epicurea della vita (visione, in verità, molto parziale ed essenzialmente moralistica) è riuscita ad imporsi, a diventare filosofia dominante, come in effetti è successo in alcuni circoli intellettuali, all'inizio dell'epoca moderna, è stato necessario ripensare il diritto utilizzando le sue categorie. Ogni sistema filosofico tende a diventare un monismo totalitario; e questo è vero anche per l'epicureismo. Diciamo anche che esso porta in sé, come in germe, una filosofia del diritto, anche se nelle sue origini si disinteressa dei problemi giuridici. Ma il germe giungerà a fruttificare.

Abbiamo già osservato che c'è un'opposizione tra la fisica di Epicuro (quella fisica, i cui principi tornano di moda nel mondo moderno) e il diritto naturale classico. Le due prospettive sono incompatibili: dare a ciascuno il suo secondo natura non ha alcun senso in una dottrina che nega il piano della natura e l'esistenza di cause finali. Si può però indovinare quale concezione positiva dell'oggetto e delle fonti del diritto essa contenga in potenza.

### 1. *Oggetto e contenuto del diritto*

Quanto alla questione principale della filosofia del diritto, quella della definizione del diritto, o della funzione che si attribuisce all'arte giuridica, sarà sufficiente ripetere che l'epicureismo non è che una morale. Esso ignora l'oggetto specifico che Aristotele assegnava al diritto: *suum cuique tribuere*. Anche l'epicureismo tende a confondere il diritto con l'insieme della morale comune, pur se si tratta di una morale molto immorale e che molta gente avrebbe ripugnanza di qualificare come tale.

Riprendiamo su questo punto l'individuazione della dottrina epicurea. L'epicureismo insegna ai suoi seguaci non a seguire la virtù (dato che la virtù non è che un mito), ma semplicemente il piacere: per Epicuro si tratta di un piacere calmo, fatto di isolamento e di assenza di preoccupazioni, ma che per molti consisterà piuttosto nell'agiatezza, nella sicurezza, nel gusto di arricchimento (e allora l'economia politica prenderà il posto della morale). Non esiste dunque altro scopo della nostra condotta morale, né altra finalità per il diritto.

Nel *De finibus*, Torquato, un epicureo, così espone la dottrina del maestro sul sommo bene: «Epicuro lo identifica col piacere ... Ogni essere animato, infatti, dal momento della nascita cerca il piacere e se ne compiace come

del più grande dei beni; detesta il dolore come il più grande dei mali e per quelle che sono le sue forze se ne tiene lontano. Si comporta così quando in lui non c'è ancora nulla che sia stato falsato e quando la sua natura, lasciata a se stessa, mantiene ancora tutta la sua purezza e tutta l'integrità di giudizio. È quindi inutile stare a discutere e a ragionare per sapere perché bisogna seguire la natura e fuggire il dolore. Tutto ciò *si sente*, dice Epicuro, come si sente che il fuoco è caldo, la neve è bianca e il miele è dolce...».

Tutto il contenuto della morale si riduce quindi a calcolare, anche se a prezzo di sofferenze passeggiare, quale sia la più grande e la più durevole quantità di piacere.

«Non c'è nessuno che fugga il piacere, in quanto piacere, ma solo nei limiti in cui può essere seguito da grandi dolori, anche se molti non sanno calcolare gli effetti della voluttà (*ratione voluptatem sequi nesciant*) ... Pertanto, in questi casi, il sapiente si comporta così: rifiuta i piaceri, per ottenerne di più grandi, sopporta con pazienza i dolori, per evitarne di più crudeli».

Ecco dunque a cosa si riducono tutte le virtù epicuree, ivi comprese la rassegnazione, l'amicizia, l'assenza di ambizione. Ivi compresa pure la *giustizia*.

«Della giustizia non si può dire che vada ricercata di per sé. Ciò che ce la raccomanda, è la grande abbondanza di piaceri che essa ci apporta». La giustizia è uno *strumento* nella ricerca del piacere e nella fuga dai dolori.

Quale sarà allora il suo oggetto? Non calcolare la giusta parte che spetta a ciascuno, ma semplicemente «non nuocere», non cagionare sofferenza, a rischio di patire il reciproco. «*Iustitia ... quae nunquam nocet cuiquam*» afferma Torquato. La giustizia può anche indurci a moltiplicare i benefici reciproci, i piaceri e le ricchezze. Il diritto, divenuto così l'agente tecnico della morale del piacere, proibirà le azioni nocive e prescriverà azioni utili, secondo i dettami del calcolo utilitarista. Quanto all'essenziale - per lo meno, come direbbero i marxisti, nello stadio dell'economia borghese - il contenuto del diritto è il medesimo di quello stoico: non rubare, non provocare danni e, nei limiti in cui ciò si rivela economicamente utile, garantire il rispetto dei contratti. Della giustizia nel senso aristotelico non se ne parla proprio più.

Non è questo il momento di insistere sulle gravi insufficienze e sulla debolezza di questa dottrina. A parte il fatto che il compito che essa assegna ai giuristi non potrebbe garantire l'equilibrio delle ricchezze e delle cariche all'interno della comunità politica, né quindi assicurare la salute e la sopravvivenza del corpo sociale, dubito fortemente che un sistema giuridico possa mai essere costruito sull'egoismo e a partire da una morale strettamente individualistica. Resta molto problematico che in un grande numero di casi ognuno trovi il suo interesse specifico nel seguire o nel porre il diritto. Ma lasciamo stare queste osservazioni critiche e

continuiamo la nostra indagine: dobbiamo arrivare a mettere in chiaro cosa l'umanesimo moderno ha potuto trarre dalla prospettiva epicurea in ordine al diritto.

## 2. *Le fonti del diritto*

C'è anche in Epicuro la possibilità di costruire una teoria delle fonti del diritto. Ovviamente l'epicureismo non ci dirà di ricercare il diritto sul piano della natura; la natura non ha un piano, gli dèi si disinteressano della nostra sorte e ci abbandonano a noi stessi. Né si tratterà di seguire il Logos, la ragione sovrana dello stoicismo.

Bisogna abbandonare tutte queste mitologie. Il diritto - o più esattamente il giusto, dato che Epicuro non si cura troppo della scienza giuridica - ha la sua origine nei patti di non aggressione che gli uomini prudentemente concludono l'uno con l'altro nel reciproco interesse. «La giustizia non è qualcosa in sé e per sé, ma una convenzione nata nei reciproci rapporti, valida sempre secondo i luoghi, perché nessuno apposti o riceva danno». Non esiste giustizia se non tra le persone che sottoscrivono questi accordi; e la giustizia obbliga solo fino a quando ci sia interesse ad osservarla.

«L'ingiustizia non è di per sé un male, ma è tutta nella paura generata dal sospetto che non si sfuggirà alla punizione di coloro che sono stati preposti alla punizione di tali azioni»: il fatto è, comunque, che evitando azioni ingiuste si guadagna una maggiore tranquillità d'animo. Beninteso, il contenuto della giustizia è essenzialmente dinamico: lo si muta secondo le circostanze.

Nel quinto libro del suo poema, Lucrezio descrive gli inizi della storia e della preistoria dell'uomo. L'incontro degli atomi ha costituito il nostro universo e poi progressivamente le specie dei minerali, degli esseri viventi e per finire quelle umane (Lucrezio è evoluzionista); i primi uomini vissero inizialmente come gli animali. Non esisteva ancora la giustizia; non c'erano un bene comune, costumanze, né leggi.

*Nec commune bonum poterant spectare neque ullis moribus inter se scibant nec legibus uti.* Sarà questo lo «stato di natura» dei moderni, lo stato di natura senza diritto. In esso non esiste il matrimonio, né il commercio, né le città. Ma, dopo aver inventato la lavorazione delle pietre, quella del ferro e del bronzo, insieme con altre invenzioni tecniche, gli uomini inventano la giustizia ed il diritto: si accordano tra vicini di non farsi vicendevolmente male (*non laedere*) e il loro interesse li induce a rispettare questi patti di alleanza (*foedera*). Le città si costituiscono quando il più forte prende l'iniziativa di organizzare la vita comune e di dividere i beni: *et pecus atque agros divisere.*

La città progredisce. Si dà una costituzione. I più capaci insegnano agli altri a creare magistrature, diritti e a usare le leggi: *Inde magistratum partim docuere creare iura constituere ut vellent legibus uti.*

Si tratta di utili invenzioni, dal momento che gli uomini ritengono

vantaggioso osservare questi *communia foedera pacis*.

Il diritto è creato grazie ad accordi pattizi. Analogamente Cicerone scrive che, secondo la dottrina di Epicuro, l'amicizia si fonda sui *patti* di mutua assistenza. Il contenuto delle regole di giustizia non è stabilito in base al *logos*, come la legge morale stoica; il sapiente ha perduto il privilegio di dettar la legge agli altri uomini, nel nome di una pretesa ragione; tutti gli uomini concorrono nell'attività pattizia (si tratta di una tesi più democratica di quella stoica). Il diritto è il prodotto della volontà umana, mossa dall'interesse. È, quella epicurea, una dottrina che viene a costituire come una terza forma, intermedia, tra il razionalismo stoico e il nichilismo scettico, di *positivismo giuridico*.

### III - Conclusione

Il diritto romano, a nostro avviso, non ha subito l'influenza di questa filosofia; esso non è il prodotto di un'attività pattizia, ma per l'essenziale è opera dei *prudentes*, che hanno argomentato a partire dai dati oggettivi dell'ordine naturale; non c'è nulla che esso tema più dell'arbitrarietà; va alla ricerca della giustizia; non sacrifica la giustizia all'utilità; da ciò il suo valore e la sua fortuna storica.

Ma a partire dal rinascimento, quando questi frammenti dispersi nell'opera di Cicerone, Lucrezio, Epicuro, verranno riuniti in un omogeneo corpo dottrinale, vengono a nascere il contrattualismo e l'utilitarismo moderni. Il più grande profeta del contrattualismo moderno, Hobbes, era un epicureo: dopo aver utilizzato l'epicureismo nella sua *Fisica*, Hobbes ne ha adoperato i principi per costruire un nuovo sistema di pensiero giuridico; Locke mostra di aver subito le medesime influenze; e si può dire che in Bentham si ritrovino tutti i principi tipici dell'epicureismo antico: assegnare al diritto la funzione di promuovere «la più grande quantità di piacere per il maggior numero di uomini»; il diritto viene costruito attraverso l'invenzione di leggi positive utili. Più ampie ancora sono le conseguenze della rinascita epicurea: essa si è diffusa largamente nella «filosofia» francese del settecento, ha influenzato la scuola economica inglese, ha ispirato Marx e domina ancora il pensiero americano; siamo ancora noi tutti sotto l'influenza di questa visione semplicistica del mondo, del nominalismo, dell'atomismo individualistico o per lo meno della morale utilitaristica.

Delle tre grandi filosofie ellenistiche, quella che oggi continua a riscuotere il successo maggiore è indubbiamente l'epicureismo. L'influenza stoica si è esaurita: il razionalismo ha fatto il proprio tempo. Lo scetticismo è difficilmente sostenibile: per quanto infatti si voglia insegnare che la giustizia è inaccessibile, questa non è che teoria astratta e nessuno ha mai rinunciato a ricercare quali soluzioni siano più giuste: lo pretende il senso comune. La nostra filosofia implicita, quella che inconsapevolmente è condivisa dalla maggior parte dei giuristi (non dico dei professori di

diritto), corrisponde in generale all'amabile dottrina di Epicuro: essa non nega in linea di principio il giusto, ma lo riduce all'utile, che è più facile a percepirsi; fa del giurista colui che è al servizio del denaro e del benessere e sacrifica la distribuzione dei beni che la filosofia di Aristotele, meno semplicistica, aveva riconosciuto come l'oggetto specifico del diritto. È questo l'atteggiamento più comune nel mondo occidentale attuale e nasce da un tipo di cultura che ci è stato trasmesso dal Rinascimento.

Ma ancora una volta siamo caduti nel flagrante delitto di essere andati al di là del nostro tema e di aver fatto violenza alla cronologia; ritorniamo all'epoca in cui vanno situati gli inizi del diritto moderno. Lo scetticismo e l'epicureismo, riportati in auge a partire dal Cinquecento da alcuni umanisti, si sono interessati del diritto relativamente tardi: si pensi ad Hobbes, a Locke, a Hume, a Bentham ... I giuristi sono sempre in ritardo rispetto alla filosofia; i più intellettuali tra di loro sono ancora fermi, nel Cinquecento, alla «prima fase» di Montaigne, quella stoica. Per questo è nello *stoicismo* che si riscontrano le fondamenta del sistema giuridico moderno. Ne daremo la prova studiando gli autori della giurisprudenza umanistica.

## PARTE SECONDA

### LA GIURISPRUDENZA UMANISTICA L'APPORTO DELL'UMANESIMO ALLA SCIENZA GIURIDICA MODERNA

#### 1 - Introduzione

È un errore - che viene purtroppo incoraggiato nell'attuale regime degli studi - fare della filosofia del diritto una «specialità» autonoma; il risultato è che nei congressi di «filosofi del diritto» l'uditorio si lascia sedurre e conquistare da tesi brillantemente ricalcate sulle teorie e sui linguaggi dei filosofi che vanno di moda, ma che hanno ben pochi rapporti con la realtà del diritto; teorie insomma che sono destinate unicamente ad un pubblico composto da universitari. Lo stesso succede nella riflessione storica: una filosofia del diritto non cessa di essere astratta e scolastica, non ha senso ed autenticità che quando è studiata nella sua effettualità storica. Sarebbe necessario un continuo interscambio tra filosofia e attività giuridica (ad esempio, tra la dottrina classica del diritto naturale e il sistema del diritto romano), come il movimento di ascensore che sale e scende da un piano all'altro.

Ecco perché diamo qualche nozione di storia del diritto.

È ben certo che l'umanesimo ebbe immediate applicazioni nella storia del diritto: i capofila dell'umanesimo (Erasmo, Guglielmo Budé, Rabelais) hanno già concepito il programma di una riforma umanistica del diritto; e

nessuno ignora che tra i giuristi francesi e tedeschi del cinquecento molti si rifacevano all'umanesimo: Baudoin, Connan, Duaren, i Godefroy, Etienne Pasquier, il cancelliere Hospital ed anche Loysel e Du Moulin ... in Germania ricordiamo Zasius, Vigelius e Oldendorp, Claude Chansonnette, Amerbach ... Si potrebbe prolungare questa lista aggiungendovi un buon numero di autori spagnoli, svizzeri, olandesi, e non c'è alcun motivo per limitarla a nomi del XVI secolo; come vedremo più tardi, appartengono ancora all'umanesimo il tedesco Althusius e soprattutto l'olandese Grozio, che fioriscono agli inizi del XVII secolo. È vero che non si tratta che di un numero piuttosto ristretto di giuristi, in pratica di un'élite; ma nel progresso della storia del diritto l'élite conta infinitamente di più della maggioranza dei giuristi.

Nella maggioranza dei manuali (almeno di quelli francesi) di storia del diritto, vengono dedicate poche pagine, o addirittura poche righe, a questa scuola. Il fatto è che si ritiene non corretto attribuire importanza, nella storiografia, ai movimenti di idee: blandamente conquistati dal materialismo storico e spesso dal sociologismo, la maggioranza dei miei colleghi sembra ritenere che i mutamenti decisivi effettuati nel diritto agli inizi dell'epoca moderna sarebbero da considerare unicamente come il risultato di lotte che coinvolgono interessi materiali e della congiuntura politica ed economica; il pensiero dei giuristi andrebbe considerato come un mero epifenomeno. Anche nei più recenti corsi di dispense universitarie ce n'è qualcuno dedicato alla storia delle idee (delle idee «politiche»), ma non credo che esse vengano considerate come parte integrante e capitale della storia del diritto. Non tutti gli storici, anche in Francia, condividono però questa tendenza. Se consultate il manuale del mio collega tedesco Wieacker, vedrete come egli non sottovaluta l'influenza dell'umanesimo. Ho già ricordato l'opera del Kisch; in Italia, un lavoro di Guido Astuti ha conosciuto prima della guerra un certo successo: al metodo giuridico tradizionale in Italia, che è stata la terra dei glossatori, e poi dei commentatori, la terra del bartolismo, Astuti contrappone il nuovo metodo che è nato in Francia, precisamente sotto l'egida dell'umanesimo. Più di recente è apparsa in Italia tutta una serie di studi sull'umanesimo giuridico. Orestano gli consacra gran parte della sua *Introduzione allo studio storico del diritto romano* e ciò è ben significativo, dato che l'umanesimo è responsabile del rovesciamento subito dal diritto romano nel mondo moderno. Orestano ritiene che per comprendere il diritto romano, così come esso storicamente è stato prima di queste deformazioni, dobbiamo cominciare dallo studio delle opere dei giuristi del cinquecento. Un allievo di Orestano, il Maffei, ha pubblicato *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, a cui vanno aggiunti i lavori del Piano Mortari. Una bibliografia completa su questo tema è impossibile; essa comprende un grandissimo numero di studi relativi ad ognuno degli autori dell'umanesimo, come Doneau, Hotman, Cujas.

## II - I tratti distintivi della scuola umanistica

Non posso pretendere di portare avanti in questo capitolo di storia del diritto uno studio completo dei giuristi umanisti del XVI secolo: il loro mondo è troppo complesso per poter essere abbracciato tutto in un breve spazio, ed anche per essere descritto nelle sue tendenze dominanti. Tra Doneau, Bodin e Cujas si trovano a prima vista più contraddizioni che convergenze.

Il tratto comune che avvicina autori così diversi è la loro pretesa di costituire una classe di giuristi colti (*cultior jurisprudentia*) e di poter unificare giurisprudenza e studio delle belle lettere. Lo proclama, insieme con molti altri, Bodin nel suo *Discours au Sénat et au Peuple de Toulouse sur l'éducation à donner aux jeunes gens de la République*: «Si è sostenuto per molto tempo a Tolosa che la cultura letteraria si accorda molto male con la scienza del diritto. Ma ciò equivale pressappoco a dire che nessuno può essere un buon giurista, a meno che non sia notoriamente un selvaggio o uno sciocco. Il che andrebbe considerata una sanguinosa offesa contro i giuristi, dato che i maestri di questa disciplina hanno riempito i loro libri non solo di eloquenza, ma di filosofia e di tutti i graziosi apporti dell'umanesimo; al punto che se la si privasse della sua forma letteraria, la giurisprudenza diventerebbe non solo penosa, ma anche ripugnante; non solo ingrata, ma incoerente. È proprio questa macchia degradante e vergognosa attaccata al nome di giurista che è stata cancellata da Budé e dopo di lui da Alciato, da Connan e da molti altri con il loro illustre insegnamento. E questa è anche, come voi sapete bene, la preoccupazione degli eminenti professori di questa università». Analogamente si esprime il cancelliere Pasquier: «Il secolo 1500 ci ha donato un nuovo modo di studiare le leggi, attraverso il *matrimonio dello studio del diritto con quello delle lettere*, grazie a un linguaggio latino corretto e levigato; e tre iniziatori di questo nuovo messaggio: Guillaume Budé, francese, nato a Parigi; Andrea Alciato, milanese, e Ulderico Zasio, tedesco, nato nella città di Costanza». Una dissertazione di Bourges, citata da Orestano, celebra queste nozze: *nuptiae jurisconsulti et philologiae*. Vedremo come questa sintesi tra diritto e belle lettere sarà raccomandata da tutti i nostri autori e sarà essa a caratterizzare, nell'insieme, il *mos gallicus*. In polemica con i pedanti, rimasti fedeli alle abitudini della vecchia scuola, i nuovi giuristi amano considerarsi colti, *culti*, e si ergono a difensori nel loro tempo di una causa decisamente sospetta, quella dell'inserzione della cultura generale nel *diritto*: «omnes disciplinas inter se conjunctionem rerum et communionem habere».

Ci sono comunque tante maniere di far mostra di cultura e di ispirarsi alle belle lettere: alcuni baderanno solo allo stile da usare, scriveranno in una lingua «elegante», useranno un latino «net et poly», che diverrà un segno

estrinseco dell'appartenenza all'umanesimo giuridico. Ciò già sarà sufficiente a distinguere questi giuristi dalla masnada dei seguaci di Bartolo da Sassoferrato, dai bartolisti, che usano barbarismi linguistici tipici della peggiore scolastica.

Altri giuristi, invece, metteranno a profitto le letture che l'umanesimo ha riportato di moda e che hanno soprattutto per oggetto autori della letteratura latina: Cicerone, Tito Livio, Tacito, i poeti. Ovviamente, verrà letto anche il *Corpus juris civilis*; tra le sue diverse componenti soprattutto il *Digesto* e le *Istituzioni* (che nell'opinione comune del tempo si ritenevano risalenti all'epoca classica) godranno di un grande prestigio presso gli umanisti, quanto più tenderanno a cadere in discredito le glosse medievali. Il *Corpus juris*, del resto, verrà considerato come parte integrante della letteratura latina e lo stile dei giureconsulti romani verrà ritenuto tanto perfetto, quanto barbaro quello di Bartolo. L'umanesimo induce i giuristi ad andare alla riscoperta del diritto romano storico: verranno ricostruite le XII tavole, saranno pubblicate le *Sententiae* di Paolo, ecc. L'umanesimo suscita una nuova ondata di studi romanistici, come è evidente nell'opera del grande Cujas. E più in generale favorirà la nascita della storia del diritto: Du Rivail nel 1515 pubblica i suoi *Libri de historia juris civilis et juris pontifici*; Baudoin il *De institutione historiae universae et ejus cum jurisprudentia conjectione*, nel 1561; Bodin scrive la sua *Méthode de l'histoire*, Hotman diventa storico del diritto. C'è tutta una branca della giurisprudenza umanistica che si consacra all'erudizione (Fabre, Godefroy), il che può essere anche considerato un frutto abbastanza inutile dell'unione del diritto con la cultura.

Altri coltiveranno la logica, o, come dice Ramus, il «metodo». Si tratta certamente di un «metodo» che è sicuramente nuovo e diverso da quello di Aristotele; Ramus, il logico della scuola, sosteneva che l'«insegnamento di Aristotele è un cumulo di menzogne», e pretendeva di rifarsi piuttosto alla retorica dei romani. Attorno a Ramus si moltiplicano le opere di logica giuridica e da esse nasce un nuovo ramo della giurisprudenza umanistica, un altro frutto, la costruzione di trattati *sistematici* di diritto.

Ricordiamo ancora una volta che il nostro obiettivo non è quello di andare alla ricerca di tutti i prodotti di questa scuola; noi ci limitiamo a discernere ciò che essa porta di assolutamente nuovo alla struttura del diritto moderno. Da questo punto di vista, bisogna aggiungere che il matrimonio della giurisprudenza con l'umanesimo implica in primo luogo e necessariamente un particolare rapporto con la *filosofia*: Alciato, ad esempio, scrive che la filosofia è talmente collegata al diritto che l'una non può esistere senza l'altro: «quae ... cum hac professione ita conjungitur ut altera sine altera esse nullo modo possit». Scrive Rabelais nel *Gargantua e Pantagruel*: «Dato che le leggi hanno le loro radici nella filosofia morale e naturale, come possono capirle quei pazzi - (si tratta dei bartolisti) - che hanno, per Dio, studiato filosofia meno di quanto non abbia fatto la mia mula?». La

filosofia di cui si parla è quella che è desumibile dalla letteratura romana, con tutto ciò che si dà in essa di stoicismo, di scetticismo e di epicureismo e che serve agli umanisti per opporsi ad Aristotele; ma è in particolare la filosofia stoica, dato che i giuristi non hanno avuto il tempo di andare più in profondità, di scavare al di sotto dell'influenza filosofica immediatamente più avvertibile nel diritto romano.

Non dobbiamo stare qui adesso a sistematizzare; i «principi» di una scienza giuridica non hanno la purezza dei principi di un sistema filosofico; i filosofi badano più di tutto alla coerenza e dato che vivono nel mondo delle idee, al punto di perdere a volte il contatto con la vita quotidiana, possono anche permettersi di essere coerenti. I giuristi hanno altre preoccupazioni; ciò che interessa loro maggiormente non è la coerenza intellettuale e i loro tentativi di sistematicità si scontrano con la resistenza insita nelle cose. Io non dico che la giurisprudenza umanistica sia integralmente sotto l'influenza dello stoicismo; essa ha preso qualcosa da tutte le visioni del mondo, senza starsi a preoccupare oltre misura di produrre come risultato un'accozzaglia di principi giuridici contraddittori. Anche Aristotele fu studiato in epoca rinascimentale; il tomismo fu restaurato dalla riforma cattolica e i testi del diritto romano vennero rivangati e rigirati in tutti i sensi. Io mi limito a presumere che gli elementi di maggiore novità apportati dalla scuola umanistica nella costruzione del pensiero giuridico moderno derivino dal neo-stoicismo e siano da vedere nel congiungimento, ancora assente nel diritto romano, tra filosofia stoica e scienza giuridica. Ecco ciò di cui ci dobbiamo interessare da parte nostra in questo capitolo.

Alla luce dello stoicismo si spiegano bene numerosi segni che resteranno a lungo visibili nella struttura del diritto moderno, così come nella falsa immagine che da allora ci si fa del diritto romano. Essi riguardano la teoria delle fonti, la teoria della forma e del metodo ed infine la teoria del contenuto del diritto.

### **III - La teoria delle fonti del diritto: l'affermarsi del razionalismo**

#### *1. Le parole d'ordine dell'umanesimo*

Il senso generale delle riforme apportate dall'umanesimo non è difficile da cogliere: i capofila del movimento hanno lasciato al riguardo direttive molto chiare.

Consideriamo quelle di Erasmo, di cui Guido Kisch ha dimostrato l'influenza su tutta una pleiade di giuristi. Dalle sue letture ciceroniane, Erasmo deduce questa massima (citata anche da Terenzio): *summum jus, summa iniuria*. Egli non ne ha ben compreso l'originario significato; con l'espressione *summum jus*, Cicerone voleva denunciare l'eccesso di ardore procedurale. Erasmo invece l'applica ai bartolisti, che rimangono troppo aderenti alla lettera dei testi; contro la lettera egli fa appello all'equità, al buon senso, allo *spirito* dei testi, alla ragione naturale. E del resto così che

l'opinione moderna intende usualmente il celebre adagio. Esso, come è stato ben messo in luce dal Kisch, è diventato il grido di battaglia della giurisprudenza umanistica. Combattendo il *mos italicus*, Erasmo è diventato nemico della tecnica giuridica specializzata; basta aprire i suoi *Colloquia* (ad esempio, nel terzo libro, il dialogo sull'*ittiofagia*) per venire edificati dal suo odio per il diritto romano tradizionale e bartolista e per il diritto canonico, ai quali egli contrappone il Vangelo e la ragione filosofica.

Ma è meglio forse leggere Rabelais. Apprendiamo che Pantagruete ha fatto studi giuridici e che ha molto apprezzato la Facoltà di diritto di Bourges, che era un centro umanistico, mentre non ha amato né la glossa, né i bartolisti. «E talvolta diceva che i libri di legge gli sembravano una bella veste d'oro, trionfale e preziosa a meraviglia, che fosse stata ricamata di merda: Perché - diceva - non ci sono al mondo libri così belli, ornati ed eleganti, come i testi delle Pandette; ma quel che ci han ricamato su, cioè la glossa di Accursio, è così sudicia, infame e volgare, che non vi si trovano se non porcherie e trivialità». Fortunatamente egli mette a profitto i buoni consigli di Gargantua, che gli raccomanda la lettura del *Digesto*: «Del diritto civile, intendo che tu sappia a memoria i bei testi e che me li conferisca con la filosofia» e soprattutto lo studio di Platone, Quintiliano, Plutarco, Cicerone. Con una simile formazione, Pantagruete sarà meglio armato di quanto non lo sia il giudice Bridoye, che dopo aver consultato tutti i testi, si rimette al lancio dei dadi; e quando capiterà l'occasione, saprà essere un buon giudice, come nell'interminabile processo che oppone il signor de Hunevesne al signor de Baisecul: «A che diavolo servono tante scartofiacce di copie e stracopie che mi volete rifilare? Non sarebbe meglio sentir dalla lor viva voce come sta la questione, che non stare a leggere tutte queste babbuinate, dove non ci sono altro che inganni, diaboliche *cautele* del Cepola e tradimenti della legge? Perché io sono sicuro che voi e tutti quelli per le cui mani è passato il processo, ci avrete macchinato sopra quanto avete potuto, per *pro et contra*; e caso mai la lor lite fosse stata patente e facile da giudicare, l'avrete oscurata con le sciocche e dissennate ragioni e inette opinioni di Accursio, Baldo, Bartolo, de Castro, de Imola, e Ippolito, e il Panormo, e Bertacchino e Alessandro, e Curzio e tutti quegli altri vecchi mastini, che non hanno mai inteso neanche tre righe delle Pandette, ma erano come buoi da macello, ignoranti tutto quel che è necessario pel buon intendimento delle leggi. Giacché - ormai è ben certo - essi non avevano alcuna conoscenza della lingua greca né latina, ma solo della gotica e della barbarica. E sì che le leggi sono prima di tutto derivate dai greci, come ben sapete da Ulpiano, *L. posteriori, De origine juris*, e tutte sono piene di sentenze e parole greche; e, in secondo luogo, sono redatte nel più elegante e ornato latino che ci sia mai stato in tutta la latinità, senza eccettuarne Sallustio, Varrone, Cicerone, Seneca, Tito Livio e Quintiliano. Come dunque avrebbero quei vecchi trasognati potuto

intendere il testo di quelle leggi, loro che non avevano mai neppure guardato un libro in buon latino, come è chiaramente dimostrato dal loro stile, che è stile da spazzacamini, da sguatterri o cucinieri, ma non certo da giureconsulti?

«E ancora, dato che le leggi hanno le loro radici nel seno della filosofia morale e naturale, come le capirebbero questi matti che, giuro a Dio, non hanno studiato filosofia più della mia mula? In quanto poi alle umane lettere e nozioni di archeologia e di storia, ne avevano giusto quante piume può avere un rospo, e se ne servivano quanto un crocifisso può servirsi di un piffero, mentre le antiche leggi ne son tutte piene, e non possono essere bene interpretate senza questo corredo, come un giorno o l'altro vi dimostrerò chiaramente per iscritto ...».

Per finirla con gli umanisti, mi limito a fare ancora una citazione da Montaigne: «Si dà autorità di legge a infiniti dottori, a infiniti decreti e ad altrettante interpretazioni... Si fa più lavoro ad interpretare le interpretazioni che ad interpretare le cose stesse; si scrivono più libri che hanno per oggetto libri, che qualunque altro soggetto ... Il re Ferdinando, quando inviava coloni nelle Indie, stava bene attento che tra essi non si mescolasse un qualche studente di diritto, per la paura che non cominciassero a diffondersi anche nel nuovo mondo i processi: tanto, per sua natura, la giurisprudenza è madre di alterchi e di contrasti; e giudicava, con Platone, che un paese pieno di giureconsulti ha fatto un cattivo genere di provviste». Anche Montaigne, quindi, che peraltro non si preoccupa affatto di riformare la scienza del diritto, pensa che l'arte giuridica sia più semplice di come non la praticino i giuristi del suo tempo, allevati secondo il *mos italicus*.

Mediante le citazioni che abbiamo fatto, dallo stile indubbiamente splendido, si vede bene in che senso l'umanesimo abbia voluto trasformare il diritto: il diritto doveva essere semplificato, doveva essere reso accessibile all'uomo della strada, doveva essere sottratto ai pedanti accademici, ai tecnici del bartolismo, ai giuristi specializzati. È secondo questi principi che il *mos gallicus* si oppone al vecchio metodo utilizzato tradizionalmente dai giuristi italiani: un Alberico Gentili, nei suoi dialoghi *De juris interpretibus*, rimprovera agli umanisti francesi di distruggere a colpi di letteratura quello che è il frutto del lavoro delle scuole italiane: la competenza *specializzata*. Il bartolista pretende dal giurista che conosca i testi del diritto più che Cicerone e Seneca e che al di là dei testi egli pratichi un *metodo* specifico del diritto: che egli sappia praticare la controversia, che sappia discutere, commentare e interpretare, analizzare caso per caso i dati del problema giuridico, percepire quali siano i dati «rilevanti» in ogni causa che gli venga sottoposta e in questo modo scoprire quale sia la sentenza più adatta alle circostanze: tutto ciò coincide col diritto naturale classico. Gli umanisti francesi, invece, con la loro cultura *generale*, fanno regredire la scienza del diritto, non essendo in grado di

giungere, con l'aiuto della sola «ragione», ad altro che a soluzioni semplicistiche, o la conducono per vie senza sbocco, quelle della grammatica, della stilistica, dell'erudizione storica ed anche della filosofia. Sono rimproveri, questi, che la giurisprudenza umanistica si merita in pieno e che di fatto le vengono ancora mossi da molti storici del diritto al giorno d'oggi.

A tanto ha portato l'influenza delle fonti letterarie latine e principalmente quella di Cicerone: la semplificazione del diritto, la necessità che il diritto sia gestito dall'oratore e sia accessibile a tutta la gente per bene, è un tema che si ritrova di frequente nelle opere di Cicerone e gli umanisti non avrebbero mai negato di averlo dedotto da lui. Ciò comporta che il diritto affondi le sue radici non in una sapiente tecnica di osservazione della vita sociale, ma nella semplice ragione presente negli uomini dotati di cultura. Si può individuare nei testi che abbiamo già citato di Erasmo, Rabelais e Montaigne una sostanziale conversione alla concezione stoica delle fonti dell'individuazione del diritto. È che in questo, come in altri casi, gli umanisti non fanno altro che ripetere quello che dicevano i loro maestri latini: non amano nulla di ciò che è libresco e pedante, non scrivono nello stile professorale; sono eccellenti traduttori, che *rivivono* le dottrine antiche, invece di limitarsi a ripeterle. La forma che essi adottano è nuova e spontanea. Ma la dottrina è vecchia.

Ma la «droga» ben nascosta nel fondo è la dottrina di Cicerone. Non attribuiamo agli umanisti quello che gli interpreti del giorno d'oggi (ce ne sono alcuni che fanno di Rabelais un partigiano dei loro studi letterari moderni) vogliono estrarre dalle loro pagine con troppo semplicismo; quel luogo comune volgare e banalizzante, secondo cui un giurista non avrebbe alcun bisogno di avere cultura, né di interessarsi di filosofia. Solo perché sa ben usare la lingua francese, Rabelais andrebbe considerato come un nemico della cultura classica? Erasmo, Rabelais o Montaigne pensano esattamente il contrario e sanno benissimo che non si può fare a meno della filosofia: anzi, lo dicono espressamente. Ma la filosofia cui essi aderiscono, essi che hanno il cervello pieno di Cicerone, è quella che afferma che il diritto è razionale e che deriva precisamente dalla filosofia morale, *ex intima philosophia*; che è «estirpatos» - come dice Rabelais - dal cuore della filosofia. Se questa è la fonte del diritto, essa è ben semplice e dispensa da tutte le complicazioni dei bartolisti.

## 2. La dottrina dei trattati giuridici

Per la verità, non è in Rabelais, in Erasmo o in Montaigne che dobbiamo ricercare una esplicita teoria delle fonti del diritto. Passiamo ad esaminare le opere dei giuristi. Basta gettare un colpo d'occhio su un trattato giuridico di epoca umanistica per constatare come esso sia ripieno di citazioni tratte da Cicerone. È questa certamente una novità; non che le opere di Cicerone fossero sconosciute ai giuristi medievali, ma non avevano mai acquistato

presso di loro un simile predominio.

Facciamo un esempio: Bodin ci offre un abbozzo di una teoria delle fonti del diritto agli inizi della sua *Juris universi distributio*: tutte le definizioni che egli ci dà del diritto naturale sono riprese da Cicerone, come questa, che il diritto ha il suo germe, i suoi *semina* (le «ragioni seminali» degli stoici) nei principi razionali che esistono nell'anima umana; la nozione e il termine stesso di *jus universum* sono dedotti dal *De legibus*. Nella *Méthode de l'histoire* egli loda «gli autori che, formati non solo mediante la prassi e i precetti forensi, ma anche attraverso le conoscenze di una ricca e solida filosofia, comprendono che la natura della giustizia non è di mutare secondo la volontà degli uomini, ma di conformarsi alla legge eterna; coloro che sanno sapientemente adoperare le norme dell'equità; che deducono le origini del diritto da un unico principio; che mostrano di avere un'esatta conoscenza di tutta l'antichità ... ; che sanno introdurre nell'interpretazione del diritto le discussioni dei filosofi sulle leggi e sullo stato ... ». Le discussioni di Cicerone, evidentemente, ed anche quelle di Platone.

Il diritto appare quindi, nella dottrina di Bodin, come in quella di Cicerone, unicamente sotto la forma di *leggi*, una valanga di leggi gerarchizzate tra di loro, tra le quali il primato spetta alla legge della Ragione. Nel trattato sulla *République*, Bodin ci mostra il sovrano doverosamente sottomesso alle leggi divine e naturali. Le *leggi divine* sono costituite dai precetti del Decalogo, dai precetti morali, intesi nella prospettiva della filosofia stoica, che mette l'accento sulla proibizione di aggredire la proprietà altrui e sul dovere di mantenere le promesse; esse ci comandano esattamente la stessa cosa che ci comandano le *leggi naturali*, quelle che ci prescrive la nostra Ragione. Pertanto il re non può toccare (nemmeno attraverso indebite imposte) la proprietà dei sudditi e deve pagare i propri creditori. Questi sono i due precetti dominanti ed universali; precetti propri della morale stoica.

Subito al di sotto vengono le *leggi umane*, che sono emanate sovranamente dal principe, senza nessun'altra limitazione se non quella di essere subordinate alle leggi morali. Si osserverà che questo quadro delle leggi si trovava già in Suarez, il che è esatto, dato che Suarez prende le mosse da una filosofia analoga e che era poi, in buona sostanza, quella di San Tommaso. Tutto questo è vero, ma San Tommaso si guardava bene dall'identificare il sistema delle «leggi» con l'insieme delle fonti del diritto; egli sapeva bene che il diritto procede, al di là delle formule delle leggi, dalla ricerca attiva che compie ogni giurista. Non c'è più in Bodin alcuna consapevolezza di questo metodo di ricerca di ciò che è giusto; il giudice non deve fare altro che seguire le leggi e al di sopra delle leggi scritte la Ragione comune, che rappresenta l'unico limite alla sovranità di colui che sta a capo dello stato.

Prenderemo in considerazione, più avanti, altre teorie generali. Ma sembra

che si possa riscontrare dappertutto lo stesso fenomeno. Le *Partitiones juris civilis* di François Hotman non mi sembrano, sotto questo profilo, meno ciceroniane. Cujas stesso introduce nel suo commento *De justitia et jure* numerosi riferimenti e citazioni tratte da Cicerone; traduce, all'uso dei moderni, il testo famoso della *Repubblica* sul diritto naturale; «non est aliud in Gallia, aliud in Hispania, aliud in Africa; non aliud nunc, aliud post». E non manca di ripetere il famoso proverbio ciceroniano: *summum jus, summa iniuria ...*

È indubbio che questi testi di provenienza neo-stoica si trovano mescolati ad altri più tradizionali all'interno dei trattati giuridici. Ma ne costituiscono l'elemento nuovo, la parte vivente, e ricca di conseguenze. Si avrebbe torto se si pensasse che tutte queste citazioni costituiscono semplicemente una facciata, un banale ornamento, come ad esempio i testi di origine stoica che compaiono nel primo titolo del *Digesto*. Sono proprio questi testi che presiedono alla scelta delle fonti a cui attingono i giuristi della scuola umanistica, o alloro modo di utilizzarle.

### 3. *Pro e contro il diritto romano*

Si insegna di solito che il frutto principale della giurisprudenza umanistica è stata la rinascenza del diritto romano nella scienza giuridica moderna. È possibile.

Sappiamo tutti che la recezione del diritto romano fece grandi progressi nel cinquecento, particolarmente in Spagna, in Francia, in Germania. Essa ha trovato entusiastici difensori nel mondo umanistico, come il giurista Claude Chansonnette, che fu l'autore, contro gli attacchi di Lutero, di una *Oratio apologetica in patrocinium juris civilis* 26. Ed anche degli ottimi operai, come Cujas. Abbiamo anche visto come il disprezzo di Rabelais o di Montaigne per le glosse non si estendesse affatto alle Pandette; esse al contrario apparivano a Gargantua come una «*belle robbe d'or, triumpante et précieuse à merveilles ... livres tant beaux tant aornés et tant élégans ...*». È questo il pensiero della maggior parte degli umanisti.

Peraltro il ritorno alle fonti romane non ci sembra che costituisca il tratto specifico di questa scuola. Non è un tratto veramente nuovo; la rinascita del diritto romano data per lo meno a partire dal XII secolo. Quando, per opporsi a Lutero, che proclama la sua fedeltà alla lettera della Bibbia, Claude Chansonnette prende le difese dell'opera dei giuristi romani, non fa altro, in fondo, che ripetere la teologia di San Tommaso, che inserirsi nell'antica tradizione di apertura agli sforzi della ragione pagana che deve essere difesa contro il protestantesimo. Per di più si consideri che nel mondo umanistico il favore verso il diritto romano non è certo universalmente condiviso.

La pretesa che riscontriamo in numerosi giuristi della scuola è piuttosto quella di liberarsi dal giogo del diritto romano per ricorrere ad altre fonti; questo è l'atteggiamento di Duaren, di Baudoin, ed ovviamente anche

quello di Bodin:

«Sarebbe un crimine di lesa maestà opporre il diritto romano ad un'ordinanza regia». «I sovrani non sono vincolati dal diritto romano, se non nei limiti in cui questo è conforme alla legge naturale». Bodin trova che sia un assurdo giudicare a partire dalle sole leggi romane, che furono esse stesse mutevoli: «*absurdum ex romanis legibus, quae paulo momento mutabiles fuerunt, de universo jure statuere velle*». E dato che ha un grande desiderio di erudizione, Bodin dichiara che trarrà ispirazione da tutte le leggi che contiene quel tesoro che è la storia, siano esse greche, egiziane, babilonesi e soprattutto ebraiche e, se ce ne fosse bisogno, anche moderne; ed è di fatto proprio questo che egli fa nella sua *République* e che pretende di fare nel suo sistema di «diritto universale», la *juris universi distributio*, che commenteremo tra poco.

Nella dottrina umanistico-giuridica del XVI secolo, i trattati giuridici saranno abbelliti spesso da citazioni letterarie o filosofiche. Le fonti bibliche acquisteranno un posto fondamentale: le vedremo citate ancora nelle opere di Althusius, di Grozio (non senza che giuochi in loro favore l'influenza calvinista). Ed anche le fonti consuetudinarie: l'*Antitribonien* di Hotman è diretto non solo contro il diritto romano post-classico, ma contro tutto il diritto romano. Hotman, nella sua *Franco-gallia*, fa appello alle tradizioni del diritto francese contro il diritto romano.

Attenersi alle soluzioni giuridiche romane, sarebbe, egli ci dice, altrettanto assurdo «come se i preti e i monaci di oggi insegnassero ai novizi di ballare nelle processioni solenni solo perché i preti di Roma antica avevano l'abitudine di farlo».

L'umanesimo è quindi fiorito altrettanto bene nel diritto consuetudinario, come testimoniano le opere di Loysel, di Du Moulin e soprattutto dei partigiani di un «diritto francese» da codificare, come il Cancelliere de l'Hospital, i cui sforzi erano appoggiati da Hotman.

Perché quest'aria di libertà? C'è di tutto nell'umanesimo: alcuni sono sensibili alla storia e tendono al relativismo. Lasciamo da parte ciò che rimane in quest'epoca della tradizione del diritto naturale di Aristotele; ma non è forse vero che l'insegnamento di Cicerone era ricollegato all'influenza dei grandi oratori e che le leggi mutano storicamente, almeno per ciò che attiene ai loro dettagli? Si avverte lo spirito di ribellione dell'uomo semplice e onesto contro le scuole, in cui dall'epoca di Iriero regnava il *Corpus juris civilis*. Ma il prodotto più significativo della giurisprudenza umanistica, quando vediamo che si libera dalla servitù dei testi giuridici romani, sembra essere soprattutto la volontà di elevarsi fino ai principi che costituiscono per tutti gli uomini un diritto comune universale, in quanto *razionale: jus universum*, dice Bodin. È ancora presente, qui, il culto stoico del logos presente dovunque; esso potrebbe spiegare nel modo migliore l'esistenza, in seno all'umanesimo, di una corrente ostile al diritto romano.

#### 4. *Il mito del diritto romano classico*

Ma è pur vero che la maggior parte dei giuristi dell'epoca umanistica furono e restarono romanisti; il che, in sé, non comporta nulla di nuovo. Se questa scuola di romanisti è originale, è piuttosto perché si prende con i testi del diritto romano singolari libertà.

Noi sappiamo già che gli umanisti vogliono cancellare dal diritto romano tradizionale in primo luogo tutte le sovrapposizioni apportate nel Medioevo; abbiamo visto come Rabelais consideri la glossa e i bartolismi. Tutti questi arricchimenti vengono buttati a mare. Nel 1511 viene pubblicato un *Digesto* privo della glossa. È una novità significativa quella di amputare il diritto romano dei suoi rami più recenti, di ciò che lo *adattava* alle necessità nuove dell'Europa cristiana. Una simile decisione fa supporre che negli umanisti ci fosse un profondo disprezzo per la storia, e intendo dire della loro propria storia, di quelle condizioni storiche alle quali il loro diritto avrebbe dovuto dare una risposta: i glossatori non erano abbastanza «razionali».

Ma questo atteggiamento di disprezzo degli umanisti non ha riguardato unicamente il diritto colto del Medioevo. La verità è che esso giunge fino ad aggredire le stesse Pandette, nello stato in cui Giustiniano le ha lasciate, e più in generale i testi del diritto romano così come ci sono pervenuti. Bodin, adottando contro il *Digesto* le medesime ingiurie che Rabelais rivolgeva alla glossa, scrive nella sua *Méthode de l'histoire*: «La maggior parte dei frammenti del diritto romano che possediamo è stata rimaneggiata da miserabili greci; i quindici funzionari, preposti da Giustiniano al ristabilimento delle leggi, quando tutto era già sommerso da una vergognosa barbarie, sconvolsero a tal punto le fonti del diritto, che non ne è possibile estrarre alcunché che non sia sporco di escrementi». Giustiniano, che il Medioevo aveva tanto spesso esaltato e rappresentato nelle vetrate delle sue cattedrali, viene ora trascinato nel fango; già Lorenzo Valla lo qualificava di *injustissimus*. E la principale testa di turco è il suo ministro Triboniano, autore e diretto responsabile dei rimaneggiamenti del *Digesto*. Hotman, nel 1567, scrive il suo *Antitriboniano*. E da allora che i romanisti cominciano la caccia alle «interpolazioni», cercando di ricostruire i pretesi testi originali. Cujas aveva già intrapreso una «palingenesi» delle opere della giurisprudenza classica.

Il diritto romano degli umanisti non è quello che viene trasmesso dal *Corpus*, è il preteso «diritto classico». Una figura, questa, assai problematica; è troppo comodo fare appello al diritto quale sarebbe stato all'epoca di Ulpiano: Ulpiano non può difendersi e si corre il rischio di costruire un mito. Gli umanisti non hanno saputo sempre evitarlo. Non si può dire, certo, che siano caduti tutti preda delle loro fantasie; ce ne sono alcuni che hanno fatto fare reali progressi alla storia; e quando si ha la straordinaria erudizione di Cujas i testi servono da parapetto. Molti,

insomma, riusciranno ad evitare di cadere in costruzioni arbitrarie; l'autentica tradizione romana sarà conservata e a volte magnificamente illustrata dall'élite dei giuristi moderni. Ma sia l'erudizione storica che l'arte esoterica degli appassionati del *Corpus juris civilis* tendono a perdersi nei dettagli. Altra cosa è afferrare l'insieme e le linee direttrici del diritto; gli autori che sono portati dal loro spirito a vedute più sintetiche e che sono più liberi nei confronti dei testi saranno portati ad inventare, sotto il pretesto di riscoprire il diritto classico dei romani, un sistema nuovo, che sarà dominato più che dallo spirito dei giuristi romani da Cicerone e dallo stoicismo ritornato di moda.

Il vero diritto romano, promanando dalla ragione, doveva secondo gli umanisti avere un perfetto ordine interno; sono stati Giustiniano e Triboniano che hanno introdotto il disordine; nel suo stato originario, al tempo di Sabino o di Gaio, il diritto romano doveva essere assiomatico, come cercherà di renderlo Domat.

Quanto al contenuto, non c'è da dubitare che esso non ponesse in rilievo il dovere di rispettare la proprietà e di mantener fede ai patti e che potesse soddisfare le esigenze della borghesia. E per ciò che attiene allo stile, lo stesso Rabelais si è preoccupato di avvertirci che esso era così «adorno», così puro, così elegante, così letterario, quanto quello di Cicerone e di Seneca e doveva essere decorato di belle citazioni di moralisti greci e latini e privo di ogni tecnicismo: *summum jus, summa iniuria*. In questo modo gli umanisti hanno cominciato a confezionare il quadro mistificante del diritto romano al quale aderiamo ancor oggi e che credo sia più lontano dal vero diritto romano storico di quanto non fosse quello dei glossatori. I glossatori avevano avuto rispetto per il testo; ma soprattutto avevano conservato il *metodo* dei giuristi romani, dialettica e non sistematico; avevano saputo rimodellarsi sul loro spirito e sulla loro filosofia delle fonti, cioè, per l'essenziale, sul diritto naturale classico.

L'umanesimo, invece, ha cambiato filosofia; si è disamorato di Aristotele e si ispira a Cicerone. Perciò ritiene che il diritto romano classico coincida con la «ragione scritta»; che consista in una pura deduzione da principi atemporali presenti nello spirito umano. Anche se l'opera degli umanisti è molto ricca e si articola in molteplici tendenze, sarei molto esitante nell'affermare, come fa Riccardo Orestano, che ciò che distingue gli umanisti è essenzialmente la loro passione per la storia; sembra anzi che essi manchino del senso della storia, essi che hanno castrato il diritto romano sottraendogli i suoi sviluppi storici, ed hanno sognato un diritto romano immutabile, capace di essere applicato universalmente, perché fondato su principi razionali atemporali. Tanto è vero che sorpassando il diritto romano per costruire un «diritto universale» e in tal modo deformandolo, l'umanesimo dà piuttosto la mano al razionalismo della scuola moderna del diritto naturale, che segue e procede direttamente dal rinascimento: l'intermediario sarà Grozio. È questo l'esito cui conduce la

lettura di Seneca e Cicerone.

#### IV - La struttura esterna del diritto: la costruzione del sistema

Seguiamo ora gli effetti di questa conversione dei giuristi alla ragione ciceroniana. Non saranno affatto di poco conto; è errato pensare che la filosofia del diritto sia un passatempo privo di conseguenze. L'effetto più immediato del cambiamento della filosofia giuridica effettuato dagli umanisti è in primo luogo la trasformazione della struttura esterna del diritto, che acquista un particolare rilievo in un ramo della giurisprudenza umanistica, quello dei *sistematici*.

Una delle grandi realizzazioni dei giuristi del cinquecento fu, come è noto, la costruzione di *sistemi* scientifici di diritto. Si tratta di un lavoro relativamente tardivo: l'umanesimo in un primo momento si è abbandonato all'ebbrezza della riscoperta delle diverse fonti classiche e solo successivamente si è concentrato nella costruzione strettamente dottrinale. Ricordiamo i sistemi di Connan, Duaren, Doneau, che ebbero una grande fortuna in Germania e nei Paesi Bassi; il *De juris arte*, il *Syntagma juris universi*, il *Syntaxeon* di Gregorio di Tolosa; un'abbondante serie di progetti per la messa in ordine del diritto, come il *De juris arte* di Loriot, le *Partitiones* di Hotman, la *Juris universi distributio* di Bodin; in Germania i progetti di Vigelius, in Olanda quelli di Giphanius... Althusius appartiene ancora alla scuola umanistica del diritto; dopo l'opera della giovinezza, il *De arte jurisprudentiae romanae methodice digestae* del 1588, egli scrive verso la fine della sua vita l'opera che ebbe nel suo tempo tanta fama quanto la sua *Politica: Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectantes* (edito nel 1617). Ma soprattutto Grozio, al quale si devono tante edizioni di opere letterarie antiche, prolunga l'umanesimo olandese, è l'umanista per eccellenza. Egli è ben cosciente di portare a compimento l'opera degli autori sistematici del XVI secolo. Dopo Grozio viene tutta la «Scuola del diritto naturale», Pufendorf, Thomasius, Wolf, Leibniz; in Francia abbiamo Domat, Pothier; e numerosi altri negli altri paesi europei. Tutto questo lavoro porta alle *codificazioni* moderne, cioè ad una modificazione radicale della *forma* del diritto, che da ora in poi si presenterà in un ordine logistico; e ad una modificazione altresì del diritto romano, dato che è il diritto romano «classico» quello il cui ordine si vuol ricostituire. Doneau, Domat e Pufendorf sono tutti *romanisti*, beninteso nei limiti della libertà che implica il loro razionalismo e dell'ambizione che essi nutrono di giungere alla formulazione di un «diritto universale».

Questa modificazione della struttura formale del diritto costituirà una delle preoccupazioni più tipiche della giurisprudenza umanistica, che tende, come abbiamo appena visto, a rendere il diritto più semplice, più accessibile alla gente per bene e più *razionale*. Tutto ciò ha costituito un

evento capitale nella storia del diritto: ed è stato molto ben compreso da storici del diritto come il tedesco Koschaker o l'italiano Orestano. È necessario perciò dedicare un po' di tempo ad una riflessione sulla novità di questo fenomeno, sui suoi effetti, per poter giungere alla fine ad un giudizio di valore.

### 1. *Diritto romano e diritto medievale*

Chiediamoci, in primo luogo, se questo modo di presentare il diritto sotto la forma di un sistema logico è veramente un'invenzione della giurisprudenza umanistica.

Questa domanda può sorprendere, tale e tanta è l'abitudine che abbiamo di modellare il diritto romano sulle forme del nostro pensiero e di esporlo nei nostri manuali secondo i criteri della logica moderna. Ritorniamo quindi a considerare brevemente il diritto romano e il diritto medievale.

Bisogna ripeterlo: il diritto romano era tutto tranne che assiomatico. Certamente c'era a Roma qualche tendenza a strutturare sistematicamente il diritto: parleremo più tardi dei progetti che aveva elaborato Cicerone, che aveva scritto un'opera intitolata *De jure civili in artem redigendo*. C'erano a Roma una volontà di classificazione metodica e solidi piani espositivi, come quello dell'Editto del Pretore, codificato da Giuliano, e dei *Libri ad Edictum*; ricordiamo anche l'opera di Sabino, che sarà seguita più o meno fedelmente dai *Libri juris civilis*; l'ordine del *Digesto*, che combina insieme i due tipi di piani precedenti; quello dei Codici del Basso Impero. Ma vanno ricordate soprattutto le opere didattiche, come le *Istituzioni* di Gaio, con la sua famosa divisione in persone, cose e azioni, seguita da molteplici suddivisioni elaborate con grande arte e tanti altri manuali, come quelli di Pomponio, Fiorentino, Ulpiano, Paolo, Marciano ... Non voglio quindi affermare che il diritto romano sia disordinato; esso anzi è estremamente dotato di ordine, altrimenti non avrebbe meritato la fama che ha riscosso; va però detto che l'ordine del diritto romano è di un tipo diverso da quello proprio delle opere moderne. Al riguardo mi limiterò a fare due sole osservazioni.

In contrasto con la nostra cultura di matrice cartesiana, la tendenza di quella antica non accordava un primato culturale alla logica; intendo la logica deduttiva e sillogistica. Fanno eccezione gli stoici; sembra che siano stati molto orgogliosi della loro dialettica (che aveva per l'appunto come carattere distintivo quello di essere unicamente deduttiva) ed hanno abusato del sillogismo. Ma, a parte gli stoici, gli antichi nutrivano per la logica piuttosto un atteggiamento di diffidenza, particolarmente evidente nei seguaci di Aristotele, il più grande logico dell'antichità. Su questo punto bisogna sfatare il pregiudizio che nella logica di Aristotele ci sia solo una teoria della deduzione sillogistica (negli *Analitici*). È una teoria, questa, che ha avuto un tale successo nella scolastica decadente a partire dal XIV secolo (toccata forse già dall'influenza dello stoicismo), che ne è derivata

una tendenza a confondere la dottrina del sillogismo con l'insieme della logica aristotelica. Ma in essa è possibile trovare anche dell'altro, come, nei *Topici*, un'analisi del metodo della controversia dialettica, il cui uso è ben più frequente del sillogismo (la parola «dialettica» non ha affatto in Aristotele lo stesso significato che ha per gli stoici), perché è uno strumento fatto per la *ricerca*, che è un'incombenza per noi pressoché quotidiana.

Anziché generalizzare il ricorso al metodo sillogistico, Aristotele non gli riconosce competenza esclusiva che nel caso in cui esso debba servire ad esporre i principi di una scienza già perfettamente elaborata: quando cioè si sia in possesso di premesse sicure, dalle quali si sia capaci di dedurre conclusioni necessarie (si noti però che Aristotele conosce anche il «sillogismo dialettico», che parte da premesse che sono semplicemente probabili, ma che occupa nella dialettica un posto soltanto ausiliario).

E il metodo deduttivo è quello che si adatta, secondo Aristotele, soprattutto all'*insegnamento*: si pretende da un docente un'esposizione sistematica, che sia facile da seguire e nella quale si possa controllare il concatenamento delle idee. Ma questo tipo di attività didattica è generalmente considerato di rango inferiore.

L'antichità greco-romana aveva poca considerazione per gli «insegnanti». C'è un abisso tra il prestigio che i tedeschi riconoscono ai loro professori e quello di cui godeva il maestro di grammatica o di retorica in epoca classica; si trattava anzi di un compito che veniva affidato agli schiavi. E non mancavano buone ragioni: non è nell'insegnamento che va riscontrata la vera cultura. Un luogo comune dell'antichità consiste nel deplorare che le *ricerche* vive, incerte, non sistematiche di un Platone o di un Aristotele siano state sclerotizzate da pedanti in un corpo dottrinale e private così del loro succo. Le scuole hanno sempre avvilito le opere dei pensatori, trasformandole in sistemi.

Ma è soprattutto nel campo dell'arte del diritto che è necessario difendersi contro la logica deduttiva e contro il didatticismo. Aristotele osserva che il diritto è soprattutto questione di *prudenza*; che esso si fonda su di una *ricerca* incessante, che va riaperta per ogni nuovo caso; che non si è mai in possesso di premesse e di regole assolutamente certe, in base alle quali si possa ridurre il diritto a sistema strettamente deduttivo. Il diritto è oggetto più della vita vissuta che di un insegnamento astratto.

Mi permetto di ribadire ancora una volta che i giuristi romani sono stati in questo caso discepoli di Aristotele. Essi hanno scritto certamente manuali di diritto, in cui hanno esposto la scienza giuridica ad uso dei principianti, con quell'ordine logico che la materia consentiva; ma si sono anche preoccupati di collocare i manuali alloro giusto posto. La giurisprudenza romana è qualcosa di più delle *Institutiones* (che sono diventate di moda nel XVI secolo, non certo nel Medioevo e meno che mai in epoca classica): è opera di giuristi pratici. Il carattere essenziale della giurisprudenza romana è di essere stata essenzialmente una casistica: si discute su ciascun

caso, si confrontano le opinioni di questa e di quella scuola (proculiana o sabiniana) o di questo o quel giureconsulto; vi si esercita la dialettica (nel senso di Aristotele), che è la logica propria del diritto secondo la prospettiva giusnaturalistica classica. Sia che queste ricerche si collochino nel quadro dei grandi trattati ad *Sabinum*, ad *Edictum* o nei *Digesti*; sia che le si raccolga in opere che portano esplicitamente il titolo di *quaestiones*, *disputationes*, *epistulae* o *responsa* ... in esse si trova il fiore del diritto romano, non nelle opere didattiche. I romanisti di oggi sono generalmente d'accordo su questo punto.

Presumo che si possa dire la stessa cosa del diritto colto medievale: accanto alle «glosse» e alle «somme» (peraltro esse stesse ben poco sistematiche), fioriva il genere delle *quaestiones*, *dissensiones dominorum* e soprattutto dei *consilia*: letteratura problematica, casistica e troppo poco conosciuta, perché su di essa hanno gravato fin troppo a lungo i sarcasmi degli umanisti ed ha cessato da tempo di essere in sintonia col nostro modo di pensare; ma non si può dire che essa non fosse calibrata ai bisogni del diritto. I giuristi medievali, in genere, non hanno mai dimenticato che la logica deduttiva non deve avere, nel diritto, che un ruolo tecnico subordinato.

Seconda osservazione. Non solo i trattati redatti da alcuni giuristi per fini didattici ebbero nel diritto romano una funzione solo secondaria, ma i giuristi stessi non ricorsero alla logica che con estrema prudenza. Mi sembra che essi abbiano sempre evitato di sistematizzare il diritto stesso: un progetto che è del resto inconcepibile se non in un'atmosfera razionalistica.

Prendiamo il sistema delle *Institutiones*, che possiamo analizzare attraverso l'opera di Gaio. Il piano di Gaio è celebre e sembra sopravvissuto fino ai manuali di diritto contemporanei; noi però abbiamo ormai l'abitudine di interpretarlo esattamente al contrario di come si dovrebbe: *persone-cose-azioni*. Questa suddivisione sembra tratta dai trattati di grammatica antica e la si ritrova, in parte, nelle *Antiquitates* di Varrane. Non è una suddivisione specificamente giuridica, dato che viene comunemente adoperata per descrivere l'universo dei *fatti*: il nostro mondo è composto in effetti da persone, da cose, da azioni (cui corrispondono in grammatica i nomi propri, i nomi comuni e infine i verbi). Gaio si limita ad adottare questa suddivisione molto generica e buona a tutto. In altre parole, egli si limita a classificare le situazioni di fatto (i *Tatbestände*), alle quali il diritto si confronta: ci possono essere infatti processi relativi allo stato delle persone, o alle cose che ci si disputa ed anche il modo con cui si agisce nel teatro giudiziario merita di essere osservato. Si tratta dunque di una classificazione attinente, più che al diritto, alle sue regole e alle sue soluzioni; attinente cioè alle cose che il diritto intende regolamentare.

Un piano di questo tipo è abbastanza simile a quello dei nostri repertori *pratici* di giurisprudenza, a meno che questi non utilizzino l'ordine

alfabetico, il più rozzo, che non credo sia mai stato utilizzato a Roma. Si suddividono i problemi giuridici secondo le diverse tipologie processuali: divorzio, filiazione, matrimonio, proprietà immobiliare, servitù; le questioni procedurali con le quali il giurista, in pratica, può imbattersi sono fondamentalmente queste. Analoga è la suddivisione delle materie nell'Editto del pretore e nei commenti all'Editto, che seguono anch'essi l'ordine procedurale e i diversi tipi di azione ai quali possono far ricorso le parti.

Ciò che la giurisprudenza romana sembra che non abbia mai fatto è mettere in ordine il diritto secondo un criterio logico, se per diritto intendiamo le *regole* giuridiche. È ovvio che dato che per i romani il diritto non è fatto di regole, ne segue che esso non proviene deduttivamente dai principi di una ragion pura e non esiste, preliminarmente al nostro, in un mondo separato di idee. *Ius non a regula sumatur*. Esso viene ricercato all'interno di ogni caso concreto; ciascun caso costituisce un problema e il diritto è sempre problematico; la giurisprudenza non sarà mai una scienza compiuta. Si ricerca il diritto mettendo a confronto le opinioni dei giuristi (con la sola eccezione delle norme di diritto pubblico, che costituiscono all'interno della comunità politica le uniche regole realmente fisse) e sottoponendo ad osservazione i dati sempre mutevoli della natura, tenendo conto delle circostanze: *jus ex facto oritur*. La sistematizzazione del diritto non è possibile se si parte dalla prospettiva giusnaturalistica aristotelica.

## 2. Il programma umanistico

Ed ora prendiamo in considerazione la prospettiva opposta, così come emerge nell'opera degli umanisti. In primo luogo vediamo qual è il suo punto di partenza. Gli umanisti ce lo dicono esplicitamente; la loro ispirazione proviene direttamente da Cicerone. Ed infatti - ma non ce ne dobbiamo meravigliare, dato che Cicerone è uno stoico e ritiene che il diritto sia razionale - uno dei suoi progetti è precisamente quello di ridurre il diritto a sistema: *jus in artem redigere*. Un testo di Aulo Gellio ci riferisce che Cicerone avrebbe composto un'opera dal titolo: *De jure civili in artem redigendo*. È un'opera che è andata perduta e che indubbiamente non ha riscosso a Roma alcun successo. Ma il programma di Cicerone ci è comunque ben noto, grazie ad un lungo brano del suo trattato *De oratore*.

Sappiamo quale è lo scopo che Cicerone si prefigge: rendere familiare il diritto ad ogni persona per bene; e soprattutto mettere ogni oratore in grado di apprenderlo rapidamente. Ora, questo non può avvenire a Roma, finché l'apprendimento del diritto presuppone la pratica forense e si realizza solo ascoltando i giureconsulti, *in usu cotidiano, in congressione atque in foro*: ne segue che gli studi giuridici sono privi di «voluptas». Bisognerà dunque fare per il diritto ciò che i Greci hanno fatto per le altre scienze, per la grammatica, per la musica e l'astrologia e soprattutto per la «geometria»: trasformarlo in un sistema di conoscenze bene ordinate, che ciascun oratore

possa facilmente apprendere e ricordare. Questo credo che sia il vero significato del termine *ars*.

Quale lo strumento di questa trasformazione? Esiste, dice Cicerone con l'imprecisione che gli è propria, una disciplina particolare, che insegna a porre le diverse conoscenze in un ordine sistematico: parliamo della logica, o di una parte della logica, o di un certo tipo di logica. Si tratta molto probabilmente della logica stoica o di metodologie elaborate nelle scuole di retorica. Bisognerà conoscerle bene per comprendere il progetto di Cicerone. Purtroppo sono piuttosto scarsi i lavori dedicati alla storia della logica giuridica. Rinvio su questo punto alle opere di Alessandro Giuliani.

Il diritto romano, come si è detto, fece orecchie da mercante a questo programma ciceroniano. La giurisprudenza umanistica, invece, lo accolse con entusiasmo. Ne abbiamo prove abbondanti. È usuale, nei giuristi del XVI secolo, fare riferimento a questi testi di Aula Gellio e di Cicerone; così fa Duaren, così Doneau. Il termine *ars* diviene abituale per indicare la scienza del diritto esposta sistematicamente: compare così, ad esempio, in Lorient, Gregorio da Tolosa, Vigelio, Althusius ... Il progetto ciceroniano risponde perfettamente alle intenzioni specifiche dell'umanesimo: rendere l'istruzione giuridica facile, accessibile agli uomini colti di ceto borghese, che, troppo occupati a leggere Orazio, Virgilio e Lucrezio, e nelle faccende della propria vita personale, non hanno tempo da dedicare agli interminabili commenti dei bartolisti. Nella facoltà giuridica di Bourges, che riserva i corsi antemeridiani alle lezioni, ai commenti dei testi e alle dispute di tipo tradizionale, si inaugurano corsi pomeridiani, dedicati ad un insegnamento sintetico, rapido, sistematico. Bisogna ridurre il diritto ad *ars*: Duaren, ad esempio, si propone, scrivendo i suoi *Commentaria*, di mettere insieme e di disporre ad *ars* tutto quello che Triboniano ha dissipato in frammenti sparsi e privi di sistematicità: «*Disponantur et artificiose digerantur ea quae sparsim et sine ullo ordine a Triboniano sub singulos Pandectarum et Codicis Iustinianii titulos congesta sunt*». E analogamente pensano tutti gli altri giuristi.

La *logica* è lo strumento ausiliario indispensabile per questa impresa. Nel XVI secolo si sono moltiplicati i lavori di logica giuridica, come quelli di Everardus, Oldendorp, Vigelio, Claude Chansonnette, ecc.. Non posso dire purtroppo di conoscerli bene. Bisognerebbe sapere lo spazio che essi riservano alla topica di origine aristotelica, trasmessa però attraverso Cicerone e i trattati di retorica; quale invece alle classificazioni delle nozioni in genere e specie e quale parte alla deduzione. Facendo riferimento ai diversi possibili modelli logici, si spiegherebbe probabilmente perché i giuristi del XVI secolo abbiano costruito tipi di sistema molto differenti gli uni dagli altri ed anche perché non tutti siano poi sprofondatai nel sistematicismo.

Sarebbe soprattutto necessario conoscere l'opera del logico *Ramus*: un fanatico di Cicerone, che si considera nemico di Aristotele (ma che non

sempre si discosta dal suo insegnamento): la sua idea fissa è il *metodo*, cioè un modo di giungere alla conoscenza, o di esporre le conoscenze, attraverso un ordine e procedendo per dicotomie successive, partendo dalle verità universali per giungere alle verità particolari: «*Methodus est dispositio ... qua ... ab universalibus ad singularia perpetuo progreditur*».

Vedremo che un buon numero di giuristi tenderà ad applicare servilmente al diritto le ricette della logica di Ramus: ad esempio, Bodin, nel suo progetto di diritto universale, oppure - anche se con una certa pedanteria - Althusius, che non manca mai di fare appello alla logica e di ricorrere da un capo all'altro delle sue opere alla dicotomia. Con il termine ciceroniano di *ars*, il termine ramusiano di *methodus* sarà la parola d'ordine della scuola umanistica (che giungerà fino a Leibniz, al quale si deve l'opera intitolata *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* del 1667). Non conosco in dettaglio questo metodo. Mi limito a ricordare che esso raccomanda di procedere dall'alto in basso, dalle nozioni generali a quelle particolari. E molti lo intenderanno nel senso che bisogna procedere dagli assiomi universali, posseduti dalla ragione umana, progressivamente fino alle ultime conseguenze. Facciamo ancora l'esempio di Doneau: all'inizio del suo trattato, egli si preoccupa di avvertirci che intende seguire questo ordine logico: «*quae natura prima sunt, primo loco, quae secunda, secundo; et ita deinceps*». I sistemi nascono così.

### 3. Due gruppi di opere sistematiche

La letteratura giuridica prodotta dalla scuola umanistica è talmente vasta, che non posso far altro che darne indicazioni molto sommarie. Mi limito a distinguere due tipi di sistemi.

I sistemi del primo tipo sono rimasti fedeli alla classica tripartizione della materia propria di Gaio e delle *Istituzioni* giustinianee, anche se ne hanno progressivamente deformato l'antico significato. Le *Istituzioni* hanno costituito il primo strumento di questo insegnamento sintetico, che era reclamato dalle nuove élite culturali. Se in epoca umanistica era ancora sconosciuto il testo dell'opera di Gaio (che come è noto è stato riscoperto solo nel secolo scorso), se ne conosceva però il piano attraverso il *Digesto*: «*Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*». Persone, cose, azioni. Ecco i principi di un sistema, che si sapeva essere esistito nel diritto romano classico e che si trattava di *ricostruire*. È su questa trama che ha lavorato una moltitudine di giuristi del rinascimento: Connan, Vigelio e soprattutto Doneau, il cui sistema doveva avere una fortuna immensa; nel diritto consuetudinario Loysel, con le sue *Institutes coutumières* nel diritto canonico Lancellotto; tutti i giuristi ricorreranno, almeno in parte, a questo sistema nell'elaborazione del proprio. Questo modello sistematico, che conosce peraltro numerose varianti interne, è quello che riscuoterà il maggior successo nei circoli più moderati, nemici di brusche innovazioni e di dottrina essenzialmente

*francese*; lo ritroveremo ad esempio in Fleury, Argoud e Pothier; nel diritto consuetudinario in Bourjon; e arriverà fino ad influenzare il Codice civile francese. Ce ne sono tracce perfino nei progetti metodologici dei pandettisti tedeschi.

Questo primo gruppo di giuristi rappresenta una posizione ancora prudente; essi non si gettano a capofitto nella razionalizzazione del diritto. È indubbio (ma rinvio la dimostrazione di quanto sto per dire a più tardi) che essi tendano ad allontanarsi da Gaio, dato che il loro scopo è quello di risistematicizzare il diritto romano, di dargli quell'ordine sistematico che esso non ha mai avuto. È un fatto però che questo ordine sistematico possiede una base romanistica e che è ben possibile porre in parallelo i nuovi trattati giuridici con le *Institutiones*; lavorando su di una base sistematica rimane comunque possibile mantenere un collegamento con i testi giuridici romani. Il successo del sistema tripartito doveva limitare gli eccessi del sistematicismo moderno.

Non meno ricco di influenze (anche se di solito è più trascurato dagli storici del diritto francesi) è un secondo gruppo di sistemi. Attraverso di loro si esprimerà più apertamente il pensiero giuridico moderno e si rivelerà meglio il senso delle soluzioni giuridiche proprie degli ordinamenti moderni. Ci sono giuristi che hanno l'audacia di non rifarsi alla veneranda tradizione sistematica tripartita, che non si adattava, se non molto a fatica, allo scopo della loro ricerca, che era quella di un'assoluta razionalizzazione del diritto. Ci sono giuristi che proiettano la scienza del diritto su di un piano che è assolutamente nuovo.

All'inizio non si tratta d'altro che di meri tentativi, destinati ad abortire, come, a mio avviso, è il sistema disegnato da Bodin nella sua *juris universi distributio*, infelicemente ispirata a ciò che di più scolastico era rimasto nella metodica di Ramus: la distinzione di quattro cause (formale, materiale, efficiente, finale) sta a monte delle articolazioni fondamentali della trattazione. Probabilmente, anche i sistemi successivi di Gregorio da Tolosa erano egualmente condannati al fallimento. E dobbiamo considerare particolarmente infelice, anche se estremamente suggestiva e molto celebre ai suoi tempi, la massiccia opera di Althusius, che consiste in una serie fastidiosa di divisioni dicotomiche, che seguono i precetti di Ramus. Un metodo simile non poteva condurre a risultati accettabili; invece di semplificare, affatica il discorso; bisogna consultare in continuazione le «tavole» che accompagnano il testo.

Ma da questo gruppo di audaci deriveranno le opere più caratteristiche del pensiero giuridico moderno. Esse non si presenteranno sempre sotto la forma di trattati giuridici. Molto più spesso si nasconderanno dietro il titolo di opere politiche. Ma questo fatto non ci deve far cadere in errore: «politica», infatti, ha senza dubbio un'accezione molto vasta (nel senso in cui nel XVI secolo si continua ad intendere questo termine), includendo in sé (come nel caso di Platone ed Aristotele) il diritto. Non è questo, invece,

il caso del Principe di Machiavelli, ma Machiavelli per l'appunto si guarda bene dall'apporre sul suo libro l'etichetta di «Politica». È un titolo, questo, che piace agli umanisti; esso esprime bene il nuovo punto di vista dei moderni sul compito del diritto, che sarebbe, come dice Cicerone, quello di essere al servizio della dimensione sociale dell'uomo. È nei trattati di politica di Hobbes, di Spinoza, di Locke, che vedremo espressi chiaramente i principi del diritto moderno, anche se gli specialisti odierni di «storia delle dottrine politiche» vi ricercano piuttosto qualcosa d'altro. Ora, questa rubrica di «politica» dà una certa libertà, consente di sottrarsi all'ordine abituale che è stabilito nelle facoltà giuridiche e di far assumere alla scienza giuridica una forma nuova e razionale. Si possono cogliere meglio i principi giuridici di Bodin studiando il suo *Traité de la République* piuttosto che la sua *Juris distributio*; la *Politica* di Althusius contiene tutta una filosofia del diritto; e senza dubbio questo era già vero per la *République* del giurista Gregorio da Tolosa.

E poi viene Grozio, che è il principe della scienza giuridica moderna; nutrito di letteratura antica e di citazioni ciceroniane. È nel suo trattato sui problemi della guerra e della pace (su cui ritorneremo) che riscontriamo il più compiuto sistema dedicato alla generalità delle materie giuridiche. Dopo Grozio, e in dipendenza da lui, viene tutta la «Scuola del diritto naturale». Non si tratta solo di una scuola influente, che impone la propria sistematica (d'ispirazione ciceroniana, che parte cioè dall'individuo e procede poi con l'individuare la costituzione degli insiemi sociali sempre più vasti: «diritto di famiglia», «diritto pubblico», «diritto internazionale») ad una grande quantità di giuristi tedeschi ed olandesi. La «Scuola del diritto naturale» influenza profondamente anche i giuristi francesi; alcuni cercano di resistere a questa febbre razionalistica, scegliendo di restare fedeli a una metodologia intermedia derivata da Gaio o addirittura al disordine tradizionale, che era comunque capace di riscuotere ancora il favore dei giuristi pratici. Molti, però, e i più numerosi, si lasciano tentare dalla razionalizzazione del diritto. In particolare Domat, che è il fondatore di un nuovo sistema, che non ha più nulla a che vedere con quello delle *Istituzioni*; fino alla promulgazione del Codice civile francese, Domat fu probabilmente il giurista più stimato in Francia. Quanto al sistema delle Pandette, che non ha mai cessato di avere influenza, esso veniva recepito adattandolo più ai principi della «Scuola del diritto naturale», che al sistema delle *Istituzioni*.

È quindi nelle opere della nuova scuola giuridica che arrivano a piena chiarezza i principi giuridici moderni, più che nelle opere rinserrate nella routine tradizionale, in cui questi principi non sono esplicitati, anche quando sono presenti. In Grozio e ancor più nei suoi successori, il pensiero giuridico moderno si abbandona pienamente al proprio demone: al razionalismo giuridico, trionfo di quella filosofia che vorrebbe fare delle norme giuridiche una emanazione della ragione, all'*assiomatica*, che

sconfigge il vecchio metodo *dialettico*.

#### 4. *I risultati*

Molto sommariamente, vediamo quale sia stato l'itinerario percorso dal diritto dell'epoca romana classica e dal diritto medievale colto.

Roma, l'abbiamo detto tante volte, aveva una certa ripugnanza a sistematizzare il diritto. Gaio si limitava a classificare le situazioni o le cose, sulle quali si esercita il diritto. In questa sistematica comoda e semplice, la libera ricerca del giurista poteva ancora esercitarsi su ogni cosa e su ogni caso.

Che cosa c'è di propriamente nuovo nella giurisprudenza umanistica? Mostriamo come i sistemi costruiti su di un piano tripartito e di cui l'opera di Doneau costituisce l'esempio migliore, hanno cambiato profondamente di natura; hanno cessato di essere una sistematica attinente alle cose per divenire una classificazione dei diritti. Più significative ancora sono, in tal senso, le opere che abbiamo citato come inerenti al «secondo gruppo».

L'accusa più tipica che gli studiosi di questa corrente hanno rivolto alla classica sistematica tripartita è stata precisamente quella di confondere lo studio del diritto con quello dei fatti: persone, cose, azioni (se con questo termine si intendono «attività») sono fatti; questo falso punto di partenza compromette la purezza della scienza del diritto (è un tema, questo, sul quale Kelsen ha continuato ad insistere ai nostri giorni). L'argomento sarà ripreso da Leibniz, che criticherà su questo punto preciso il «metodo» delle *Istituzioni*: «non ex juris, sed facti visceribus sumpta est». Ma non anticipiamo. Guardiamo piuttosto il progetto di Bodin; per lui persone, cose e azioni non sono che la «causa materiale», la materia su cui si costruisce il diritto, non la sua «causa formale», la sua essenza, che è costituita dalla ragione impressa naturalmente nell'anima dell'uomo (il diritto naturale) e dalle leggi che essa produce, il diritto delle genti o il diritto civile. Si tratta di una tematizzazione ancora confusa, calata nel vocabolario sclerotizzato delle quattro cause, tipico della scolastica (senza dubbio peraltro anche mal utilizzato); si tratta però di un tentativo esplicito di purificare la scienza del diritto da ogni commistione con la scienza dei fatti. Quando analizzeremo la sistematica di Althusius nella *Dicaeologia*, constateremo che la prima e fondamentale dicotomia è quella di *factum* e *jus*; da un lato i fatti (i *negozia*, che avranno per «parti» integranti le *res* e le *personae* e per «specie» le attività volontarie e involontarie), che vengono studiati sommariamente, per passare subito allo studio dello *jus* (le cui «parti» saranno le leggi, sia quelle di diritto naturale che di diritto civile, e le cui «specie» saranno i diritti soggettivi che sono conseguenza delle leggi). La politica sarà per Althusius lo studio preliminare di questo «fatto»: la costituzione tra gli uomini di associazioni organiche (quella di *consociatio* è una nozione dedotta da Cicerone), che costituiscono l'oggetto di uno studio che precede quello del *diritto*, cioè delle leggi e dei loro effetti. È

pur vero, comunque, che Althusius ha già trattato in questo libro le questioni fondamentali del diritto.

Ancora più netta sarà la posizione di Grozio in ordine al divorzio del fatto dal diritto: «Dichiaro esplicitamente - egli afferma - che come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattar del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare». Il diritto non è dedotto dalle cose, con tutto ciò che esse comportano di mutabilità; esso è il prodotto della ragione separata dell'uomo (*dictamen rectae rationis*), consiste in ciò che dalla ragione possono dedurre i saggi e in ciò che essi vi aggiungono promulgando le leggi positive all'interno di ciascuna comunità politica.

Il *fatto* viene quindi espulso dalla considerazione della scienza del diritto: questa deve essere *razionale*. Ecco individuato il banco di prova delle filosofie del diritto e il punto di rottura tra il diritto naturale classico (che aveva la pretesa di dedurre il diritto dall'osservazione della natura) e la tendenza razionalistica prodotta dal neostoicismo. A questo punto il diritto, costituito da norme e da norme dedotte da norme (senza che il giurista debba farsi carico di prendere in considerazione fatti storici mutevoli), può essere sistematizzato; può anche assumere la forma (questa almeno è la pretesa di Grozio) di un sistema *assiomatizzato*, dedotto dai principi della ragione, a parte le integrazioni (di dettaglio) che vengono operate nel corso della storia dal *logos* dei legislatori.

Una seconda considerazione. Roma dava poco rilievo alle opere giuridiche didattiche o sistematiche; il cuore della sua giurisprudenza era nello studio dei casi concreti. Questo rapporto sarà rovesciato all'inizio dell'epoca moderna e i nuovi sistemi giuridici saranno tenuti nella massima considerazione d'ora in poi nella produzione dei giuristi. È ben vero che anche l'umanesimo disprezza ciò che proviene dalle scuole, ma bisogna fare attenzione: a parte il caso dell'università di Bourges e di qualche altro centro di insegnamento, i sistemi giuridici non sono stati prodotti dalla cultura universitaria. La produzione scientifico-giuridica universitaria, in epoca umanistica, è ancora sotto il segno del bartolismo e consiste in dibattiti su casi paradigmatici e in discussioni scolastiche. Durante il periodo di maggiore attività giuridica, Bodin fu deputato agli stati generali del 1576; Hotman partecipò ardentemente alle lotte politiche del tempo; Althusius abbandonò la cattedra per diventare sindaco di una città libera; Grozio non fu mai professore, ma un colto uomo d'azione, la cui professione era quella di avvocato o di ambasciatore.

I sistemi giuridici dell'Europa moderna sono nella maggior parte il frutto dell'opera di studiosi «laici».

È ben chiaro che la finalità prima delle opere di questi studiosi era quella di dare nozioni di carattere elementare, di aiutare la formazione di giovani studiosi. Il loro scopo primo era chiaramente didattico. Ma i trattati sistematici andarono acquistando una tale estensione ed incontrarono un

successo tale (grazie anche all'aiuto della stampa), che la loro influenza è andata certamente al di là dell'ambito strettamente scolastico.

Ciò può fondatamente dirsi di Doneau e di Grozio e in epoca successiva di Domat e di Pothier. I sistemi giuridici dell'Europa moderna, a differenza di quelli dei romani, non hanno come destinatari che giovani candidati a titoli accademici. In un modo più o meno diretto, questi lavori arriveranno a dominare anche la giurisprudenza pratica. Divennero fonte di diritto. Cosa bisogna dire al riguardo? Al primato della *giurisprudenza* come fonte creatrice di diritto si sostituisce il dominio della dottrina *giurisprudenziale*. Per fare il diritto, non si ritiene più indispensabile il contatto con la prassi che aveva il giurista romano, quella capacità di restar vicino ai fatti, ai quali adattare la giusta soluzione con «prudenza». Il diritto viene fatto coincidere piuttosto con le norme, imposte preliminarmente al giudice e che sono studiate sistematicamente nei trattati dottrinali. Nella Francia dell'*Ancien Régime*, ci sarà questa esplicita tendenza a porre al vertice delle fonti del diritto le opere sistematiche di Domat, di Pothier o di qualunque altro autore romanista. Certo, lo scetticismo giansenista e il buon senso dei giuristi pratici non mancarono mai di opporsi vivamente a questa tendenza: la pratica resiste sempre alle false pretese di erronee filosofie del diritto. Il razionalismo ebbe un successo ancora più grande nel diritto tedesco, in cui la dottrina doveva cadere sotto il dominio dei professori (*Professorenrecht*). Poco importa, ai nostri fini, che la dottrina abbia in fin dei conti fatto perno sui codici, o sulle grandi ordinanze sovrane e che la potestà legislativa abbia impresso il proprio sigillo sulle sue costruzioni: i veri autori del Codice civile francese sono Domat e Pothier. Quanto detto è ancora più vero se prendiamo in considerazione i codici dell'Europa centrale: l'opera degli umanisti conduce alle codificazioni moderne.

Venivano così soddisfatte le esigenze della borghesia, il suo bisogno di un diritto omogeneo, coerente, certo (tutte qualità, queste, che l'autentico diritto romano dei giureconsulti probabilmente non aveva affatto). La razionalizzazione del diritto venne portata perfettamente a compimento, a tal punto che Max Weber è arrivato a considerarla come il carattere distintivo del diritto occidentale moderno; la costruzione di un diritto *razionale* ha realizzato la polarità perfettamente opposta a quella del diritto *naturale*. Gli storici del diritto dovrebbero studiare con maggiore accuratezza questo fenomeno capitale che è l'apparizione dei sistemi giuridici.

## **V - Il contenuto del diritto: il nuovo ruolo del diritto soggettivo e dei principi generali del diritto**

Ho commesso il grave errore di abbandonarmi alla storia del diritto. È un lavoro senza fine. Nella letteratura giuridica del XVI secolo ci sono parecchi e diversi modelli di sistema; e ci sono anche altre tendenze, molto

lontane da quella sistematica. Che succederebbe se ci mettessimo a studiare le modificazioni del diritto, da un punto di vista contenutistico, a partire dalla conversione degli umanisti ad una visione stoica del mondo (e lasciando da parte altri possibili fattori esplicativi)?

Piuttosto che inoltrarci in un campo di studi che è oggettivamente sterminato, limitiamoci a riassumere rapidamente qualche nozione essenziale. Si insegna di solito che la nuova filosofia delle fonti del diritto e la sistematizzazione del diritto stesso non hanno affatto un'importanza sostanziale; questi fattori non toccherebbero che la storia estrinseca del fenomeno che ci interessa e non avrebbero alcuna, influenza sulla sua sostanza. La «storia delle idee» dovrebbe interessare il dipartimento di filosofia del diritto (sezione storica) e nessun altro.

È senz'altro vero che lo scopo delle opere sistematiche - l'abbiamo già detto - non è apparentemente che didattico e scientifico. Così almeno la dava ad intendere Doneau, corteggiando il legislatore: «A principibus est auctoritas juris; a peritis et intelligentibus via et ratio docendi». Abbiamo visto però come l'influenza di queste opere sia andata al di là dei circoli universitari; non si è trattato solo di un'influenza di carattere «scientifico»; è falsa la separazione che alcuni hanno voluto porre tra una pretesa «scienza del diritto» e la sua applicazione pratica; quando si scrivono trattati giuridici, non si fa un lavoro scientifico «neutrale» e non si disdegna di poter avere influenza anche sui giudici. La costruzione dei sistemi, insomma, non è stata un lavoro sterile. Si dovrebbe parlare, come fanno gli economisti quando parlano di imposte, più che di neutralità, di «belligeranza».

A parte influenze più rilevanti, le opere sistematiche hanno per lo meno avuto quella di introdurre progressivamente nel cervello dei giuristi pratici nozioni nuove. Ed ecco che appaiono nei trattati giuridici la nozione di diritto soggettivo e quella del primato della legge, che non sono prive di conseguenze.

### 1. *Il diritto soggettivo*

Questa prima tematica l'abbiamo già incontrata di frequente nel nostro lungo itinerario (e sono sicuro che molti lettori sono già rimasti piuttosto perplessi per come l'abbiamo affrontata). Abbiamo osservato che il concetto di diritto soggettivo, che è estraneo ai sistemi giuridici romani, è andato maturando lentamente nella scolastica francescana, di carattere nominalistico e negatrice del diritto naturale, e che esso ha origini cristiane e agostiniane. Non ci dobbiamo meravigliare, dunque, che esso affondi le proprie radici nella dottrina stoica.

Esiste una stretta parentela tra il pensiero ebraico e quello stoico, che è stato inizialmente elaborato da pensatori orientali. L'uno e l'altro, ossessionati dalla ricerca del *valore morale* dell'individuo, misconoscono il compito specifico del diritto che è quello di distribuire i beni materiali, ai quali sia l'ebraismo che lo stoicismo sono del tutto indifferenti. L'uno e

l'altro sono sistemi nominalisti. Lo stoicismo vorrebbe dedurre il diritto dalla «natura umana» individuale. La «natura umana» costituisce un eccellente punto di partenza per costruire una morale di carattere privato. Non dico che questa idea non concerna in nulla la costituzione del diritto, ma non è comunque sufficiente a questo scopo: se si parte dalla «natura umana» non si può arrivare al diritto nel senso in cui l'intendono Aristotele o i giuristi romani. Si può tutt'al più arrivare al «diritto soggettivo».

I germi di questa prospettiva si trovavano già in Cicerone, che concepiva un diritto del soggetto - effetto della legge morale inerente al soggetto stesso - nato con lui (e non dalla distribuzione dei beni che il diritto oggettivo effettua tra gli uomini all'interno di un gruppo sociale): la morale stoica ordina all'essere umano individuale di conservarsi in vita, di procurarsi un'abitazione, di che vestirsi e di che nutrirsi, di difendersi se è il caso ricorrendo alla forza (*vindicatio*) e di perpetuare la specie. Questa è la prima legge di natura; essa è vincolante per qualsiasi uomo, in forza della natura, anche se non si è ancora formato un consorzio umano, anche se l'uomo vive in solitudine; è una legge che vincolerebbe anche Robinson. A questa prima serie di doveri corrispondono i diritti, l'autorizzazione concessa dalla natura a compiere liberamente le azioni corrispondenti. Le regole della morale sociale proibiranno in effetti di violare i diritti naturali soggettivi degli individui; di aggredire la persona o la proprietà altrui, e la libertà che ogni uomo ha di difendersi e di espandersi, libertà che esiste fin dalle origini. Abbiamo osservato come questa filosofia, quando viene applicata alla scienza del diritto, porta al sacrificio della giustizia distributiva: non si sente più il bisogno di quella funzione pubblica che aveva per fine l'instaurazione tra i membri di una comunità politica di un giusto sistema di distribuzione dei beni; si ritiene che i diritti preesistano alla giustizia distributiva e che il diritto non abbia altro fine che quello di proteggerli.

Una delle conseguenze dell'elaborazione dei sistemi fu di innalzare questa nozione (accanto a quella di legge) a un piano di primaria rilevanza nei trattati di scienza giuridica. Ecco come Etienne Pasquier parla della *vindicatio*: «L'istinto di difendersi e di difendere le proprie spettanze è una forma di diritto che appartiene per natura a tutti gli animali ... Il diritto di difendersi e di tutelarsi posto in noi dal diritto naturale è agli inizi opaco ... esso deve essere rifinito e messo in chiaro ad opera del magistrato politico». Ecco un diritto soggettivo, derivato dalla dottrina stoica degli istinti naturali dell'uomo, considerato come un attributo del soggetto stesso datogli dalla natura e che preesiste ad ogni distribuzione dell'autorità sociale: il «magistrato», con le sue leggi, non può far altro che «rifinirlo». Esattamente nello stesso modo ragionerà più tardi Locke, che sarà l'autore di una perfetta teoria del diritto soggettivo. Lo stesso Locke subirà l'influenza congiunta del neostoicismo e di un cristianesimo moralizzante: Dio ordina all'uomo di nutrirsi, di prosperare e di moltiplicarsi: come

potrebbe l'uomo fare tutto ciò, se non avesse il *diritto* di risparmiare e di conservare il frutto del proprio lavoro e se lo stato non avesse per compito suo proprio quello di definire e di proteggere i diritti naturali soggettivi?

Il compito principale dei giuristi sarà quello di redigere il catalogo e di descrivere il contenuto di questi diritti, così come sono stati «rifiniti» dalle leggi civili e dal lavoro della precedente dottrina. Prendiamo i sistemi tripartiti; ho già detto che la sistematica di Gaio è stata profondamente alterata dagli umanisti; mentre Gaio se ne serviva per classificare le  *cose*  (e cioè le diverse specie di persone, di beni, di attività umane), gli umanisti l'hanno usata per classificare una serie di *diritti*.

Questa è la metamorfosi che si opera negli scritti di Doneau, che serviranno da prototipo a tanti sistemi ulteriori. All'inizio dei suoi commentari, Doneau stabilisce che il diritto civile consiste in primo luogo nel *conoscere* ciò che appartiene a ciascuno e in secondo luogo nei mezzi procedurali necessari ad ottenerlo: «*in eius, quod cuique sunt cognitione et eius cogniti obtinendi ratione*». Cosa diviene quella prima parte del sistema, in cui Gaio passava in rassegna i diversi tipi di persone (schiavi, liberti, *alieni juris*, ecc.) e le diverse questioni giuridiche concernenti lo statuto delle persone, come la filiazione, l'emancipazione e il matrimonio?

Un'introduzione relativa alla sola capacità delle persone di essere titolari di diritti. E la *pars rerum*, in cui Gaio studiava le *res Mancipi* o *nec Mancipi*, le cose corporali (come i beni immobili) o incorporali (*jura*: le servitù, l'*hereditas*, l'*obligatio*)?

Attraverso sapienti giri di parole e con un linguaggio mascherato, essa diviene uno studio dei diritti soggettivi. Doneau divide questa sezione in due parti: ci sono due categorie di cose, quelle che propriamente ci appartengono e quelle che ci sono solamente dovute: «*quod proprie nostrum est, quod nobis debetur*». A una distinzione riferita alle cose si sostituisce surrettiziamente una classificazione dei diritti che noi abbiamo in rapporto alle cose. In questo modo, dando al termine *jus* un'accezione ampia sconosciuta a Gaio, il nostro autore arriva ad affermare: «*quaedam jura sunt rerum nostrarum* (ad esempio, i diritti reali, il diritto soggettivo di proprietà), *quaedam rerum nobis debitorum* (i diritti di credito)». Quanto alle *actiones*, esse non sono più che i mezzi per far valere i diritti; è esattamente ciò che esse sono anche per noi, il che però non ha più alcun rapporto col linguaggio dei giuristi romani.

Il linguaggio di Doneau è ancora molto incerto; i testi romani gli impediscono di comprometersi apertamente con la nuova sistematica. I suoi allievi andranno più lontano; essi faranno apertamente della *pars rerum* una descrizione metodica delle diverse forme di diritto soggettivo, divenuto il cuore del diritto civile, mentre la *pars actionum* viene confinata nella «procedura» e lo studio della personalità o capacità giuridica serve unicamente come introduzione. Abbiamo così completamente smarrito lo spirito dell'antica sistematica di Gaio e non è facile riconquistarlo.

Se le cose stanno già così in Doneau, si pensi che posto d'onore la nozione di diritto soggettivo ha potuto acquistare nei sistemi giuridici originali, esplicitamente moderni, quelli che hanno osato rompere con l'ordine tradizionale di trattazione delle materie delle *Istituzioni*! Abbiamo visto come in Althusius, nel piano generale della *Dicaeologia*, i diritti soggettivi (*dominium* e *obligatio*) costituissero le diverse forme del diritto e occupassero il cuore dell'opera, in cui l'autore fa convergere l'essenziale della scienza giuridica. Basta gettare un colpo d'occhio sui trattati di politica, come la *Repubblica* di Bodin, per constatare che l'ossatura è formata da un sistema di diritti soggettivi, siano essi gli *jura majestatis*, gli «indici della sovranità del principe», pedantemente enumerati, siano essi i *diritti* dei soggetti, che il principe non può violare (diritti di proprietà e di credito fondati sulla legge naturale). «E non bisogna fare eccezione né per il Papa, né per l'imperatore, come alcuni adulatori vanno dicendo, sostenendo che sia l'uno che l'altro possono impadronirsi dei beni dei sudditi senza giusto motivo; anzi molti dottori e finanche molti canonisti detestano questa opinione come contraria alla legge di Dio ... Così diceva Seneca: *Ad reges potestas omnium pertinet, ad singulis proprietas.: Omnia rex imperia possidet, singularis dominio*».

*Potestas* e *proprietas*, *imperium* e *dominium*: Bodin pensa il diritto riducendolo all'immagine dei diritti immutabili e precostituiti dell'individuo.

Quanto a Grozio, egli è l'autore della seguente definizione del diritto come diritto soggettivo, che divenne rapidamente celebre e di cui tutti compresero la novità e la contrarietà rispetto al concetto romano: «*jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*»; tutto il suo sistema si fonda sulla distinzione dei diversi diritti soggettivi.

Mi si ribatterà: non c'è nulla di nuovo nel presentare la scienza del diritto dal punto di vista di chi ne è beneficiario, facendo l'inventario dei vantaggi di cui gode il singolo per il fatto che esistono norme oggettive: fino a tal punto ci si è attaccata addosso la mentalità propria del pensiero moderno! In queste posizioni mi appare chiaro l'abbandono assoluto del linguaggio giuridico romano. Il pensiero di Doneau resta ancora in qualche modo ambiguo. Ma il linguaggio di Grozio è chiaro. Il diritto è *qualitas personae*, è un attributo del soggetto; per quello che riguarda la sua sostanza, è dedotto dalla natura dell'uomo; esso possiede un fondamento originario, la legge, che è immutabilmente connessa all'essenza dell'individuo. Il diritto perciò consiste in una *libertà*, «*apritudo*», o «*facultas*», insomma nel *potere* «di compiere certe azioni o di conservare certi beni» che si sono acquistati; non è più concepito come quella cosa che ci spetta in virtù di una distribuzione sociale. È così che la sistematicizzazione del diritto non solo non ha giovato alla «recezione» del diritto romano così come era ai tempi di Gaio, ma lo ha deformato e lo ha ricostruito a partire da una filosofia

assolutamente diversa.

Ma la maggior parte degli storici (a parte i fraintendimenti in cui cadono) pensano che poco importa un simile mutamento terminologico e che esso non abbia effetti sostanziali. Io sono convinto invece del contrario.

Lo ripeterò un'ultima volta, dato che tutta la filosofia del diritto classica di matrice aristotelica si può riassumere in una frase elementare, ma di cui facciamo fatica a cogliere il significato: *jus suum cuique tribuendum*, Il «diritto di ciascuno», per i romani, è precisamente il problema che il giurista è *chiamato* a risolvere, che non possiede una soluzione aprioristica, e che dovrà essere affrontato tenendo conto ogni volta di circostanze particolari e degli interessi specifici che sono in causa, al fine di instaurare o di garantire una giusta distribuzione dei beni. Quanto al «diritto di ciascuno», esso non è altro che la parte che gli deve essere attribuita, tenendo conto di tutti i dati della coesistenza sociale. E in quanto tale non può essere conosciuta in anticipo, né in astratto.

Il diritto soggettivo, che è dedotto dalla natura dell'individuo, si presenta su fondamenta più stabili. Nell'essenziale, la sua sostanza è anteriore all'opera dello stato e dei suoi giuristi; è conosciuto già dai sapienti, che sanno qual è la «natura dell'uomo», anche se poi le leggi di ogni comunità politica ne precisano i contorni, lo «rifiniscono», come dice Etienne Pasquier. La *dottrina* può pretendere di dettare in nome della scienza, aiutandosi con le leggi vigenti, la lista dei diritti soggettivi e di procedere all'analisi del loro contenuto, imponendolo ai giuristi; così hanno fatto Domat e Grozio e più tardi Pufendorf e Pothier.

C'è così più fermezza nell'individuare i diritti che vengono riconosciuti a ciascuno, ma al prezzo di un *escamotage* della giustizia distributiva. Anche coloro che si reputano normalmente i più influenzati da Aristotele, si constata che non comprendono più il famoso passaggio dell'*Etica Nicomachea* sulla giustizia distributiva. Basti leggere in Bodin le fantasie, peraltro affascinanti, sulla giustizia che egli chiama «armonica», e che a suo parere occuperebbe il giusto mezzo tra la giustizia distributiva, «aristocratica» e la giustizia commutativa, più egualitaria: come se l'intenzione di Aristotele fosse stata, esponendo la sua teoria, quella di prendere partito per un tipo particolare di costituzione politica. Oppure, leggiamo in Grozio le modificazioni che egli apporta alle formule aristoteliche: la giustizia distributiva non avrebbe alcun rapporto col diritto *proprie dictum*; della giustizia commutativa, che egli preferisce chiamare *expletrix*, egli falsa completamente il senso; e quanto al resto il diritto non è più inteso come ciò che è giusto, ma solo come dò che non è ingiusto. Promuovere una giusta distribuzione dei beni non è più il compito principale del diritto.

Compito del diritto diviene quello di mantenere la proporzione dei beni assegnata di fatto agli uomini dalla natura e ulteriormente precisata dalle leggi del sovrano e difendere quella che risulta semplicemente dai pretesi

diritti soggettivi degli individui: il diritto di proprietà fondato sul possesso effettivo, il «diritto del primo occupante» (dato che la legge morale obbliga a non togliere ad altri ciò che questi possiede) e il diritto di credito, dato che la legge morale obbliga a mantenere le promesse. Ancora una volta, osserviamo quanto è vantaggioso per i ricchi questo semplicistico sistema di distribuzione dei beni! Come umilia la funzione del diritto questa trasposizione nell'esperienza giuridica di una legge morale per sua essenza di carattere privato e unilaterale (e per di più individuata arbitrariamente: perché non scegliere piuttosto il dovere morale che hanno i ricchi di venire incontro ai bisogni dei poveri?)!

Alla fine della stagione inaugurata dalla giurisprudenza umanistica, ci saranno diritti assoluti di proprietà o di credito, rigidi nel contenuto, che si impongono allo Stato stesso e che influenzano anche i redattori del nostro Codice Napoleone. Il diritto, in tal modo, ne guadagna in certezza, ma a detrimento della giustizia.

## 2. *Il primato della legislazione generale*

Il primato che viene acquistando il diritto soggettivo non è che l'altra faccia di un altro fenomeno: quello del primato che acquista la norma in quanto regola generale: è un tema, questo, sul quale ci sarebbe moltissimo da dire, che ha tante ripercussioni pratiche, e sul quale non possiamo soffermarci che molto rapidamente.

La razionalizzazione del diritto mette in effetti in evidenza alcuni principi generali del diritto, da cui vanno poi derivati tutti gli altri. Essa conduce al predominio della *legge*, intesa come regola espressamente formulata e che arriverà alla fine ad identificarsi con lo stesso concetto di diritto

A questo primato della legge hanno portato sia il lavoro di sistematicizzazione del diritto, che la progressiva tendenza a sottomettere il sistema giuridico alla morale stoica, nella quale è venuto anche a confluire il legalismo calvinistico. Doneau ordina la scienza del diritto, nei suoi commentari, a partire da principi di carattere generale. Bodin costruisce la gerarchia delle leggi divine e naturali, che vengono poi completate dalle leggi umane: esse saranno nella sua *Juris distributio* la «causa formale» del diritto, cioè l'essenza del diritto.

Analogamente si comporta Althusius nella sua *Politica*. E nella *Dicaeologia*, mentre i diritti soggettivi (*dominium, obligatio*, ecc.), che risultano dalle leggi, costituiscono le *species juris*, Althusius eleverà al rango di «parti costituenti del diritto» (*partes juris*) i diversi tipi di legge (sia «naturali» che «comuni», sia «proprie» di ogni raggruppamento sociale).

A mano a mano che si espande il processo di assiomatizzazione del diritto, vengono messe in evidenza le massime più generali, radicate nella ragion pratica, le leggi della filosofia *morale*, da cui si pretende di dedurre il diritto. Mi rifaccio direttamente a Grozio, il cui sistema ebbe un successo

così grande. Grozio deduce il diritto dagli assiomi di moralità del neostoicismo cristiano. Leggiamo dalla prefazione del *De jure belli ac pacis*: «Questa attività, conforme alla ragione umana, rivolta a conservare la società, che abbiamo testé grossolanamente delineata, è la fonte del diritto propriamente detto: il quale comprende l'astenersi dalle cose altrui, la restituzione dei beni altrui e del lucro da essi derivato, l'obbligo di mantenere le promesse, il risarcimento del danno arrecato per colpa propria e il poter essere soggetti a pena tra gli uomini». Ecco le tre regole fondamentali che costituiscono le colonne del diritto moderno e che sono anche quelle dominanti nel Codice Napoleone: la proprietà assoluta (art. 544), la vincolatività delle convenzioni (art. 1134) e l'obbligo di risarcire i danni commessi per propria colpa (art. 1382). Questi sono i soli tre articoli del Codice di cui tutti si ricordano quando escono dalla facoltà di diritto. In questa prospettiva filosofica, le stesse leggi positive, quando raggiungono un certo grado di generalità, non sono da considerare altro che regole dottrinali riprese dal legislatore. Il destino naturale della dottrina è quello di diventare prima o poi *legge*. Il Codice civile francese ha consacrato i risultati della dottrina (e poco importa a questo riguardo che sia quella di Grozio, di Domat o di Pothier); di una dottrina che era essa stessa il frutto dell'incontro (per ciò che attiene a quelle tre regole auree che abbiamo appena citato) della rinascenza ciceroniana e del biblicismo protestante.

## VI - Conclusione

In tutto questo, mi direte ancora una volta, non c'è nulla di nuovo. Nei manuali di diritto romano oggi in uso (quelli cioè esplicitamente architettati dal pensiero moderno) si trovano più o meno gli stessi principi.

Ma il vero diritto romano li ignorava. I giuristi romani conoscevano gli assiomi di *moralità* perché li leggevano nelle opere di Panezio o di Cicerone; ma si sono sempre rifiutati di tradurli in regole *giuridiche*, che peraltro non compaiono affatto nel *Digesto*.

Certamente, c'è stata anche qualche tendenza a confondere l'arte del diritto con la legislazione morale. R. Villers ha osservato che i giuristi romani tendono sì ad avvicinarsi a quei principi (alcuni giuristi romani hanno teso al consensualismo, al possesso sacrosanto, alla regola dell'indennizzo nei confronti di *tutti* i danni, ma senza stabilirne una formula), ma *asintoticamente*.

Quando però si tratta di giuristi, c'è una differenza enorme tra l'asintote e la curva. Voglio dire che non è affatto irrilevante che queste formule non siano mai state recepite espressamente nel *diritto* romano. Per noi moderni, il diritto consiste in regole generali; in un'epoca stabilmente dominata dal positivismo giuridico, il giudice è vincolato ai testi di legge, quale che sia la circostanza concreta in cui si trova a dover giudicare; gli può capitare di

condannare il miserabile che ha rubato un pezzo di pane, in forza dell'art. 544 (o del corrispondente articolo del Codice penale), di convalidare contratti iniqui, economicamente disastrosi, in forza dell'art. 1134; e di fare comunque un uso contestabile e controverso di altri articoli di legge. Ma che ci si può fare, dal momento che per noi *il diritto è la legge*?

I giudici romani non erano vincolati da quelle regole che troviamo codificate nei manuali romanistici odierni. Il giudice romano non era prigioniero di una gabbia di regole generali ed astratte. Il diritto romano riservava alle leggi quel posto limitato che veniva loro riservato dalla dottrina classica del diritto naturale: esse servivano per *determinare* alcuni precetti particolari, per i quali la dimensione della certezza interessa l'ordine pubblico. Tutto il resto è molto più libero; si muove a zig-zag, non in linea dritta. Le singole situazioni sono tutte ben classificate, ma il diritto rimane un problema aperto. Il fatto è che, a differenza della morale privata del sapiente stoico, il diritto si scopre nel contingente. Ritorno a ciò che ho già detto. Il giurista romano non deduce in linea di principio il diritto da una regola generale: *jus non a regula sumatur*; la regola non è altro che un elemento ausiliario nella ricerca dialettica del diritto. In questo senso, non esiste un sistema, o almeno un sistema di leggi, come non esistono quei diritti soggettivi che sono una derivazione delle leggi. Noi siamo liberi, ovviamente, di costruire un sistema di regole sedicenti romane, vicine a quelle che appartengono alla nostra esperienza giuridica; ma sono regole che non avevano alcuna cittadinanza a Roma.

La giurisprudenza umanistica ha fatto sì rivivere il diritto romano, ma dato che si è ispirata ad una filosofia diversa da quella propria dei giuristi romani, ha cominciato subito a snaturarlo.

## V

### L'EPOCA DI CARTESIO PREAMBOLO FILOSOFICO

#### I - Introduzione

Cominciando il corso dell'anno passato, avevo messo tutti sull'avviso: nella storia della filosofia ogni forma di cronologia è ingannevole. L'essenziale del pensiero giuridico moderno è tutt'altro che nuovo; l'abbiamo già trattato e ripetuto fin troppe volte, studiando la rinascita dell'agostinismo nelle dottrine protestanti ed anche cattoliche del XVI secolo, il nominalismo di Occam e la rinascita dello stoicismo e dell'epicureismo.

Il XVII secolo ci si presenta però come un'epoca di grandi sintesi, in cui vengono a confluire tutte queste correnti di origine antica, e che produce *sistemi* completi, destinati a soppiantare la vecchia filosofia del diritto aristotelico-tomista e a diventare a loro volta classici; è l'epoca di Bacone, Cartesio, Leibniz; di Grozio, Hobbes, Pufendorf, Locke ...

Non ci possiamo permettere di trascurare queste grandi costruzioni

dottrinali, anche se sono fredde, troppo perfette per essere veramente vive, come i castelli e i giardini alla francese del tempo. E non voglio nemmeno dire che sono mal conosciute. I nostri studenti leggono il *Discorso del metodo* o l'*Etica* di Spinoza, le opere di Kant, che appartengono alla medesima tipologia del pensiero moderno; al contrario nove studenti su dieci non hanno mai sentito parlare della *Summa Theologiae* di San Tommaso; quanto ad Aristotele, ne conoscono il nome, anche se magari qualcuno crede che si tratti di un antico autore della scolastica medievale. Di Hobbes e di Locke, invece, se ne parla solo nel corso di storia delle dottrine politiche; sono ben noti gli studi di Raymond Polin ed altri ancora su questi autori; il tema del contratto sociale in Hobbes, Locke, Rousseau e Kant è praticamente conosciuto da tutti.

Il fatto è che in Francia la facoltà in cui si studia il diritto si divide in quattro dipartimenti: quello di economia, quello di diritto pubblico, quello di diritto privato ... e il quarto viene confinato nell'ambito della pura erudizione. I pubblicisti sanno parlare di Hobbes e di Locke, gli economisti conoscono Locke e i fisiocrati e può anche darsi che nelle loro dispense ci sia una ventina di righe dedicate a Cartesio; ma sono molto meno sicuro che i *privatisti* abbiano una qualche nozione di questi autori. La maggior parte dei giuristi ignora le filosofie da cui proviene il loro modo di pensare ... Si potrebbe dire che la nostra facoltà vuole senz'altro riconoscere l'utilità dello studio della filosofia politica o economica, ma non di quello della filosofia del diritto. Si può pensare che il giurista abbia una sorta di ripugnanza a prendere coscienza dei propri principi, per la paura di doverli poi cambiare. Molte delle tesi giuridiche, e penso in particolare alle tesi storico-giuridiche, non hanno per oggetto altro che fatti, dati cioè *esterni* a noi stessi (questa funesta separazione tra oggetto e soggetto è una delle eredità della filosofia moderna e dovremo prenderla in esame). L'importante, invece, sarebbe mettere noi stessi in discussione, mettere in discussione i nostri metodi e i principi da cui prendiamo le mosse.

Questi principi, per la maggior parte, ci provengono dai sistemi del XVII secolo. Non dico tutti: ciò che si dà di più vivo e di più nuovo nella cultura giuridica attuale, il culto del movimento e del progresso, l'invasione del sociologismo, la passione per il diritto sociale, l'antilegalismo ... porta piuttosto il segno del *rifiuto* della tradizione ereditata dal XVII secolo. E né il concetto marxista di diritto, né i nuovi tentativi di ripensare il diritto a partire dall'esistenzialismo sono assolutamente conformi allo spirito del XVII secolo, ma reagiscono piuttosto contro di esso. Qui ci limitiamo a parlare di ciò che costituisce il fondo, la culla più antica e più solida, del pensiero civilistico odierno. Vogliamo insomma parlare della *filosofia del diritto dei manuali di diritto civile*.

Questi manuali si aprono di solito con alcune pagine dedicate alle prime nozioni e ai principi generali del diritto. I primi corsi di lezione del primo anno di diritto civile iniziano tutti nello stesso modo: vi si trovano i

lineamenti di una filosofia del diritto, che ha il vantaggio di essere quella del professore di diritto civile, quella che verrà utilizzata nel prosieguo del corso. Wiederkehr ne ha fatto l'analisi. Egli comincia con l'osservare che queste introduzioni di carattere filosofico al diritto civile sono in genere molto confuse e incoerenti; il civilista cerca di sbarazzarsi al più presto di questa *corvée*. Per di più esse sono, generalmente, poco originali: di manuale in manuale vengono ripetute sempre le stesse formule, le stesse definizioni del diritto, dei suoi rapporti con la morale, della legge (considerata sempre come la fonte principale del diritto), del diritto soggettivo; in qualche occasione si fa anche un accenno al diritto naturale. Ed è da più di un secolo, conclude Wiederkehr, che si perpetua questa ripetizione di banalità, anche se ogni tanto c'è qualche eccezione a questo abituale conformismo (in particolare quella costituita dalle opere di Carbonnier) e se si introducono qua e là accanto ai principi tradizionali elementi tematici di origine più recente.

A dire il vero, questo insieme di principi filosofici che costituiscono tuttora il substrato del metodo dei civilisti rimasti ancorati alla tradizione (positivismo giuridico sempre riconnesso a qualche vago assioma di «diritto naturale» o piuttosto a qualche assioma etico, individualismo che sfocia nella nozione di diritto soggettivo) data dall'epoca del Codice civile e della rivoluzione francese e della filosofia francese dell'epoca dei lumi. Ma il XVIII secolo francese non ha fatto altro, nel diffondere e nel volgarizzare la particolare concezione del diritto che abbiamo delineato in precedenza, che riproporre le grandi sintesi giuridiche del XVII secolo, quelle di Grozio, Hobbes, Pufendorf, Locke. Se dunque vogliamo capire ciò che c'è di specifico nel sistema giuridico oggi dominante e prendere quindi coscienza dei principi che governano il nostro modo di pensare, è assolutamente necessario risalire a quella fonte, cioè al XVII secolo.

## II - La cultura del Seicento

Dobbiamo cominciare col considerare nel suo insieme la cultura del XVII secolo. La filosofia del diritto dell'epoca va infatti considerata come l'applicazione ai problemi del diritto di una prospettiva di pensiero di carattere generale. Non possiamo pretendere di dir tutto; non fidiamoci troppo degli storici della filosofia, che passano il loro tempo a falsificare, con scelte estremamente unilaterali, una realtà ben più complessa. Sta di fatto che nei secoli che appartengono all'epoca moderna si è data una coesistenza di correnti di pensiero numerose e diversificate tra loro. Ad esempio, una scolastica di tipo aristotelico (mescolata però di fatto ad elementi scottistici e suareziani) ha continuato ad essere predominante nei circoli universitari; e si trovano negli scritti del tempo numerose tracce di «naturalismo» e di culto della magia che va fatto risalire a qualche dottrina rinascimentale. Da parte nostra, quindi, sceglieremo di interessarci del

pensiero di un certo settore dell'élite intellettuale del tempo, quello che ci appare essere stato il più vivo, il più innovatore e la cui influenza a lungo termine doveva conquistare l'opinione pubblica: ci interesseremo di quei pensatori che possono esser detti «moderni». Analogamente, potrà anche darsi che uno storico del futuro possa caratterizzare il pensiero francese di oggi facendo riferimento a Sartre o a Teilhard de Chardin; ma certamente non si può dire che oggi in Francia si sia tutti sartriani o teilhardisti.

Ogni sistema filosofico parte da un'esperienza fondamentale; noi pertanto dobbiamo innanzi tutto andare alla ricerca dei principali centri di interesse attorno ai quali si sono coagulate le filosofie che ci interessano e sui quali è stato poi edificato tutto il restante sistema di pensiero. Sembra abbastanza certo che questo punto di partenza non può essere identificato con il diritto: come avevamo già osservato l'anno passato, a proposito degli autori rinascimentali, ben pochi filosofi del seicento ebbero un'esperienza diretta della vita giuridica, quale quella di cui erano abbondantemente provvisti, per fare un esempio, un Platone o un Aristotele; né Cartesio, né Locke, né Spinoza furono giuristi, come non lo furono né Rousseau, né Kant, né Hegel. Le filosofie dell'epoca moderna giungono al diritto il più delle volte solo indirettamente, quando il sistema è già costruito, e attraverso i sentieri della politica (è questo il caso di Hobbes, di Locke e di Spinoza), della morale e più tardi dell'economia politica.

Quali sono gli interessi principali dei filosofi moderni? In primo luogo, la *morale*. La grande letteratura francese del XVII secolo ed anche la letteratura inglese, sono piene di opere di moralisti. Basti citare Corneille, Racine, La Fontaine, Molière, La Bruyère e La Rochefoucauld; Cartesio, Malebranche e Pascal sono moralisti; Locke è autore di un trattato sull'educazione, Spinoza scrive un'*Etica*. In questi ambiti si rinnovano le tematiche (come quella della «natura dell'uomo») rimesse in voga nel XVI secolo dalla rinascenza stoica ed epicurea.

Ancora forte, in quest'epoca, è la tradizione teologica cristiana. È necessario infatti ricordare - ma è una verità troppo spesso misconosciuta - che la fede cristiana domina ancora il pensiero del seicento, sia quello cattolico, di stile soprattutto agostiniano (Pascal, Malebranche, Racine e La Rochefoucauld, ma anche Domat e la borghesia giansenista), sia quello protestante o anglicano. In Locke viene ad emergere la tendenza del protestantesimo liberale, che vuol fare del cristianesimo una religione «ragionevole», così come, in un'altra prospettiva, Spinoza cerca di ridurre la fede alla filosofia. Non si richiede più al dogma di fede un insegnamento utile alla scienza della natura; l'esperienza di Galileo è stata sufficiente e Galileo ne è uscito vincitore; alla fede si chiede solo una morale che indirizzi la condotta umana. Ci si accosta ai testi della Scrittura, del Decalogo e del Vangelo in certi casi con un atteggiamento pessimistico sulla natura umana; in altri casi, a partire da un testo di San Paolo, che sembra proclamare l'esistenza di una legge naturale nella coscienza di ogni

essere umano, si assume un atteggiamento ottimistico e ci si ricollega all'insegnamento del neostoicismo cristiano. Il tema della legge naturale occupa un ruolo primario nella filosofia del diritto, soprattutto a partire da qualche citazione scritturistica.

Se è vero che il XVII secolo porta avanti in religione e in morale le prospettive già aperte in precedenza dalla cultura medievale e rinascimentale, va però subito aggiunto che il fenomeno più nuovo e più caratteristico del secolo è quello dello sviluppo delle scienze. Non c'è manuale di storia che non manchi di mettere in luce questo fatto. Nella prima metà del secolo si collocano le grandi scoperte astronomiche (Keplero, 1571-1630, Galileo, 1564-1642 - che seguono Copernico e Tycho Brahe - e più tardi Newton, 1642-1727), le nuove teorie fisiche (Galileo, Pascal), chimiche (Robert Boyle), biologiche (Harvey), matematiche (Viète, Fermat, Pascal, Cartesio e più tardi Leibniz e Newton). Nasce all'improvviso la scienza moderna, alla quale i filosofi danno un grandissimo contributo. Vi partecipano attivamente non solo Cartesio e Pascal, ma anche Hobbes, Locke, Spinoza, Malebranche e Leibniz.

### III - I caratteri della scienza moderna

Non è inutile, anche per gli storici del diritto, conoscere i tratti caratteristici del nuovo movimento scientifico, che ha un'importanza essenziale per la storia della filosofia. La vecchia scienza di carattere aristotelico, recepita dalla scolastica, era parte integrante di un sistema filosofico; la scienza moderna ha preteso sulle prime di rendersi autonoma e indipendente da ogni filosofia; ma questo divorzio è stato solo apparente, perché è tale il bisogno dello spirito umano di unificare tutte le sue conoscenze, che la scienza ha finito per esigere e per costruire a sua volta una nuova filosofia, che meglio si accordasse alla sua struttura.

La scienza nascondeva nel suo seno la filosofia moderna, come sembra avessero ben compreso (riconosciamo almeno loro questo merito) i promotori della condanna di Galileo (1616 e 1632). Galileo, di cui si è celebrato l'anno passato il quarto centenario, è stato oggetto di parecchi studi e il Concilio Vaticano II è tornato ad occuparsi della sua condanna. Notiamo che la condanna di Galileo fu dovuta per la maggior parte agli intrighi di un gruppo di filosofi rimasti attaccati alla scolastica tomistico-aristotelica, che portò avanti le sue accuse con violenza, ricorrendo anche a falsificazioni, come è successo anche nell'*affaire Dreyfus* e indubbiamente in molti altri casi. I pretesti teologici, l'argomento tratto dall'Esodo, secondo cui sarebbe il sole a girare attorno alla terra, ecc., non sarebbero di certo stati sufficienti (San Tommaso, nel *De coelo*, pur facendo propria la dottrina tolemaica, riconosce però che essa non ha alcun valore dal punto di vista dell'esegesi scritturistica). Ma è pur vero che la scienza moderna, che

sembra avere le sue più lontane radici in Epicuro e in Democrito o (per ciò che riguarda l'astronomia) nell'insegnamento di Aristarco e di Pitagora, non poteva coesistere in buona armonia col sistema filosofico aristotelico-tomista.

Scienza moderna e filosofia aristotelica si contrappongono in primo luogo sul piano del metodo. Questo punto è stato spesso mal compreso. Come ha giustamente osservato Lenoble, non bisogna dar troppo peso al fatto che gli scienziati moderni hanno rigettato il principio di *autorità*: anche San Tommaso poneva, in fatto di scienza, l'autorità all'ultimo posto tra gli argomenti probanti e non può essere diversamente in ogni autentica ricerca scientifica. Criticare l'uso eccessivo dell'argomento d'autorità, come facevano Galileo e Gassendi, Bacone e Cartesio, non era che un procedimento retorico per rafforzare la critica all'aristotelismo.

La novità non va vista nemmeno nel fatto che gli scienziati moderni fanno appello all'*esperienza*: non c'è nessuno che non vi faccia ricorso, o che almeno non ricorra all'osservazione e Aristotele più di ogni altro. Il fatto è però che non sempre si tratta dello stesso tipo di esperienza.

Mentre Aristotele fonda la sua scienza su di una esperienza integrale, vicina all'esperienza comune e che gli consente di percepire nel reale le qualità (il caldo, il freddo, il pesante, il leggero) e i valori (come l'armonia degli insiemi), l'esperienza della scienza moderna appartiene, come osserva Lenoble, ad una specie ben diversa: è un'esperienza artificiale, che ricorre significativamente all'uso di particolari strumenti (il cannocchiale di Galileo, il barometro di Torricelli, il microscopio, la bilancia). Questo tipo di osservazione scientifica non consente di percepire la totalità del reale, ma ne coglie solo alcuni aspetti privilegiati e principalmente ciò che è misurabile, ciò che è atto a calarsi in formule matematiche.

«Il libro della natura - dice Galileo - è scritto in simboli matematici». Non si prenderà più in considerazione della natura altro che la dimensione strettamente *quantitativa*. Questa visione del mondo, impoverita, fredda e puramente obiettiva, fa a meno anche dei valori. Aggiungiamo che la scienza moderna, erede del nominalismo, non percepisce che fatti singoli, e non più l'armonia degli insiemi.

Essa si serve di una logica nuova, di un linguaggio matematico, di induzioni e deduzioni, ma non usa più l'antica dialettica, che era adatta per ragionare in termini di valori e qualità, come ad es. la qualità del giusto.

Il problema non è ovviamente quello di contestare, a proposito del metodo della scienza moderna, i formidabili progressi tecnici che essa ha permesso di realizzare. Tutti sanno il successo che ha riscosso in astronomia, in fisica, in chimica e in medicina, in tutte le scienze quantitative. Il guaio è che la scienza moderna ha preteso di invadere tutto il campo del sapere umano e che essa si adatta male ad altri settori della conoscenza. Si rammenti la celebre frase del chirurgo, che dichiarava di non aver mai trovato l'anima servendosi del bisturi. Non ci volle molto perché il metodo

della scienza moderna venisse applicato al diritto; ma è da dubitare che esso vi abbia prodotto lodevoli conseguenze.

Si noti poi che, oltre ad una particolare logica, la scienza moderna è portatrice di una sua *morale*. L'ideale degli scienziati moderni appare contrapposto non a quello di tutti gli scienziati dell'antichità, non di certo a quello di Archimede che costruiva, grazie alla sua scienza, macchine da guerra, ma a quello della scienza aristotelico-tomista. Questa non sentiva il bisogno di ricercare la sua ragion d'essere al di fuori di se stessa, dato che la conoscenza era ritenuta un valore in sé: è questo il tema aristotelico-tomista del primato della speculazione, sul quale si modellarono nell'essenziale il regime e i programmi di studio dell'università medievale. Le cose non sono molto diverse nella prospettiva scientifica dello stoicismo e dell'epicureismo, anche se la scienza non è considerata più come il sommo bene (o per lo meno non è considerata tale la fisica). Dalla fisica nasce una morale, così come i frutti nascono dall'albero (secondo l'immagine stoica) ed è solo per questo fine che essa viene coltivata. Ma questa dottrina dei fini della scienza non contiene ancora assolutamente nulla che ci faccia presentire l'utilitarismo; la scienza non viene ridotta in questa prospettiva al ruolo di mero strumento; in essa si riscontra piuttosto una guida per la nostra condotta morale.

I fondatori della scienza moderna si aspettano ben altro dalla scienza. Essi pretendono di essere studiosi universitari, lo sappiamo bene, votati agli studi per se stessi; ma non dimostrano nessun disdegno per l'utilizzazione *tecnica* del loro sapere. Galileo è un ingegnere, come lo fu anche Leonardo da Vinci; Pascal non disdegnerà di essere l'inventore di una pressa idraulica e di una macchina calcolatrice.

È evidente che per la scienza moderna non c'è più quella separazione che nella prospettiva classica si dava tra il mondo della natura e quello dell'artificio umano. Come verrà sottolineato da Bacone, natura e azione dell'uomo ubbidiscono alle medesime leggi; il movimento della terra e dei pianeti attorno al sole ubbidisce alle stesse regole che governano le nostre macchine. In tal modo la scienza può diventare uno strumento al servizio dell'industriosità umana.

La scienza non è più filosofia; in questa prospettiva pragmatica essa diventa autonoma e tende a non appartenere più al genere della speculazione disinteressata. Essa tende a subordinarsi, agli inizi del XVII secolo, a ragioni più prosaiche, a porsi al servizio dei nostri bisogni di carattere materiale. Essa porta la traccia di un certo culto ciceroniano dell'azione pratica, dell'«umanesimo», che assoggetta tutte le cose ai bisogni dell'«uomo». Porta pure le tracce della mentalità agostiniana.

C'è infatti una tradizione cristiana ostile alla filosofia e alle speculazioni pagane, che hanno per oggetto la natura. La natura infatti per il cristianesimo è corrotta. Alle speculazioni filosofiche sulla natura, il cristianesimo tenderà a sostituire la *contemplazione* dei mistici, che ha per

oggetto le persone divine. E sulla base dei comandamenti evangelici, esso ci inviterà al servizio pratico del prossimo. Potremo fare tra poco questa constatazione quando parleremo di Francesco Bacone, che sotto questo profilo ricorda molto il suo omonimo del XIII secolo, il francescano Ruggiero Bacone.

Questa proiezione tecnica della scienza possiede certamente, come ogni altra cosa, radici antiche. Ma la scienza moderna è portatrice soprattutto di una nuova morale, indotta dal suo atteggiamento di carattere utilitaristico; ed è proprio la tendenza utilitaristica che verrà ad acquistare una predominanza nella filosofia del diritto.

Possiamo concludere. C'è però ancora il bisogno di sottolineare che i risultati della scienza moderna distruggono la concezione aristotelico-tomista del mondo?

Questo problema fu perfettamente avvertito quando si celebrò il processo a Galileo. Al posto di un cosmo armonioso, gerarchicamente ordinato, chiuso nella perfezione delle sfere celesti, nel quale i corpi si muovevano in base ad un «movimento naturale» nella direzione del loro luogo di stasi, i «gravi» verso il basso e i corpi più leggeri verso l'alto, al posto di un universo ordinato e comprensibile, ecco che veniva proposta del mondo una visione sconcertante, nella quale i cieli cessavano di possedere il privilegio dell'incorruttibilità (Galileo pretendeva di darne le prove perfino negli astri), in cui non c'erano più nel cielo circoli né numeri perfetti, in cui tutto cessava di incentrarsi sulla terra, in cui le cose del mondo sublunare non avevano più una tendenza naturale a dirigersi verso il luogo della loro stasi. I lavori di Duhem hanno mostrato il turbamento indotto negli spiriti dalla nuova cosmologia, così come da una fisica nella quale, ad esempio, la natura cessava di avere orrore per il vuoto.

Il mondo non viene più concepito dal punto di vista delle cause finali, cioè come costruito in funzione di una finalità: quale sarebbe del resto l'utilità, ai fini dei bisogni della tecnica, di intenderlo in questo modo? Esso viene invece inteso dal punto di vista delle cause efficienti, governato unicamente dalle leggi della meccanica. Il *cosmos* cessa di costituire un'opera *compiuta*; ma secondo il pensiero di Epicuro e di Democrito - che suscitava l'angoscia di Pascal - l'uomo appare gettato nella natura tra due insondabili infiniti. Mi limito qui a dare solo pochi accenni su di una tematica che non è di mia competenza. Ci si può peraltro chiedere se questa visione del mondo, propria dell'epoca moderna, è ancora quella dei cosmologi e dei fisici contemporanei: alcuni dicono di no, che il nostro universo va nuovamente considerato *chiuso* e che si ricominciano a percepire forme globali di armonia nel suo interno.

Va ancora aggiunto il fatto che tutta la filosofia sarà conquistata da questo modo di concepire il mondo, al quale ci hanno abituato gli scienziati moderni. E che la visione della *natura*, disseccata, disumanizzata, che è propria della scienza moderna, è incompatibile con l'idea del *diritto*

*naturale*. Ma cominciamo ad interrogare la filosofia generale, che assume un ruolo di mediazione tra la pratica della scienza moderna e gli sviluppi ulteriori della filosofia del diritto.

#### IV - Francesco Bacone

Cominciamo col gettare uno sguardo sulla dottrina dei fondatori di questa filosofia moderna.

Uno di questi è Francesco Bacone (1561-1626). All'inizio fu giurista e per qualche tempo professore di diritto; fu uomo politico (dalla carriera molto movimentata), scrittore celebre e prolisso (alcuni gli hanno attribuito le opere di Shakespeare), ma nell'opinione dei posteri egli è soprattutto il filosofo della scienza. In realtà egli fu il filosofo degli *inizi* della scienza moderna; egli del resto non era uno scienziato e non poté sfruttare le nuove posizioni galileiane, che attireranno l'attenzione di Cartesio, e cioè il ricorso alla matematica come al linguaggio proprio della natura e la nuova costruzione di una fisica quantitativa. Bacone resta attaccato alle nozioni scolastiche delle forme sostanziali e sogna ancora di poter utilizzare proficuamente l'alchimia.

Ma lo spettacolo dello sviluppo delle scienze, che egli paragona alla scoperta di un nuovo mondo, pervade di già tutto il suo pensiero. La sua *Nuova Atlantide* contiene il progetto di una intera città costruita attorno alla ricerca scientifica; nel suo *Progresso delle scienze* del 1605 (edizione latina, 1623), come nel suo *Novum Organum* (1620), egli concepisce ed espone con passione quel che può essere e che può diventare la morale e la logica della scienza moderna.

##### 1. *Bacone e la Scienza*

Il saggio sul progresso delle scienze prende una precisa posizione se non sulla finalità morale di tutti i comportamenti umani, almeno sui *fini* che sono propri della scienza. Ma non dobbiamo cadere in inganno: la scienza, per Bacone, copre ancora tutto il campo degli studi; essa è ancora di fatto un sinonimo della filosofia. La critica di Bacone è diretta genericamente contro le opere della scolastica e della filosofia antica, tese verso la speculazione, o piuttosto verso la vanità, e perciò tutte lamentevolmente sterili. «Tra tante filosofie elaborate e sviluppate in tanti secoli, sarebbe estremamente difficile citarne una sola che abbia teso al sollievo dell'umanità e all'accrescimento delle sue risorse». «Di conseguenza, figli miei, lasciamo stare tutte queste filosofie astratte... non andiamo alla ricerca della vana gloria di fondare una setta, ma occupiamoci seriamente della ricchezza e della grandezza dell'uomo ...».

In dipendenza forse dal suo cristianesimo-dato che la sua formazione religiosa lo induce a rigettare come pagane le filosofie della natura e che per uno spirito nutrito dall'agostinismo il tempo della contemplazione è

rapportato ad un altro mondo - la morale attiva di Bacone si riassume nel servizio del prossimo - e senza dubbio anche nell'accrescimento delle finanze inglesi.

Tale diventa la finalità della scienza. Non si tratta più di percepire l'ordine armonioso del cosmo, di percepirne le cause finali; tutte cose che non servono a nulla. Delle cause finali, Bacone dice che sono come «vergini sterili». «Non bisogna fare ricerca scientifica come una sorta di passatempo, o come un oggetto di disputa..., ma per rendersi utili e poterla applicare alle cose della vita».

Bisogna trasmutare i metalli, fabbricare l'oro e inventare macchine. Bacone capisce bene che la scienza moderna, che ricerca le cause efficienti (e per sovrappiù, egli continua a credere, analizza le cause formali), è adatta a questo scopo. Le cause che ordinano i movimenti *naturali* delle cose sono quelle stesse che utilizza l'uomo creando le opere d'arte. Conoscere la natura è dunque accrescere il potere dell'uomo di rendersi padrone delle cose. «Naturae non imperatur nisi parendo». «Il potere dell'uomo risiede unicamente nella scienza; egli può esattamente nei limiti in cui sa...».

Bacone può quindi a questo punto sciogliere un inno alla gloria del progresso delle scienze e scrivere un'arringa in favore di una loro organizzazione ottimale. Lo ripeto: il suo programma non concerne che gli scienziati, nel senso più ristretto del termine; è tutto un programma di studi e di cultura che troviamo qui disegnato, nel quale l'uomo non dovrà perseguire più altro se non conoscenze *utili*, conoscenze *positive*, come dirà più tardi Augusto Comte. È una decisione capitale, questa, che corrisponde alla morte dell'università medievale, di subordinare gli studi a quella che viene detta l'*utilità*. Come le altre scienze, anche la scienza giuridica piomberà lentamente nelle braccia dell'utilitarismo.

## 2. Il metodo

Il *metodo* epistemologico viene esposto da Bacone con minore sicurezza e minore entusiasmo; ciò non di meno, Bacone va certamente considerato come il teorico del metodo sperimentale.

Egli spinge la sua audacia fino al punto di pretendere di sostituire una nuova logica alla logica aristotelica: il *Novum Organum*. Servendosi nuovamente di un linguaggio modellato sulla tradizione cristiana, in quest'opera egli sviluppa una critica degli *idoli* ai quali fino ad allora avrebbero sacrificato tutte le filosofie, oltre che ovviamente il pensiero comune, e che sarebbero stati la causa di innumerevoli errori. Ci sono gli «idoli della tribù», che hanno fatto considerare il mondo in una prospettiva antropomorfica, come se esso fosse «ordinato» al servizio dell'uomo; vengono poi gli idoli «del foro», cioè la dipendenza nei confronti di termini generali, che vengono scambiati per realtà effettuali; gli idoli «del teatro» e cioè la sottomissione acritica ai sistemi di pensiero dei grandi autori, ecc.

Varrebbe la pena di scavare un po' per vedere fin dove arriva questa critica,

che ebbe un successo così grande; per quanto essa giudiziosamente condanni molti errori di giudizio, finisce però per coinvolgere insieme agli abusi anche un insieme di procedimenti conoscitivi utilizzati tradizionalmente, che erano sì imperfetti, ma anche molto preziosi e che erano stati utilizzati giustamente per comprendere l'ordine delle cause finali, come ad esempio il bello, il giusto e il diritto naturale; tutti elementi, questi, che scompaiono nella nuova prospettiva scientifica baconiana.

Al posto della vecchia logica tradizionale, Bacone pone una metodologia un po' abbreviata. È in fondo una teoria dell'esperienza. Bisogna in primo luogo, secondo Bacone, raccogliere la maggior quantità possibile di osservazioni particolari; per Bacone, infatti, vero erede del nominalismo, non esistono che fatti individuali e bisogna diffidare assolutamente dal credere alla realtà delle nozioni universali, dall'abbandonarsi agli idoli del foro, della tribù o del teatro. Si dovrà fare «tavola rasa di queste nozioni, per poter applicare l'intelletto agli oggetti particolari». «È meglio sezionare la natura che risolverla in astrazioni». Questa raccolta di fatti individuali sarà il compito della «storia» (sotto questa rubrica viene inclusa anche la storia naturale); nella futura città modello che egli chiama la «Nuova Atlantide» gruppi di «razziatori» e di «mercanti di luce» andranno alla ricerca dei fatti e procederanno a compilarli.

Ma queste osservazioni raccolte in modo passivo non saranno sufficienti alla scienza; bisogna provocare la natura, portarla in tribunale e interrogarla attivamente: questa è l'*esperienza* propriamente detta.

A partire da queste esperienze, lo scienziato si eleverà gradualmente, proprio come salendo una scala, alla conoscenza delle cause che governano i movimenti, utilizzando le famose tavole di concordanza e di differenza (di cui Péguy dirà che non hanno mai favorito una vera scoperta) e il procedimento induttivo ... Questa dottrina un po' semplicistica può solo con grande difficoltà render ragione di tutte le metodiche che verranno usate dal pensiero moderno. In essa manca soprattutto ogni menzione della matematica, del ruolo attivo del nostro spirito nella conoscenza e lo studio della deduzione. Sarebbe probabilmente molto faticoso, utilizzando soltanto il metodo sperimentale di Bacone, costruire una teoria delle fonti e dell'essenza del diritto. Resta però fondamentale nella sua dottrina la tendenza a fondare la scienza sulla sola base dei fatti (ritroveremo le stesse posizioni quando studieremo il pensiero giuridico inglese) e in ogni caso l'eclatante rottura con la logica di Aristotele.

## V - Bacone e il diritto

Se si volesse studiare fino in fondo Bacone, bisognerebbe prendere in considerazione il fatto che egli si è occupato personalmente di diritto.

Io ho letto solo una piccola raccolta di aforismi giuridici di Bacone, che si trova nella nostra Biblioteca; si tratta di estratti dall'opera sul progresso del

sapere ed è intitolata: *Tractatus de justitia universalis, sive de fontibus juris*. Il libro non corrisponde perfettamente al titolo datogli dall'editore. Del resto il metodo di Bacone non lo poneva nella condizione ottimale per esaminare un tema come quello della «giustizia universale». Sembra che Bacone condivida lo scetticismo di Montaigne ed anche il suo conservatorismo. «In politica, anche un movimento che tende al miglioramento provoca il sospetto di creare turbamenti, perché il controllo politico si fonda sull'autorità, sul consenso, sulla reputazione e sull'opinione, non sulle dimostrazioni. Nelle arti e nelle scienze, invece, come nelle miniere di metallo, tutto deve risuonare di nuove opere e di nuovi progressi». Tutto quello che a Bacone viene da dire sugli scopi del diritto è che essi non concernono il giusto, ma l'utile: «Il fine che le leggi si propongono, lo scopo cui esse indirizzano i loro precetti e le loro sanzioni non è altro che quello della felicità», *non alius est quam ut cives feliciter degunt*.

Il diritto consiste nelle leggi, in questi fatti positivi. La creazione delle leggi spetta all'uomo di stato, non al filosofo. Il cancelliere Francesco Bacone si preoccupa che esse siano ben redatte, che siano certe e chiare, che vengano messe bene in ordine sistematico fino a comporre un nuovo codice. Egli pretende che l'interprete si limiti alla stretta esegesi del testo e che non ci sia alcuno spazio per la cosiddetta equità, insomma che la «dottrina» non pretenda di esercitare una funzione creatrice di diritto. Ci troviamo insomma di fronte al sistema del positivismo giuridico moderno, che è già tutto contenuto nel metodo baconiano. Possiamo già indovinare a quali esiti porti questa prospettiva. Ma se dobbiamo farci un'idea del pensiero giuridico di Bacone a partire dai soli aforismi (che evidentemente non ne esauriscono la dottrina), bisogna pur dire che la teoria giuridica di Bacone non ha per noi lo stesso interesse che ha la sua teoria della scienza; l'unica cosa rilevante sta nel fatto che egli a partire dal movimento scientifico moderno ha elaborato i principi di una nuova prospettiva filosofica.

## VI - Qualche parola su Pascal

Facciamo violenza all'ordine cronologico e inseriamo a questo punto qualche osservazione su Pascal. Pascal, che pur essendo francese dalla testa ai piedi, non volle essere cartesiano; che aveva troppo il gusto dell'esperienza e perfino dell'esperienza vitale ed «esistenziale» e che appartiene al ristretto circolo degli inventori della scienza moderna.

Lo menzioneremo perché ci ha lasciato alcuni pensieri sul diritto, oltre alle *Provinciali*.

Per la verità, non credo affatto che Pascal abbia mai avuto il minimo interesse personale per il diritto. Sappiamo bene in quale direzione era rivolta la sua attenzione: in primo luogo alla scienza e al di sopra di questa alla religione ed alla morale. Un uomo che nella sua «prigione» gode

qualche istante di vita prima della morte ha ben altre cose in testa che non il diritto. Penserà in primo luogo alla sua salvezza e quindi alla scienza, che è almeno a breve termine utile e che Pascal ha sempre amato. In lui si fondono questi due interessi, l'uno che prolunga la tradizione agostiniana cristiana e l'umanesimo, l'altro più recente, quello attorno al quale abbiamo visto gravitare il pensiero moderno. Egli appartiene al genere dei mistici o degli scienziati che sono assolutamente allergici al diritto.

Non credo nemmeno che i pochi pensieri di Pascal che riguardano il diritto costituiscano un apporto notevole alla filosofia del diritto. Pascal li concepisce perché gli erano utili per ulteriori sviluppi che non concernevano per nulla il diritto, per dimostrare cioè la debolezza dell'uomo senza Dio. Per di più nella maggior parte dei casi non si tratta d'altro che di note di lettura; quasi tutte sono dedotte da Montaigne; qualche lettore si illude che siano pensieri autentici di Pascal. E vero però che Pascal qualche volta ne ritocca lo stile e che allora questi pensieri portano il segno non della trascuratezza di Montaigne, ma del rigore scientifico proprio di Pascal.

Cosa troveremo in questi pensieri? Nuove prove che il diritto naturale classico è radicalmente estraneo allo spirito della scienza moderna, così come era lontano dallo scetticismo del XVI secolo e che è ben difficile individuare una giustizia che abbia validità universale: «bella giustizia, quella che è divisa da un fiume»; non c'è «una legge naturale che sia comune a tutti i popoli»; la «natura» non è probabilmente altro che una successione di fatti individuali che si ripetono abitualmente, un «costume originario»; ma un testo come questo, che rivela così bene la critica dello scienziato alla vecchia idea della natura, proviene come tutti gli altri da Montaigne ...

D'altra parte, proprio come Montaigne (ma ciò non è in disaccordo con il giansenismo delle *Provinciali*), Pascal predica la sottomissione alle leggi positive: «proprio perché sono leggi, così come bisogna ubbidire ai propri superiori, non perché costoro sono giusti, ma perché sono i nostri superiori». La giustizia è «una punta troppo morbida»; Pascal la concepisce indubbiamente (con quel dualismo latente che domina il suo pensiero) come un'essenza puramente *ideale*, o addirittura, sotto l'influenza dell'agostinismo giansenista, di carattere sovranaturale. Dato che non possiamo conoscere la giustizia, dobbiamo rispettare le istituzioni che la provvidenza ha stabilito, anche se si fondano sulla forza. «È necessario che il più forte venga ubbidito. La giustizia senza la forza è impotente ... La giustizia è soggetta alla disputa. La forza è immediatamente riconoscibile e non dà luogo a discussioni. E così, non potendo rendere forte chi è giusto, si è reso giusto chi è forte». Qui viene fuori lo stile proprio del fisico e ci allontaniamo da Montaigne. «La giustizia è ciò che è stabilito»; bisogna essere tanto saggi da non andare a ricercare più lontano i suoi fondamenti; imitiamo al riguardo l'atteggiamento di semplice sottomissione degli umili,

le «opinioni sane del popolo»

... È lo stesso conformismo che abbiamo già riscontrato in Bacone; una delle possibili soluzioni che il pensiero moderno può dare al problema delle fonti del diritto. È una soluzione indubbiamente riduttiva; un nuovo genere di giuspositivismo, che rinuncia a trovare un fondamento ragionevole del diritto e che per lo meno ha il vantaggio di dispensarci da ogni sorta di filosofia del diritto.

Questo tipo di positivismo è destinato ad avere una grande fortuna presso i tecnici del diritto. In un filosofo come Pascal, esso significa innanzi tutto che il diritto è l'ultima delle sue preoccupazioni e che lo spirito scientifico moderno è assolutamente incapace di pensare i fondamenti del diritto.

## VII - Cartesio

Non sono certo le poche parole che Cartesio dedica al diritto che debbono attirare la nostra attenzione. Conosciamo tutti la rapida allusione che compare nel *Discorso del metodo*. Cartesio dichiara che come quando uno ricostruisce un palazzo ne conserva due o tre stanze provvisoriamente per abitarvi durante i lavori, allo stesso modo egli, lavorando a ricostruire la filosofia, osserverà provvisoriamente la morale e il diritto vigenti. Cartesio aderisce al positivismo, fino al punto di accettare completamente la distribuzione delle ricchezze così come è di fatto stabilita e di lodare Machiavelli. È un segno, questo, di una completa assenza di interesse per il diritto, analoga a quella che avevamo riscontrato in Pascal.

Cartesio però fu uno scienziato, un matematico geniale, un fisico che condivideva segretamente le tesi galileiane, l'autore della *Diottrica*, della *Geometria*, del *Trattato sull'uomo* ... Dopo essere stato deluso dall'insegnamento delle dottrine scolastiche - secondo quanto ci confessa egli stesso - partecipò attivamente al movimento della scienza moderna (le *Femmes savantes* di Molière si rifanno a Cartesio, non al suo *Discorso del metodo*, ma alla sua dottrina dei vortici). Come Bacone, egli elabora la *teoria* della scienza moderna e più completamente ancora di Bacone, dato che ha perfettamente compreso quale grande ruolo abbiano le matematiche nella spiegazione della natura, in quanto consentono la costituzione di una fisica della quantità. Proprio come Bacone, Cartesio ha fiducia nei vantaggi materiali che saranno prodotti dalle scienze moderne, come ad esempio il progresso della medicina. È l'apostolo della tecnica. «Invece di quella filosofia speculativa che si insegna nelle scuole, se ne può trovare una pratica, per la quale, conoscendo la potenza e gli effetti del fuoco, dell'acqua, dell'aria, degli astri, dei cieli e di tutti gli altri corpi a noi circostanti, con la stessa precisione con la quale conosciamo le diverse tecniche dei nostri artigiani, noi potremmo impiegarli similmente a tutti gli usi a cui sono adatti, e renderci così quasi padroni e possessori della natura». Cartesio dunque è filosofo della scienza.

Ma è anche qualcosa di più. Le origini della filosofia di Cartesio non sono solamente scientifiche. Le sue letture sono più vaste: in lui confluiscono le correnti culturali del secolo precedente, la rinascenza del platonismo e dello stoicismo, dello scetticismo (che lo ha condotto al dubbio metodico), dell'epicureismo (di cui alcune tracce si possono trovare nella sua fisica) ed anche di Sant'Agostino e della tarda scolastica. Cartesio ebbe soprattutto l'ambizione di costruire una filosofia, una filosofia nuova, che facesse «tabula rasa» della filosofia antica e ne prendesse il posto; una filosofia completa, capace di risolvere tutti i problemi, a partire dall'esistenza di Dio e dall'immortalità dell'anima (come ben sottolinea Jacques Chevalier) e dall'essenza degli esseri; un sistema totale, capace di assumere, come egli stesso ha sognato in un famoso sogno della sua giovinezza, la forma di una «scienza universale».

Noi presteremo attenzione, ovviamente, solo a quegli aspetti di questa filosofia che hanno avuto una diretta incidenza sul sistema giuridico moderno. Ma non riusciremo a liquidarli in poche battute; Cartesio oltretutto è l'inventore di un *metodo*, la cui fortuna, come sappiamo tutti, fu immensa, anche nella teoria del diritto. E mi sembra che alcuni aspetti della sua *metafisica*, anche se sospetti e contestati, hanno avuto ugualmente una precisa corrispondenza nelle fluttuazioni della scienza del diritto.

### 1. *Il metodo*

La storia del pensiero giuridico è certamente segnata da quel formidabile avvenimento che fu l'apparizione del *Discorso del metodo*. Ricordiamo accanto a quest'opera anche l'altro grande scritto metodologico di Cartesio, le *Regulae ad directionem ingenii*, che rimasero inedite durante la vita dell'autore, ma non furono del tutto sconosciute, dato che la *Logica* di Port-Royal si ispirò ampiamente ad esse.

Tutto nel metodo cartesiano ci appare gravido di conseguenze. Consideriamo per cominciare ciò che in esso si dà di negativo, la condanna degli antichi metodi speculativi, dei vecchi sistemi fondati sui dati sospetti dei sensi e che gravitano attorno a quelle qualità così insicure che sono le qualità sensibili; la condanna dell'inutile logica formale e delle interminabili dispute dialettiche della scolastica che non portano a nessun esito. Cartesio non ha alcuna comprensione per quel tipo di ragionamento al quale faceva generalmente ricorso l'arte del diritto. Gli rimprovera di accontentarsi di risultanze che sono solamente probabili, di non riuscire cioè a liberarsi dall'oscuro, dal dubbioso, dal discutibile. E dall'incerto, quale che sia il numero dei sillogismi e la lunghezza delle controversie, non si potranno mai dedurre che conseguenze incerte.

Egli ha l'ambizione di costruire una filosofia assolutamente certa; certa così come si reputa che sia la scienza, certa come lo sono le matematiche. Questa è l'impresa audace cui è indotto questo filosofo dal suo amore troppo vivo per le scienze esatte. E per realizzare questa impresa Cartesio è

costretto a elaborare un nuovo *metodo*.

Il *punto di partenza* di questa scienza assolutamente certa sarà fornito dalle intuizioni che sono già presenti nel pensiero stesso. Infatti, noi all'inizio non siamo certi di nulla, se non del nostro pensiero. Ben sappiamo che i sensi ci ingannano, che l'esperienza sensibile è sospetta e che le sue conclusioni non riescono a resistere alla prova del dubbio metodico. Noi non possiamo essere sicuri, almeno in via immediata, nemmeno dell'esistenza del mondo che ci circonda. Dobbiamo dunque costruire la scienza non su questa sabbia, ma sulla roccia e cioè su quelle *idee* che sono perfettamente «chiare e distinte», quelle che ci formiamo chiudendo gli occhi, ritirandoci in noi stessi ed escludendo dal nostro spirito i sensi e l'immaginazione - quelle idee chiare e distinte, interne al nostro pensiero, che portano in se stesse il segno della loro evidenza. E tale è il *Cogito ergo sum*, che servirà da principio primo.

Così Cartesio compie il salto decisivo nell'idealismo, nel quale si inoltrerà sempre di più il pensiero moderno e che peraltro non era privo di precedenti nell'antichità, dato che già c'erano stati (ed erano anche rinati nel XVI secolo) l'idealismo di Platone e le tendenze idealistiche di Sant'Agostino e che anche gli stoici avevano scoperto nella nostra ragione i «semi» della verità. Ma il punto di partenza idealista e soggettivista della conoscenza è argomentato meglio in Cartesio. Vedremo parecchi giuristi dell'epoca moderna, seguaci di Cartesio, andare alla ricerca della fonte delle regole giuridiche nei principi primi della ragione.

Partendo da questi principi, la scienza andrà avanti mediante inferenze, che saranno anch'esse fornite di un'evidenza interna per lo spirito umano, adottando la via della *deduzione*. Come il geometra costruisce, sul fondamento di alcuni dati semplici, figure sempre più sviluppate e complesse, così verrà costruito il sistema della filosofia. Anche in questo caso Cartesio si ispira al modello delle matematiche, il cui compito principale non è più quello di misurare i terreni o di contare il denaro, ma quello di diventare lo strumento non solo della fisica, ma di tutta la filosofia.

Da questo modello cartesiano della conoscenza scompaiono tutti quei vecchi strumenti che avevano avuto un tempo uno spazio così rilevante nella scolastica e nella vita pratica del diritto: la dialettica, la controversia attorno a problemi determinati. La deduzione diventerà lo strumento sovrano del ragionamento ed estenderà il suo dominio finanche nel *diritto*.

L'unico modo di giungere con sicurezza alla verità sarà dunque, per Cartesio, quello di mantenersi fedeli a un certo *ordine*; quello che procede senza deviare da alcune conoscenze prime innate fino alle loro conseguenze logiche, senza saltare mai un solo anello nella catena del ragionamento, senza cedere mai alla «precipitazione». È a causa dell'inosservanza di quest'ordine metodico che la filosofia antica e medievale non ha mai compiuto reali progressi, ma è girata sempre su se

stessa affondando in sterili controversie; la filosofia cartesiana, invece, avrà successo proprio perché seguirà strettamente l'ordine che si è dato. Cartesio non si stancherà mai di ritornare su questa nozione di ordine, del tutto appropriata al gusto del secolo.

In tal modo Cartesio può affermare di aver stabilito, sulla solida base dei principi innati (come il *Cogito ergo sum*) e delle successive deduzioni, in primo luogo l'esistenza di Dio e dell'anima dell'uomo come anima immortale, e successivamente una fisica: «E mi sembra che in questo modo ho trovato i cieli, gli astri, una terra, e sulla terra l'acqua, l'aria ...» (È questo il brano che suscitava l'ammirazione e lo scetticismo di Péguy). Per la verità, egli confessa di non aver sempre seguito quest'ordine discendente e dimostrativo. Gli è capitato di fondare le sue deduzioni su principi non evidenti, ma «supposti», su postulati, ipotesi e in qualche caso di essersi anche fatto aiutare dall'esperienza, di essere cioè partito dai fatti, di essere rimontato dai fatti alle loro cause, cercando di rintracciare partendo dal basso la catena delle cause e degli effetti. Il ricorso all'esperienza sensibile è accettabile provvisoriamente, quando abbiamo provato l'esistenza del mondo esterno e dimostrato il determinismo che regna nell'universo fisico e che la testimonianza che ci offrono i nostri sensi non è sempre ingannevole. Ma questo ricorso all'esperienza non ha luogo che a titolo provvisorio e unicamente nello stadio della ricerca. La scienza nel suo stato ultimo si presenterà come un sistema perfettamente assiomatico, che dimostra le conseguenze a partire da alcuni principi ideali.

Una gran parte del diritto moderno adotterà questa nuova formula. Non dobbiamo mai dimenticare che Domat si è nutrito di questo metodo, di cui aveva appreso le regole nella *Logica* di Port-Royal; proprio come Cartesio, egli sarà affascinato dall'idea dell'*ordine*. E non solo Domat, ma una gran parte dei giuristi colti francesi dell'*Ancien Régime* e dei giuristi tedeschi della «Scuola del diritto naturale». E, con alcune varianti, anche Leibniz. Se questo ideale scientifico non è riuscito in ogni caso e in ogni paese europeo a penetrare nel diritto, è comunque riuscito a insinuarsi nella filosofia del diritto; in Hobbes, in Locke e in Spinoza la filosofia del diritto viene costruita a partire da alcuni assiomi fondamentali. Lo proveremo nei capitoli seguenti di questo corso.

## 2. *La metafisica*

Ho qualche esitazione a inoltrarmi ulteriormente nell'analisi della filosofia cartesiana: i giuristi non amano mescolare il diritto alla metafisica e comunque non è questa la prassi della nostra facoltà. L'unica scusa che posso addurre è che in nome dell'esperienza giuridica è doveroso difendere un punto di vista particolare in ordine al diritto.

Mi soffermerò su di un solo punto: Cartesio ha diviso il mondo, per dare soddisfazione alle esigenze della ragione, in due categorie diverse di enti. Da una parte c'è il pensiero, la *res cogitans*; il mondo delle *anime*, supporto

del pensiero, della volontà, dell'atto libero. È ciò di cui abbiamo fin dall'inizio l'intuizione, grazie al *cogito*: ho l'intuizione del mio pensiero e della mia volontà e di questa sostanza che io sono e che sarebbe la mia anima.

D'altro lato, c'è la *materia*, che è anch'essa in qualche modo per Cartesio qualcosa di intellettuale: Cartesio, infatti, come sappiamo, non si fida troppo dei dati dei sensi, ma di ciò che rinviene nel suo pensiero. La materia è *nel* pensiero; in esso non si trova il soggetto stesso che pensa, ma l'oggetto, la cosa che egli pensa. Ecco perché questa seconda sostanza è costituita secondo Cartesio (che, non dobbiamo dimenticare, è un matematico) dall'estensione: *res extensa*, mondo oggettivo della fisica quantitativa; mondo delle cose inerti, passivo, sottomesso alle leggi deterministiche della meccanica. Queste cose sono prive, di per sé, di ogni forza attiva e di ogni senso. Questo è lo statuto delle cose fisiche prive di vita, quelle che sono studiate dalle scienze della natura, e dei corpi delle bestie e degli uomini; gli animali, che non hanno anima, sono pure macchine; ed anche il nostro corpo umano è tale, anche se in esso va individuato, attraverso la «ghiandola pineale», un qualche sistema di possibile e misteriosa interazione tra l'anima e il corpo.

In tal modo, la dottrina cartesiana spezza quella *unità* che la visione aristotelico- tomista era in grado di garantire al mondo: unità della sostanza umana, nella quale, per un Aristotele, l'anima e il corpo costituivano elementi solidali, congiunti, mutualmente compromessi, dato che l'anima era considerata come la «forma» del corpo, come lo stesso principio di unità del cosmo, che a sua volta era visto come sintesi di intelligenza e di materia. La metafisica cartesiana, al contrario, fa dell'anima e del corpo, del pensiero e della materia, *due* specie di esseri separate. E questo dualismo cartesiano, ci sembra di poter dire, peserà a lungo sulla coscienza occidentale; ne siamo ancora in qualche modo prigionieri. Esso va considerato come l'antenato di altri dualismi, quello del «soggetto» e dell'«oggetto», della separazione radicale tra uomini e natura, tra conoscenze morali e scienze sedicenti obiettive, tra fatti e valori, tra essere e dover essere ... Sono tutti elementi, questi, che deformano tuttora la nostra visione della natura.

Per quale motivo noi, che non ci interessiamo ad altro che alla storia della filosofia del diritto, abbiamo sentito il bisogno di ricordare questa parte, fin troppo nota, della filosofia cartesiana? In primo luogo, perché essa ha definitivamente sepolto la filosofia classica del diritto naturale. L'idea che si possa dedurre dalla natura, attraverso l'osservazione, il diritto, non può che aver senso - l'abbiamo ripetuto tante volte - che a partire dalla nozione classica della natura, quella aristotelico- tomista, da una natura che contiene nel contempo materia e spirito, da una natura nella quale si possono discernere sia i fatti che i valori, perché tale da possedere un senso ed essere orientata verso cause finali; da una natura modello di ordine e di

giustizia.

La metafisica cartesiana distrugge questa nozione unitaria di natura, la disintegra, la scinde in due universi separati; mette da un lato il pensiero, dall'altro la materia; da un lato il dover essere, dall'altro i fatti. Ora, se si adotta questo modo di considerare il mondo, non si può più pensare al diritto come presente nelle cose, nella natura e contemporaneamente provvisto di valore normativo; si perde inevitabilmente la chiave dell'autentico diritto naturale. Restano aperte solamente due vie per la riflessione sul diritto. Vediamole separatamente.

Il diritto può essere situato sul piano dell'anima, del pensiero; esso consisterà in regole che sono create dallo spirito o che sono innate nel pensiero umano; la sua fonte sarà rinvenuta nel pensiero; dovrà essere dedotto dai principi razionali che si scopriranno presenti nella coscienza attraverso una catena di deduzioni e prenderà quindi l'aspetto di un sistema deduttivo di regole. È questa la via del razionalismo, nella quale si sono incamminati numerosi giuristi moderni, soprattutto dell'Europa continentale. Cosa piuttosto strana, questa scuola doveva indebitamente appropriarsi della vecchia etichetta di «diritto naturale», anche se fa riferimento più alla «ragione» che alla natura. Abbiamo illustrato questo fenomeno nelle lezioni tenute l'anno passato: il fatto è che la morale stoica aveva usurpato l'espressione diritto e legge naturale a favore del razionalismo e la nozione di «natura dell'uomo» (la cui essenza è quella di essere razionale) serviva solo a camuffare il passaggio dalla natura alla ragione ... ciò è stato possibile perché lo stoicismo ha acquistato nel XVI secolo un primato, imponendo il suo linguaggio alla filosofia del diritto e perché la scolastica spagnola, in particolare, ne fu impregnata e ad essa si rifecero Grozio, Pufendorf e i loro allievi.

Sappiamo bene quale fu lo scoglio in cui doveva urtare il razionalismo giuridico; esso sfociò in un sistema di regole giuridiche, statiche e falsamente universali, immutabili come i principi della ragion pura, inadeguate alle situazioni storiche mutevoli e che finirono per apparire inutili e inapplicabili. È ben pericoloso fondare il diritto sopra il pensiero puro.

L'altra via praticabile per il pensiero giuridico postcartesiano era quella di pensare il diritto riportandolo alla realtà della materia, di farne cioè il prodotto delle passioni animali del corpo, delle forze degli individui e in seguito della forza dei gruppi sociali o dello stato e di applicargli i metodi propri delle scienze della natura fisica; situandolo dalla parte dei fatti, governati da leggi deterministiche e obiettivamente determinati.

In questa direzione si inoltrarono per un po' Hobbes e più decisamente ancora Spinoza; più di recente accettarono questa prospettiva i materialisti francesi del XVIII secolo (Helvetius, Holbach); è la via che conduce, non senza deviazioni, al sociologismo moderno. I teorici di questa via sono stati, a volte, qualificati come sostenitori del «naturalismo» (dato che

l'espressione giusnaturalismo, che poteva benissimo adattarsi anche a loro, era stata fatta propria dal partito avverso). Il limite di questa dottrina sta nell'immergere il diritto nei «fatti» obiettivi che sono appannaggio delle moderne scienze della natura. Il che non risponde alle esigenze specifiche della scienza giuridica.

Di conseguenza, la metafisica cartesiana non implica solo l'esclusione dell'antico diritto naturale classico. Essa impone altresì al pensiero giuridico moderno le sue due nuove direzioni: il razionalismo e il naturalismo. Essa costituisce la spiegazione, la ragion d'essere filosofica di questa diversità di dottrine, diciamo pure delle *contraddizioni* del pensiero giuridico moderno. Infatti, in un mondo diviso tra pensiero e materia, il diritto, che appartiene nello stesso tempo, per sua propria essenza, a questi due ambiti, non sa più su cosa fondarsi: esso oscilla tra l'uno e l'altro estremo, essendo considerato a volte come norma che appartiene alla sfera del pensiero e a volte come fenomeno che è rilevante solo per la scienza obiettiva dei fatti; a volte è letto come attinente al dover essere, a volte come mero fatto sociologicamente rilevante. Il diritto viene ad avere due definizioni perfettamente incompatibili, quella propria della dogmatica e quella propria della storia e della sociologia del diritto. Può anche capitare che uno stesso autore sia obbligato, nella stessa pagina, ad usare il termine nei due diversi sensi; non ci può essere un uso linguistico, né un'abitudine concettuale, più incoerente. Era del resto conseguente che dal dualismo metafisico di Cartesio derivasse un dualismo giuridico.

Più tardi, filosofi del diritto (come Hegel o Marx) cercheranno faticosamente di «superare» o di «trascendere» questa contraddizione; ma non è affatto facile farlo: si tratta di un problema metafisico, Chiusi, come sono di solito, all'interno di una sola filosofia, quella moderna, i giuristi non hanno coscienza di come la loro disciplina dipenda così radicalmente dalla metafisica. Peraltro si tratta di una relazione necessaria; non c'è nessuno che possa affrontare seriamente il tema delle fonti del diritto, senza inciampare sulla questione del diritto naturale; ora tutto dipende da quale concetto si abbia della natura: ogni definizione del diritto, e del posto che esso occupa nell'insieme degli enti, è da ricollegare ad un'ontologia. Noi concepiamo il diritto secondo come concepiamo il mondo. Siamo profondamente coinvolti dall'opera di Cartesio e non solo dal suo metodo, ma dalla sua ontologia dualistica.

### **VIII - Un giudizio d'insieme**

Bacone, Cartesio e Pascal non esauriscono da soli tutto il pensiero moderno. Nemmeno Cartesio, anche se il nostro sciovinismo ci può portare a pensare il contrario; egli non è che un testimone, tra molti altri, delle tendenze culturali del suo secolo. Non è stato solo Pascal a non aderire al cartesianesimo; anche gli inglesi non l'hanno accettato preferendo alle idee

innate il ricorso all'esperienza. Perfino i successori di Cartesio, come Malebranche, Spinoza, Leibniz non hanno affatto accettato l'insieme della sua metafisica; ciascuno di essi si è misurato con le difficoltà notevoli suscitate dal dualismo cartesiano, anche sul piano filosofico; tra i due tipi di sostanza che Cartesio aveva contrapposto, per esempio tra l'anima e il corpo, si è costretti ad ammettere che esiste una relazione reciproca, di cui bisogna pur dare una spiegazione. Ogni studioso si è applicato a questo problema a modo suo e a volte ha cercato di evadere da questa metafisica dualistica. Ma noi non possiamo ovviamente entrare nel dettaglio di queste dottrine.

Al di là di tutte le controversie particolari, ciò che è riuscito a penetrare nello spirito dei giuristi sono le tendenze comuni. È possibile riassumerle? Analisi di questo tipo sono necessariamente azzardate, ma credo di aver trovato un modello, che mi sembra molto ben riuscito, nel libro di un filosofo austriaco del diritto.

Nell'opera intitolata *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat* (Wien, 1957), René Marcic riassume le tendenze generali della filosofia moderna col termine *idealismo*, inteso in senso ampio. Questo criterio non è valido solo per Cartesio e per la linea di pensiero che si rifà a lui, cioè alla corrente *razionalistica* della filosofia moderna, che in effetti si contraddistingue per voler fondare tutto il sapere scientifico sulle idee. La filosofia di Cartesio non fa che esplicitare tendenze comuni a tutta la sua epoca, portandole all'estremo. Ma questa propensione dei moderni a mettere le idee del nostro spirito al di sopra delle cose reali è presente altresì nella linea *empiristica* del pensiero moderno, in Pascal e in Galileo, in Bacone e nei suoi allievi anglosassoni. Tutti costoro, ci dice Marcic, sono mossi dal medesimo rifiuto del *realismo* aristotelico-tomista: il vecchio realismo accettava di considerare il mondo esterno così come esso è, in tutta la sua insondabile ricchezza e ben sapeva che non era possibile conoscerlo se non in un modo oscuro, approssimativo, incerto, dialetticamente esitante. I pensatori moderni hanno voluto spezzare questi limiti, liberarsi dal mistero, superare le conoscenze problematiche e incerte, istituire sul mondo un vero e proprio dominio dello spirito umano. Hanno costruito una scienza dominata dalla pretesa di poter raggiungere una certezza totale. Ma per realizzare questo scopo è necessario sostituire al reale le *idee* prodotte dallo spirito dell'uomo, mettere al posto dell'essere le essenze e al posto della natura, così come essa è, i concetti che di essa ci forgiamo.

È vero che gli empiristi non sono giunti fino al punto di dubitare dell'esistenza del mondo esterno, né della conoscenza sensibile che noi abbiamo del mondo esterno. Ma, come osserva giustamente Marcic, essi non hanno più un atteggiamento autenticamente recettivo nei confronti della realtà. Ricordiamo ciò che abbiamo osservato in precedenza a proposito del metodo scientifico moderno: l'esperienza degli scienziati moderni, quella praticata da Galileo e da Pascal, quella che Bacone

incomincia a teorizzare, non coincide con un'osservazione remissiva; è una esperienza artificiale, che obbliga la natura - come ci dice bene Bacone - a piegarsi a rispondere alle domande che le pone l'uomo e a tacere su tutto il resto. La scienza moderna non ci dà una rappresentazione fedele del mondo. Alla stessa maniera di Cartesio e dei suoi discepoli razionalisti, anche gli empiristi sostituiscono al reale un mondo fittizio, prodotto dal pensiero umano.

Un'immensa parte della realtà non riuscirà più ad essere percepita attraverso gli occhiali deformanti dell'esperienza moderna. Questo sarà anche il destino del diritto. Sono due le ragioni per le quali il diritto sparisce dalla visione intenzionalmente falsificata che i moderni costruiscono della natura e alla quale collaborano, ciascuno a suo modo, Bacone e Cartesio. In primo luogo, a questa nuova visione che lo scienziato si crea del mondo esteriore, viene a mancare ciò che costituisce il supporto del diritto. Le *qualità* (il bello, il giusto, il pesante, il freddo) appaiono allo scienziato moderno indegne di essere recepite in un sistema scientifico, in quanto che non sono misurabili, ma restano oscure e imprecise; le *cause finali*, queste «vergini sterili», non interessano più lo scienziato; anche se non arriva a negarne l'esistenza, egli rifiuta di occuparsene. Lo scienziato prende in considerazione della natura solo ciò che si presta ai suoi calcoli, solo le cause efficienti, solo i fatti. Le scienze moderne della natura non vogliono essere altro che scienze dei fatti. La concezione cartesiana di una sostanza materiale inerte, costituita dall'estensione, rimane latente in tutta la scienza e in tutto il pensiero moderno. Non esiste alcun valore nella natura, in quanto esteriorità obiettiva; è impossibile quindi dare un valore normativo al diritto naturale.

In secondo luogo, mentre Aristotele percepiva nella natura l'esistenza di *insiemi*, di gruppi sociali, come la famiglia e la città, che erano da lui considerati «naturali» (e di conseguenza erano «naturali» i rapporti tra i membri di questi gruppi sociali), gli scienziati moderni, eredi del *nominalismo*, rifiutano di prendere in considerazione questi insiemi naturali; secondo loro è assolutamente necessario partire dalle cose individuali, che sono le sole che possono servire di base ai loro calcoli e alle loro costruzioni; essi scompongono per via di analisi questi insiemi in elementi semplici e non vedono altro che l'individuale. Come il metodo cartesiano consiste nel ragionare unicamente su idee chiare e distinte, che non sono altro che le idee «semplici», così il chimico costruisce la sua scienza ragionando sugli atomi.

Il diritto in tal modo cessa di apparire come una realtà prima, una realtà naturale. Anche gli empiristi saranno costretti a pensare il diritto a partire da un preteso «stato di natura» non giuridico, nel quale non esisterebbero se non *individui* isolati e non si darebbe alcun rapporto giuridico. Dato che i moderni non sono più in grado di porsi in contemplazione della natura, essi pongono al posto della natura *idee* chiare e distinte e sono ciechi nei

confronti del diritto come realtà naturale. E dato che si ha comunque bisogno del diritto, dato che non è possibile negare la funzione del diritto nella vita corrente, essi sono costretti a ricostruirlo come se fosse un prodotto artificiale. I moderni cercheranno di farlo sulla base di quegli elementi naturali che essi continuano ad ammettere, a volte cioè sulla base della ragione, a volte sulla base dell'attività esplicata da uomini che si associano volontariamente: ne vengono fuori sistemi multipli e contraddittori, tutti egualmente destinati a fallire. Ne viene fuori una mediocre teoria del diritto, che inserisce il diritto in un quadro complessivo che non è il suo, ma che si impone trionfalmente a tutta la filosofia moderna.

Questa, pressappoco, è l'immagine che Marcic delinea e che ben spiega l'incapacità strutturale della filosofia moderna a pensare il fenomeno del diritto: è un giudizio severo, che però condivido interamente. A discolpa dei filosofi di cui abbiamo parlato finora, e almeno di Cartesio e Pascal, si potrà dire che essi personalmente non avevano alcuna intenzione di costruire una teoria del diritto, dato che si interessavano unicamente di scienza e di etica; la loro intenzione era quella di costruire una visione generale del mondo, che aveva il torto di fare astrazione dai fenomeni giuridici, ma che ebbe un tale successo filosofico da indurre altri e più recenti autori a partire da essa per ricostruire una teoria del diritto.

Dobbiamo ora prendere in considerazione i filosofi del diritto moderni.

## PARTE PRIMA

### I PRIMI SISTEMI DEL RAZIONALISMO GIURIDICO

#### Capitolo primo

#### L'OPERA GIURIDICA DI ALTHUSIUS

Dobbiamo adesso fare un po' di marcia indietro, per prendere in considerazione le origini della scuola razionalistica, che si pongono prima degli inizi della filosofia cartesiana. La *Dicaeologia* di Althusius è del 1617; il *De jure belli ac pacis* di Grozio è del 1625; il *Discorso sul metodo* appare invece solo una dozzina d'anni più tardi.

Althusius e Grozio non hanno potuto essere influenzati dalla «filosofia moderna»; il loro pensiero si riconnette piuttosto alle dottrine del XVI secolo, al calvinismo e allo stoicismo umanistico. Sappiamo bene però che tutte queste indicazioni hanno sempre un carattere artificioso; Bacone e Cartesio, malgrado il loro genio personale, non hanno fatto altro che esprimere le tendenze latenti nella cultura europea già da alcuni decenni.

Quando l'anno passato abbiamo studiato quel notevole evento della storia del diritto europeo moderno che è stata la sistematicizzazione del diritto, attraverso il quale si sono rinnovati nello stesso tempo e il linguaggio

giuridico e la prospettiva propria del giurista sulle fonti e sul contenuto del diritto, siamo stati costretti a tralasciare alcune opere pur degne di considerazione: i sistemi di Connan, Doneau, Gregorio da Tolosa ... Siamo obbligati a fare delle scelte. Decido di soffermarmi su Althusius. È un autore che si potrebbe classificare tra gli umanisti, ma che partecipa all'umanesimo al modo dei tedeschi, che quindi non brilla per l'eleganza dello stile e che non è sempre capace, come invece i francesi, di vincere lo scolasticismo e la pedanteria. Vedremo come resti affascinato dalla logica di Ramus e citi tutti i suoi predecessori della giurisprudenza umanistica, Budé, Bodin, Doneau, Hotman, Gregorio da Tolosa; ma soprattutto Plutarco e Virgilio, Seneca, Cicerone ed anche Aristotele. Non scrive solo di politica e di diritto, ma anche di morale; *Civilis conversationis libri duo* sono di forte ispirazione stoica e ciceroniana; seguendo l'esempio di Bodin, scrive anche una *Oratio panegyrica de necessitate utilitate et antiquitate scholarum*, che serve da prefazione alla sua *Politica*. Aggiungiamo che è calvinista e di stretta ubbidienza; è probabile che sia vissuto per un certo periodo a Ginevra; dopo un lungo periodo di insegnamento a Herborn (1586-1604), lo ritroviamo sindaco della città calvinista di Emden, nella Germania settentrionale, dal 1605 al 1638. È stato quindi influenzato da tutte le grandi correnti culturali del cinquecento, che vengono in qualche modo a confluire in lui. Ma dato che le sue opere principali sono state scritte nel seicento, lo considereremo come un precursore della «Scuola del diritto naturale».

### I - Osservazioni bibliografiche

Non starò a ripetervi ciò che si insegna di solito su Althusius nella nostra Facoltà. I pubblicitisti lo citano ampiamente; essi si limitano a leggere la sua *Politica* e per di più interpretano quest'opera in modo piuttosto riduttivo e molto spesso anacronistico. La fortuna che quest'opera ha riscosso è piuttosto strana. Dato che Althusius non viveva né in Francia né in Inghilterra, ma in una città libera tedesca, egli si è trovato nella felice condizione di non essere costretto a inserire nelle sue opere le nuove idee favorevoli alla monarchia assoluta e alla «sovranità» del principe, che riscontriamo, ad esempio, in Bodin, in Gregorio da Tolosa o in Hobbes. Egli poteva esprimere una posizione più tradizionale, più rappresentativa dello stato delle cose tedesco. Come la maggior parte degli scolastici, Althusius insegnava che la «maestà» risiede alla fin fine nell'insieme dell'organismo sociale, di cui il principe non è che un mandatario, che un «magistrato» subordinato in teoria alla volontà assembleare; egli continuava a concepire lo stato come costituito da una piramide di gruppi, corporazioni, città, province, al cui vertice era da porre, come nel caso della Germania, solamente la potestà imperiale. Il che gli è valso l'accusa di essere «monarcomaco» e di vedere la sua *Politica* pubblicamente bruciata e

per molto tempo tenuta in disparte. In compenso, egli ha potuto conoscere una nuova celebrità, quando l'opinione pubblica cominciò a criticare l'assolutismo statale e si volle fare di lui, a torto, un precursore del pensiero democratico moderno.

In questo senso, già Jean-Jacques Rousseau si è rifatto ad Althusius. Ma la vera celebrità di questo studioso comincia col libro di Gierke, *Joannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, che risale al 1880 e che è responsabile di molti degli errori che si fanno ancora di frequente sulla nozione di diritto naturale. Il fatto è che Gierke, da buon tedesco, da buon patriota, ha desiderato mettere in evidenza un autore tedesco e mostrare che le teorie democratiche dello stato, proprie della modernità, e la nozione di diritto naturale dell'individuo sono meno francesi e latine di quanto non si pensi di solito e che in realtà vanno fatte risalire al pensiero tedesco e al pensiero medievale. Dato che questa ipotesi di lavoro era appoggiata da un'erudizione tipicamente tedesca, riscosse un certo successo, anche se in sé va considerata piuttosto debole.

Comunque da allora l'opera di Althusius ha mantenuto un posto di primo piano nella storia delle dottrine politiche, come è dimostrato dal fiorire delle edizioni e delle opere critiche. La moda poi è andata cambiando ed ora si tende a fare di Althusius un precursore non dell'individualismo moderno, ma piuttosto del corporativismo, del «federalismo» o delle metodiche sociologiche. Si è comunque messo di recente in rilievo quanto Althusius debba agli scolastici spagnoli.

La nostra ottica è del tutto differente. Non siamo affatto sicuri che l'intenzione principale di Althusius fosse quella di difendere un certo regime politico, né che questa causa fosse nel suo tempo così originale: anzi appartiene al novero di quelle che uno storico non si meraviglia affatto di incontrare, dopo il tramonto del Medioevo, in un paese europeo, come la Germania, nel quale l'assolutismo monarchico non era ancora riuscito a trionfare.

Più che militante di un partito, Althusius, anche se non ha potuto evitare di prendere posizione nelle lotte che nella sua epoca si sono scatenate tra i diversi regimi, è stato semplicemente un professore, un dotto professore tedesco, che visse un po' troppo calato nei suoi libri (quando scrive la *Politica* è ancora professore a Herborn) e la cui principale ambizione, come ci dice lui stesso, è quella di portare avanti e di perfezionare l'opera di sistematizzazione del diritto e della politica, che è stata iniziata da una cinquantina d'anni dalla scuola umanistica e che rimane assolutamente di attualità. Le sue opere hanno un carattere didattico; il loro scopo, secondo il metodo di Ramus, è quello di classificare nozioni scientifiche.

L'ambizione di Althusius è di mettere in ordine i concetti, di mettere a punto le definizioni. È un compito piuttosto fastidioso. È di sicuro meno divertente analizzare la sua opera scientifica piuttosto che la sua azione politica, ma bisogna prendere in considerazione Althusius esattamente per

ciò che egli fu.

Devo d'altra parte ricordare che egli fu un *giurista*. Questo è un altro aspetto frequentemente misconosciuto della sua personalità. È l'autore di una *Politica*; ma sappiamo bene che il significato di questo termine, agli inizi del XVII secolo, era molto più ampio di quanto non sia oggi. *Politica* è un termine dotto, che copre tutta la scienza della vita sociale, come è il caso della *Politica* di Aristotele e che include almeno i principi generali della scienza giuridica. Althusius studiò in una facoltà di diritto e in una facoltà di diritto divenne poi professore. La sua opera comprende testi giuridici, che furono nel loro tempo non meno celebri della sua *Politica*: i *Libri de arte jurisprudentiae romanae methodicae digestae ad leges methodi Ramae conformati*, del 1588, ripetutamente pubblicati, e soprattutto l'opera della ultima parte della sua carriera, la *Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus methodice complectans* del 1617. È un libro al giorno d'oggi quasi sconosciuto, mentre era notissimo agli inizi del seicento; la *Politica* ne può essere considerata opera preparatoria. Dobbiamo quindi abbandonare il punto di vista della politologia moderna e andare alla ricerca in Althusius di ciò che costituisce il nucleo centrale del suo pensiero.

## II - Il diritto nella «Politica» di Althusius

Cominciamo ad esaminare la *Politica methodice digesta*, del 1603. Avevo senza dubbio torto a qualificarla come un'opera giuridica. Nell'introduzione, Althusius fa una distinzione tra politica e diritto: la politica non è ancora la scienza del diritto, ne costituisce solo la soglia, l'introduzione: «Ubi desinit politicus, incipit juris consultus». La politica non è altro che il necessario preambolo allo studio del diritto; tra le due discipline c'è una «parentela» molto stretta, come tra la fisica e la medicina; prima di costruire la dottrina dei diritti che spettano a ciascuno e delle leggi che li fondano (il che, come vedremo, è il compito proprio della giurisprudenza) bisogna conoscere in primo luogo i «fatti», cioè il quadro all'interno del quale leggi e diritti dovranno essere esercitati: le comunità sociali. Il fatto primo è l'esistenza dei gruppi sociali; è da questo punto che il giurista deve iniziare il proprio lavoro.

Tutto bene, ma lo studio di questi fatti non può a sua volta non sconfinare nello studio del diritto; infatti le stesse comunità sociali si fondano sul dovere di socievolezza universale, secondo l'insegnamento di Cicerone, cioè su di una *legge*. Sarà compito dello studioso di scienza politica prendere in considerazione per lo meno le leggi costitutive dei gruppi sociali che sono gerarchicamente preminenti e che costituiscono il vertice del sistema ed i diritti fondamentali, quelli propri della comunità politica (*jura maiestatis*); la politica dovrà quindi fare spazio ad una teoria generale delle fonti dell'ordine giuridico interno ad ogni gruppo sociale. La politica

di Althusius implica una filosofia del diritto.

### 1. *Le comunità simbiotiche*

Tutta la dottrina delle fonti del diritto è dunque coinvolta nello studio di quel «fatto» primo, sul quale si basa la sistematica di Althusius: l'esistenza di gruppi umani, in cui si mette in comune almeno una dimensione della vita dell'uomo. È la dimensione che egli chiama, con un neologismo che però non ha avuto fortuna, le comunità *simbiotiche*. Gli uomini hanno bisogno di vivere in società, quanto e più delle api. E dato che questa è una sua mania, Althusius classifica le diverse *specie* di comunità: famiglie, corporazioni, collegi, città, province, chiese, stati, e ne disseziona la struttura individuandone gli elementi (*membra*), cioè i diversi organi ed uffici che ne compongono il corpo. Althusius tratterà in seguito il diritto di queste comunità. Limitiamoci qui a sottolineare il pluralismo che egli difende: vivendo in Germania, egli non si compromette con lo statualismo col quale hanno a che fare i francesi, gli inglesi e gli spagnoli e che sarà una caratteristica del pensiero politico moderno, che non vede al di sopra degli individui altro che lo stato, considerato come il prodotto di un preteso contratto sociale. Come faranno più tardi i sociologi (si consideri ad esempio Gurvitch), Althusius riconosce l'esistenza di gruppi intermedi tra l'individuo e lo stato: è un corporativista.

Dobbiamo inferire da tutto ciò che Althusius, subendo ancora l'influenza della scolastica tomista, resta discepolo di Aristotele? Gli interpreti moderni tendono ad evidenziare il suo aristotelismo. Abbiamo detto in precedenza che la reazione anti-aristotelica si avverte di meno in Germania, di quanto non accada in Francia.

Althusius cita Aristotele e ne assimila parecchie teorie. È proprio dell'aristotelismo prendere le mosse dall'esistenza dei gruppi sociali, riconoscendone la pluralità; è un residuo di realismo.

Peraltro, la dottrina di Althusius alla fin fine è radicalmente contrapposta a quella di Aristotele. Vedremo più avanti quanto Althusius sia lontano dalla filosofia classica del diritto naturale; per lui i gruppi simbiotici sono solo il *quadro* all'interno del quale si dà il diritto e di conseguenza egli non individuerà in questi stessi gruppi la fonte del diritto. E del resto egli ama citare Seneca e soprattutto Cicerone, per spiegare la nozione di comunità simbiotica. E Cicerone, al riguardo, sta esattamente agli antipodi di Aristotele.

Aristotele insegnava che l'uomo è un essere «naturalmente politico», il che significa che la città è tanto «naturale», quanto l'uomo, tanto originaria, quanto l'individuo; di conseguenza la città, con i rapporti giuridici che essa pone tra i cittadini, e l'osservazione scientifica della città costituiscono la *fonte* del diritto naturale. Cicerone si limita solo ad insegnare che l'uomo è «socievole», cioè che è portato per natura a istituire gruppi sociali e che la legge della ragione, che egli porta insita in se stesso, glielo impone come

dovere. Cicerone costruisce il proprio sistema a partire dalla natura dell'uomo e dalla legge razionale insita nell'uomo, non a partire dalla città, che non è che un prodotto secondario. E questa è la posizione di Althusius. L'uomo ha in sé, accanto ad altri «istinti», quale quello dell'autoconservazione, i «germi» (*semina animis nostris insita*: è un'espressione, questa, di origine stoica), l'*inclinatio*, la tendenza alla vita sociale. La legge naturale gli comanda di associarsi coi suoi simili. Qui Althusius fa riferimento, da buon calvinista, più che alla legge naturale dello stoicismo alla legge divina rivelata, quella che comanda l'amore per il proprio prossimo; ne approfitta per porre in questo luogo, nello spirito di Calvino, una diatriba contro i monaci cattolici, che si oppongono ai comandamenti di Dio, conducendo una vita solitaria. La vita sociale è dunque un qualcosa che non è dato dalla natura, che non è originario, ma che *deve essere* istituito, coltivato, mantenuto: «*Politica est ars homines ad vitam socialem inter se constituendam, colendam, et conservandam consociandi*». Si tratta quindi di un fenomeno derivato.

Un'altra precisazione. Il gruppo simbiotico è costituito con la messa in comune di cose, di lavoro e di diritto: «*communicatio rerum, operum, iuricum*». Ciò significa che prima del venire in essere della comunità, gli individui destinati a diventarne membri erano già portatori di loro diritti, della proprietà su determinati beni e sulla loro propria attività. I diritti *soggettivi* sono originari. Per operare questa messa in comune, è necessario un patto volontario, «*consensum et pactum civium communicantium*». Althusius non mette ancora l'accento sulla teoria del contratto sociale, ma in qualche modo già la condivide.

Prima dell'esistenza del gruppo sociale, ci sono diritti e una morale, una legge morale. Questa è esattamente la tesi dell'umanesimo neostoico, e l'esatto contrario di ciò che insegna il diritto naturale classico.

## 2. La teoria delle fonti del diritto nella «Politica»

L'opera di Althusius è strutturata nello studio, successivo delle diverse specie di gruppi simbiotici, con particolare riferimento ai più vasti, le città, le province, le chiese, lo stato. Per ciascuno di questi gruppi Althusius elabora la teoria delle leggi che ne regolano l'ordine interno. Senza seguire il testo nel dettaglio, sottolineiamo la predominanza della *legge*: non è il *diritto* a costituire la nozione originaria della scienza giuridica (il giusto che si ricerca nella natura, come nella prospettiva aristotelica), è la *legge*, un prodotto dello spirito. Ecco le principali articolazioni del discorso di Althusius.

In primo luogo c'è una legge comune, *lex communis, jus generale*, la legge naturale. Su di essa, come abbiamo appena visto, si fonda la costituzione stessa delle comunità simbiotiche. È la legge della ragione? Da buon calvinista, convinto della corruzione della natura, Althusius preferisce far riferimento alla legge divina rivelata, al Vangelo, al Decalogo, prodotto

dalla volontà di Dio, che è il primo legislatore. È un comandamento di Dio, quello che impone all'uomo di vivere in società e di amare il prossimo e che più in generale impone tutta una serie di doveri verso il prossimo. Il fatto è però che Althusius tende a confondere questa legge del cristianesimo con la morale stoica e la esprime in forma stoica, precisamente ciceroniana. Osserviamo ancora una volta che si tratta di una regola morale, di una lista di doveri, di *officia*. Questa serie di doveri comincia dal dovere di autoconservazione, *vitae propriae conservatio* e da quello di non ledere la persona e i beni altrui. Questa è la prima delle leggi, che ci comanda ciò che dobbiamo fare o che non dobbiamo fare: *lex vero et jus hoc est faciendorum vel omittendorum regula*.

Va da sé per Althusius che questa legge, dopo aver presieduto alla loro formazione, continua a governare le comunità. Questo, almeno, è ciò che deve avvenire in tutte le città calviniste, così come nella teocrazia ginevrina e in ogni altra comunità cristiana. Il diritto naturale si è tramutato in questa legge morale, che proviene da Dio.

Quanto alle altre fonti di diritto, il sistema di Althusius resta all'interno della logica del positivismo. Al di sopra della legge comune, c'è una *lex propria*, che è calibrata sulle condizioni proprie di ogni singola comunità simbiotica: è uno *jus speciale* che si aggiunge alla legge morale originaria. Essa promana dalla volontà del corpo sociale, che resta ancora, in questa dottrina, detentore della sovranità, dello *jus majestatis*, ma più direttamente dal principe che è il mandatario della comunità. Spetta a lui completare il diritto, promulgando le ordinanze per il servizio della vita comune: «*ad succurrendum indigentiae et necessitati universorum symbioticorum et ad promovenda eorum commoda singularia*». Scopo della legge è il servizio dell'interesse dei singoli (il solo scopo che il nominalismo possa concepire) o degli interessi comuni. La legge sarà osservata rigorosamente. Essa governa il gruppo simbiotico, così come Dio governa l'universo: «*Nam quod Deus est in mundo, quod in navi gubernator... quod in choro praeceptor, quod dux in exercitu, hoc est lex in civitate*». Percepriamo qui il legalismo proprio dello spirito moderno, che già era così ben presente nell'opera di Suarez, del quale Althusius ha certamente subito l'influenza. Ma la *Politica* non è che un'introduzione. Andiamo ora ad analizzare il libro che ne costituisce il seguito e che è più specificamente dedicato al diritto.

### III - La «Dicaeologia»

Spingiamo la nostra abnegazione fino al punto di tirar fuori, da scaffali polverosi, questo vecchio libro, intitolato *Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus quo utimur methodice complectantes, cum parallelis huius et judaici juris, tabulisque insertis*. È chiaro che questo libro non stimola il lettore moderno e non ho alcun desiderio di leggerlo tutto. È

spaventosamente astratto; ma non c'è da meravigliarsi dell'importanza che ha nella storia della scienza del diritto.

### 1. *Il metodo*

Tutto in Althusius è *logico*. Non bisogna del resto dimenticare che una determinata logica è sempre coesistente ad ogni sistema filosofico. Non si può capire il sistema classico del diritto naturale, senza la dialettica di Aristotele, né il razionalismo giuridico senza il metodo cartesiano e il primato che esso riconosce alle deduzioni matematiche. Le opere di Althusius hanno questa caratteristica, che ci offrono l'esempio di una forma intermedia di logica.

Ho già detto che Althusius applica, nel modo più pedissequo, il metodo di Pierre Ramus, il logico del XVI secolo. Lo fa in tutte le sue opere, dal *De arte jurisprudentiae romanae* alla *Politica*. Sembra quasi che l'intenzione ultima della sua opera sia stata quella di applicare questo metodo al diritto. Esso comunque è stato sfruttato nel modo più pieno nel trattato della *Dicaeologia*, in cui si tratta appunto di costruire un sistema coerente di diritto.

Non si tratta ancora del metodo assiomatico di Cartesio; Althusius non ha ancora la pretesa di dedurre tutta la scienza a partire da pochi assiomi, come faranno poi i cartesiani. Per lui la scienza si limita a descrivere la realtà naturale, cercando di metterla in ordine, collocandone i concetti in un sistema che è già di tipo matematico: da questo punto di vista la logica di Althusius adempie ad una funzione di transizione. Pierre de la Ramée, la cui dottrina era ispirata soprattutto ai *Topici* di Cicerone, insegnava in particolare a classificare comodamente tutti i concetti; ritengo che questo metodo presupponga una metafisica implicita, che concepisca il mondo come formato da essenze immobili, incastrate reciprocamente. Partendo da un termine generale, lo si suddivide, mediante dicotomie successive, in specie sempre meno comprensive e in elementi costitutivi (*partes* o *membra*). In tal modo, la *Politica* divide il termine fondamentale, la *consociatio symbiotica*, in *species* e in *membra*; le specie di comunità simbiotiche sono quelle private o pubbliche; le private si suddividono in comunità naturali (la famiglia) o convenzionali (le corporazioni, i collegi), quelle pubbliche in particolari (città, province) e universali (chiesa, stato), ecc. Dall'altra parte abbiamo gli *elementi* costitutivi, come gli organi, gli uffici (tra cui gli uffici di legislazione e di giurisdizione, la legge comune, la legge privata, ecc.).

Questa metodologia, applicata sistematicamente, ci fornisce la chiave di come sono strutturate le opere di Althusius, che per il lettore moderno che non l'abbia afferrata sono assolutamente sconcertanti e lontanissime dalle nostre abitudini mentali. La struttura interna delle opere è completamente asimmetrica, dato che non potendo sviluppare contemporaneamente tutte le suddivisioni l'autore si sbarazza rapidamente dalle ramificazioni meno

importanti (ad esempio nella *Politica* non tratta i gruppi simbiotici privati), per passare subito a studiare il ramo che è destinato a costituire l'oggetto principale di studio (le comunità politiche): l'a simmetria si riproduce ovviamente quando si passa poi a studiare la serie delle ramificazioni ulteriori di questo ramo (la legge, la giurisdizione, ecc.). Alla fine si arriva ad erigere una costruzione assolutamente barocca; la struttura non è divisibile in due parti, come siamo generalmente abituati a fare oggi, né è comunque rappresentabile in un indice sommario; l'ordine complessivo può essere percepito solo in una tavola che riproduca questo complesso modello di ramificazioni. È per questo che la *Dicaeologia*, che già nel titolo mostra di essere un saggio di logica ramusiana (*methodica complectatio*) è accompagnata da tavole (*tabulisque insertis*), che sono il risultato di un lavoro ingrato ed immenso.

## 2. Il sistema giuridico di Althusius

Il risultato è una piramide di nozioni di scienza giuridica, in cui chi sappia leggere può ammirare la grande chiarezza e la perfetta precisione con cui è definito ogni termine. Quale è il contributo specifico di Althusius in questo lavoro? Il linguaggio. Ciò che ci interessa riscontrare in questo, come in tutti i sistemi giuridici della fine del XVI secolo, è il trionfo dell'ottica moderna.

Non si tratta d'altro che di un frammento molto ridotto della costruzione di Althusius e ci limiteremo in questa sede unicamente a decifrarlo.

### a) Distinzione del fatto e del diritto

La prima dicotomia è quella tra fatti e diritto. Distinguendo le *parti* o i membri della scienza diceologica, Althusius comincia col mettere in evidenza questa prima branca, lo studio dei *fatti*. Nella *Politica* egli aveva già contrapposto allo studio delle leggi quello dei «fatti», che coincidevano in quel caso con i raggruppamenti simbiotici, in cui si determina il diritto.

Qui, invece, il *fatto*, anteriore al diritto e di cui il giurista deve acquisire una conoscenza almeno sommaria, è il *negotium*, con cui si intende ogni «azione» che apporta alla vita sociale ciò che le è utile o necessario o al contrario ciò che le è di impedimento: è su questo oggetto che, come si vedrà più avanti, si costituisce il diritto. «*Negotium est prima pars Dicaeologicae, utilia vel necessaria ad vitae socialis humani usum inferens vel impediens; ob quod jus constituitur*». Il *negotium* a sua volta verrà suddiviso in parti e in specie. Le parti sono da un lato le cose (*res*), dato che ogni negozio ha per oggetto una cosa, e che saranno ulteriormente suddivise in cose individuali, corporali e incorporali, universali, ecc.: dall'altro le *persone*, dato che ogni atto concerne il diritto di un soggetto, sia individuale, che collettivo, ecc. Quanto alle specie del negozio, distingueremo l'azione volontaria (contratto) dall'involontaria (delitto, quasi-delitto, ecc.). Si pone qui l'analisi dell'atto giuridico, che è analizzato con estrema minuzia nei suoi elementi costitutivi.

Varrebbe la pena seguire nel dettaglio queste suddivisioni, che sono spesso nuove e che non trovano analogie nel diritto romano. Ma ciò che mi sembra di importanza capitale è la decisione di separare la scienza dei *fatti* dalla scienza del *diritto*. Ciò comporta il definitivo abbandono della prospettiva degli istituti giuridici romani, i cui termini vengono sì ripresi da Althusius, ma con un significato profondamente trasformato: Gaio *mescolava* lo studio dei fatti (*personae, res, actiones*) e lo studio del diritto, come voleva la filosofia del diritto naturale classico, che deduceva il diritto dalle cose stesse e da ogni circostanza individuale (*jus ex facto oritur*).

Abbiamo già visto come Bodin rifiuti questa commistione, che è molto lontana dalla filosofia del diritto dell'umanesimo neostoico, e separi il fatto dal diritto, ma in modo ancora maldestro. Nel sistema di Althusius, invece, tutto va al posto giusto.

Egli insiste nel porre all'inizio della dottrina del diritto le persone, le cose e le azioni (ma il termine *actio* sta qui ad indicare, come in Connan e nei suoi allievi, esattamente l'opposto dell'accezione che gli dà Gaio e cioè le diverse specie di *negotia*, i contratti, i delitti, i quasi-delitti); ma tutto ciò non costituisce altro che un preambolo; queste «cose» non sono altro più che i *fatti* di cui il diritto dovrà occuparsi, non quelli da cui esso deriva: è la fine del diritto naturale classico. La logica althusiana separa ciò che restava unito nella filosofia aristotelica: il diritto è separato dal fatto, lo spirito dalla materia.

#### b) *Le fonti del diritto*

All'inizio dell'opera di Althusius incontriamo un paragrafo dedicato alla «costituzione» del diritto; è l'occasione giusta per completare la teoria delle fonti del diritto, che troviamo solamente abbozzata nella *Politica* e di mettere a punto precise definizioni saldamente inserite nel reticolo dei concetti. Riscontriamo il solito primato della *legge* sul diritto; di una norma cioè che non ha più la sua fonte nello studio dei fatti naturali, ma altrove, nel mondo dello *spirito*. Abbiamo due grandi categorie di leggi: le leggi naturali e quelle civili, dette altresì «comuni» e «proprie». Fonte comune e suprema del diritto, la legge naturale è nella *Dicaeologia*, così come nella *Politica*, una sintesi della legge razionale e della legge divina positiva: *quod a natura vel Deo immediate hominum mentibus est inscriptum*; è la legge *morale* che Dio iscrive nello spirito umano e da cui derivano i doveri verso noi stessi (*defensio, conservatio*) e verso gli altri. Al di sotto, in questa sistematizzazione schematica, incontriamo il diritto specifico di ciascun gruppo sociale, che deriva dalle leggi civili e di cui Althusius si preoccupa di suddividere le specie, e che il giudice dovrà interpretare letteralmente. È un sistema strettamente legalistico, in cui dottrina e giurisprudenza non hanno più alcun ruolo creativo, dato che non c'è più alcuna possibilità di dedurre il diritto dai fatti naturali, che sono confinati in una branca separata.

#### c) *Le specie di diritto*

Tutto questo non appartiene che ai prolegomeni. Dobbiamo ancora arrivare a quella ramificazione che la scienza diceologica coltiva con predilezione e cioè allo studio del diritto e delle sue diverse specie.

Il diritto viene definito da Althusius con una formula particolarmente pesante, nel capitolo XIII dell'opera: esso è ciò che in occasione di un *fatto* determinato (e studiato precedentemente) è *costituito* (vedremo in che modo) per il profitto dell'uomo, per i suoi bisogni, per l'utilità e la giusta condotta di vita, su di una cosa o su di una persona: «*jus est quod ob factum praecedens homini in re vel persona aliqua ad vitae hujus necessitatem usum et directionem constituitur*». Questa definizione, a parte qualche sfumatura (dato che il diritto è ancora fondato sulla legge comune oggettiva), evoca l'idea del diritto soggettivo. Il diritto, separato e dal fatto al quale va applicato e dalla legge che ne è la fonte, non è più, come a Roma, l'*id quod justum est*, ma un utile dell'individuo.

Segue la divisione del diritto soggettivo nelle sue diverse specie: il *dominium* e l'*obligatio*. Abbiamo poi le suddivisioni del *dominium* nel potere che si ha sulle cose o sulle persone; nella piena proprietà delle cose o in diritto reale su cose altrui (*dominium minus plenum*); in potere su se stessi o su altri (*in alium*), in *potestas domestica* (paterna, maritale, ecc.) e pubblica (sovranità, ecc.). Abbiamo poi la suddivisione dei diritti di credito (*obligationes*), che Althusius opera in modo ancora maldestro. Ho già ricordato come la creazione di un linguaggio calibrato sul fenomeno del diritto soggettivo sia stata una delle risultanze principali di questi trattati sistematici fioriti nel XVI secolo, destinati a dar vita alla «Scuola del diritto naturale». Si vede bene come il sistema di Althusius, con la sua logica rigorosa, abbia contribuito a mettere in rilievo questa nozione.

La scienza del diritto in senso stretto (che si inserisce nel più ampio quadro della scienza diceologica) avrà d'ora in poi per oggetto lo studio dei diritti soggettivi. Ecco un punto assolutamente chiaro, in quella che può essere considerata la prima teoria generale del diritto.

Peraltro non siamo ancora che agli inizi di questa costruzione sistematica. L'albero continua a ramificarsi. A partire dalla scienza dei diritti si ramifica la scienza dei modi di acquisto e di perdita dei diritti (*diceodotica*). Senza dubbio, questa rubrica non è assolutamente nuova; è possibile trovarne alcuni precedenti nei titoli del *Digesto* o nel sistema di Doneau; ma è solo grazie al sistema di Althusius che essa acquisterà una sua specificità, che verrà mantenuta nei trattati della «Scuola del diritto naturale» e che arriverà fino al Codice civile francese (libro III). Dopo la *Diceodotica*, verrà la *Diceocritica*, la scienza della sanzione e della difesa dei diritti soggettivi, la scienza della procedura, che appare ormai nettamente separata dalla scienza del diritto sostanziale. È vero che questi neologismi di Althusius non hanno avuto alcuna fortuna e che la forma che essi hanno assunto nella sua opera non le è sopravvissuta, ma ciò non toglie che il quadro complessivo dei concetti che egli ha elaborato non abbia raggiunto una coerenza ed una

precisione singolari.

#### IV - Conclusione

Rinunciamo a commentare ulteriormente Althusius. Se ho parlato della sua opera, per quanto essa sia ingrata alla lettura, è a causa dell'influenza che ha avuto sulla dottrina dell'Europa centrale. La scienza giuridica tedesca, la «Scuola del diritto naturale», la pandettistica che le ha fatto seguito, hanno avuto influenza in tutta l'Europa.

È probabile che tutte queste scuole derivino in gran parte da Althusius, C'è un diretto rapporto, quasi di filiazione, tra il *piano* della *Politica* (che, ritenendo il diritto uno strumento della socievolezza umana, inizia con lo studio dei gruppi classificati secondo la loro estensione) e l'ordine che hanno i trattati della «Scuola del diritto naturale», che iniziano ad esempio col «diritto di famiglia» (*Familienrecht*, categoria che è stata recepita dai giuristi francesi) per trattare poi il diritto dei gruppi sociali più ampi (lo stato, la società internazionale).

La scissione introdotta da Althusius tra fatto e diritto resterà tipica della letteratura tedesca; la ritroviamo in Leibniz; e quando i pandettisti parlano di *Tathestand*, di stato di fatto, lo devono probabilmente ad Althusius.

Gierke gli riconosce l'onore di essere il precursore della rubrica pandettistica di *Allgemeiner Theil* (la «parte generale») del diritto; il che, di per sé, è falso; ma nella sostanza è vero che l'opera di Althusius può essere divisa in una parte che contiene lo studio dei concetti giuridici generali (persone, cose, azioni giuridiche, definizione e suddivisione dei diritti soggettivi) e in una parte speciale (*Besonderer Theil*), che tratta delle modalità di acquisto dei diritti e della procedura. Analogamente, i nostri corsi di diritto civile iniziano con un'esposizione della teoria generale del diritto.

Sarebbe troppo lungo andare a cercare nel dettaglio ciò che la scienza dei «concetti» giuridici deve alla *Diceologia*, ma la storia del diritto avrebbe torto se trascurasse questa tradizione delle scuole giuridiche tedesche.

I francesi furono meno ricettivi nei confronti di un simile sistema, tanto pesante e privo di fascino. E forse abbiamo avuto torto ad analizzarlo così da vicino. Malgrado le date, Althusius va considerato uomo del XVI secolo; egli porta a compimento l'opera sistematica della giurisprudenza umanistica; la sua dottrina delle fonti del diritto, della legge, risente molto di Suarez; la sua ispirazione è fondamentalmente di matrice stoica, con qualche traccia di aristotelismo e di calvinismo. La sua logica è quella di Ramus, che si affatica a classificare i concetti indotti dall'esperienza; diversamente da quella cartesiana, essa non procede per via deduttiva a partire da assiomi posti dal soggetto. Althusius non è un giurista moderno;

è solo un precursore del pensiero giuridico moderno.

A che ci è servito studiarlo? In primo luogo, a capire che non c'è una brutale scissione tra il XVI e il XVII secolo. Gli elementi che verranno ben presto esplicitati da Bacone e Cartesio sono già latenti agli inizi del XVII secolo, per effetto delle correnti di pensiero che hanno dominato l'epoca rinascimentale: la nuova fiammata dell'agostinismo, lo scotismo, l'occamismo, il neo-stoicismo, l'essenzialismo suareziano, la metodica di Pierre de la Ramée; tutti elementi, presenti nel rinascimento, che corrispondono a forze ostili all'autentico spirito di Aristotele.

Althusius, col suo metodo, disseziona, scinde, disintegra ciò che Aristotele aveva riconnesso; al mondo unitario di Aristotele egli sostituisce un mondo di essenze separate, un mondo di idee governato dall'ossessione dell'ordine logico esatto dello spirito umano più che da un'istanza di realismo. La separazione che Althusius opera fermamente tra fatto e diritto presagisce i dualismi moderni. Essa lo induce a installare al vertice delle fonti del diritto la legge morale della coscienza, come farà poi il razionalismo moderno; e quanto al contenuto del diritto, a sistematizzarlo attorno alla nozione di diritto soggettivo.

Il linguaggio del diritto moderno è ormai pressoché elaborato. Che cosa manca ancora, per portare a totale compimento la rifondazione del diritto? Forse solo il poter far perno su di una filosofia nuova, perfettamente esplicitata e capace di rimpiazzare totalmente la vecchia scolastica; ma questa filosofia non apparirà che una ventina d'anni più tardi. Si conferma così che Althusius non era altro che un teorico, che sa destreggiarsi solo coi concetti e che resta, nella sostanza, attaccato alle soluzioni tradizionali e che non osa modificare la sostanza delle regole giuridiche. Grozio, che tra i suoi successori è il più fortunato, rappresenterà, dieci anni più tardi, la nuova tappa decisiva del pensiero giuridico moderno.

## Capitolo secondo GROZIO E IL DIRITTO

Dobbiamo ora occuparci di un personaggio molto celebre. Grozio è una gloria del suo paese, che continua a coltivare la sua memoria, data la relativa scarsità di altre grandi figure nella sua storia. In Olanda si continua a utilizzare l'*Introduzione al diritto olandese*, si organizzano mostre ed esposizioni incentrate sulla figura di Grozio. E per dire la verità la sua reputazione è oggettivamente consolidata. Il trattato su *La verità della religione cristiana* fu un best-seller mondiale. Si arriva addirittura, il che è un po' eccessivo, a considerarlo come un apostolo delle Nazioni Unite. Esiste un'associazione che organizza «giornate groziane» e che ha elaborato un «catechismo groziano». Il *De jure belli ac pacis* ha conosciuto innumerevoli commenti, specie di studiosi di diritto internazionale pubblico.

Sotto il profilo che a noi interessa maggiormente Grozio viene studiato di meno: è quello dell'autore di un sistema giuridico, che copre tutti i settori del diritto, e i cui principi sono stati recepiti dalla *Scuola del diritto naturale*. Credo di poter dire che i manuali di diritto civile, così come quelli di storia del diritto, non gli riservano il posto che obiettivamente gli spetta. La cosa può spiegarsi per il fatto che il metodo giuridico utilizzato da Grozio è oggi assolutamente antiquato; nella nostra epoca non si ha più alcun gusto per lo stile del razionalismo giuridico, anzi facciamo di tutto per tenercene lontani. Ma il nostro gusto attuale ha un'importanza assolutamente relativa: quando si tratta di capire che cosa sono e da dove derivano le nostre istituzioni, non si può fare a meno di ignorare l'opera della «Scuola del diritto naturale». Grozio potrebbe essere chiamato il legislatore dell'Europa moderna, nello stesso senso in cui Licurgo è stato il legislatore di Sparta o in cui un grande uomo, secondo Cicerone, deve esserlo per ogni sistema giuridico.

Non solo l'Europa gli è debitrice di una parte di quella pace relativa, o di quella moderazione nell'uso della guerra di cui essa ha goduto per ben due secoli e che hanno indubbiamente contribuito a crearne la potenza, ma deve riconoscergli altresì il merito di aver contribuito alla strutturazione di tutto il suo diritto privato interno. E parlo di tutta l'Europa, dato che l'influenza di Grozio non fu limitata, come quella di Althusius, all'Europa centrale; fu in Francia che Grozio scrisse il trattato sulla guerra e sulla pace, che dedicò a Luigi XIII e che venne subito tradotto in francese (esso venne poi nuovamente tradotto in francese agli inizi del XVIII secolo, nell'edizione Barbeyrac, che fino ad un secolo fa si poteva trovare nella biblioteca di ogni giurista). In Germania Grozio trovò il maggior numero di discepoli, di commentatori e di critici (Feldenus, Struve, Boecler e una quarantina d'anni dopo Pufendorf); i suoi libri vennero utilizzati in numerose facoltà giuridiche tedesche (da Heidelberg a Wittenberg) come libri di testi ufficiali; ma non meno rilevante è stata la sua influenza sulla cultura giuridica francese: è un fatto che non solo Montesquieu, Diderot, Rousseau, come è stato dimostrato dal Derathé, ma anche Domat, Pothier, Portalis avevano i libri di Grozio nelle loro biblioteche. Un largo settore del pensiero giuridico dell'Europa moderna è debitore di Grozio.

Sono ben pochi nella storia coloro che, come Grozio, hanno saputo operare una mediazione così efficace tra una visione filosofica del mondo e la scienza del diritto.

Più giurista che filosofo, egli fu sensibile ai problemi del suo tempo ed ebbe l'ambizione di dar loro una soluzione pratica; fu uno di quei giuristi non vincolati dalla routine professionale e provvisti di ampia cultura, audaci e chiaroveggenti e in grado, quindi, di indicare vie nuove al futuro.

## I - La vita e le opere

È segno eloquente della sua attitudine a condurre una vita attiva più che contemplativa la sua carriera così movimentata. Grozio non è uno spirito scolastico, e non è solo un umanista. Di grande precocità, allevato all'ombra di grandi eruditi come Giusto Lipsio e Scaligero, in un lusso ben maggiore di quello conosciuto da Montaigne, Grozio divenne già ad undici anni studente all'Università di Leida; fu più tardi autore di poemi latini, di un libro *de fato*, di opere storiche, di un'abbondante corrispondenza; pubblicò la *Germania* di Tacito, la *Farsaglia* di Lucano e tragedie di Euripide. Si immerse attivamente nella vita pubblica; divenne giurista e a vent'anni avvocato al servizio della Compagnia delle Indie olandesi; a ventiquattro procuratore generale d'Olanda; attivo nella vita politica, fu nominato pensionario di Rotterdam nel 1613 e dopo la vittoria del democratico Maurizio di Orange fu imprigionato nella fortezza di Gorkum. Ne evase nascosto in una cassa di libri, raggiunse Parigi, si fece presentare al re Luigi XIII e venne accolto dalla famiglia del presidente de Mesmes, vicino a Senlis, dove scrisse il *De Jure belli ac pacis*, Esercitò un ruolo di primo piano anche nella vita internazionale; già nel 1598, all'età di quindici anni, fece parte di un'ambasciata inviata da Enrico IV e ne profitò per farsi nominare *doctor utriusque juris* alla Facoltà giuridica di Orléans; nel 1613 andò in missione in Inghilterra, alla corte di Giacomo I. Verso la fine della sua vita divenne ambasciatore di Svezia in Francia, senza mostrare però troppo zelo per questo mestiere, attirato come era, piuttosto, da questioni teologiche, che lo affascinarono peraltro per tutta la vita, e che acquistarono in lui una valenza, come vedremo tra poco, anche politica. Perseguì sempre la causa dell'unificazione delle chiese cristiane, che equivaleva alla causa dell'unificazione europea. Venne ricevuto nel 1645 in Svezia dalla regina Cristina, la protettrice di Cartesio, e morì dopo un naufragio durante il viaggio di ritorno dalla Svezia. Una vita piena di avvenimenti.

Purtroppo, non è della sua vita che dobbiamo occuparci. Ma dato che egli fu sempre partecipe alla vita del suo tempo e sempre attento ai problemi del momento, fermiamoci a considerare quali situazioni storiche Grozio dovette fronteggiare, prima di studiare le risposte che diede nelle sue opere ai problemi del suo tempo.

### 1. *La situazione politica*

Sappiamo tutti che gli inizi del seicento sono un'epoca turbolenta. Non si possono capire le motivazioni profonde della dottrina di Hobbes o di quella di Bodin se non le si rapporta alle violenze e ai disordini dell'epoca, ancora affetta dalle guerre di religione. La guerra di religione non è ancora, infatti, superata, né all'interno delle nazioni, né nei rapporti internazionali.

All'interno degli stati, sembra che l'ordine sia stato alla fine restaurato, grazie all'applicazione del principio *cujus regio, ejus religio*. È il potere secolare che detta la soluzione da dare alle scissioni nate dalle controversie confessionali: esso impone il cattolicesimo in Spagna e in Italia, il

luteranesimo nella maggior parte degli stati tedeschi, l'anglicanesimo in Inghilterra. Lutero fonda sulla Scrittura questa dittatura del sovrano civile in materia di fede e Giacomo I di Inghilterra, che si picca di essere un teologo, difende, malgrado le sue simpatie per il cattolicesimo, tesi del tutto analoghe.

Il fatto è però, che questo principio non è accettato dovunque. Gli scolastici spagnoli (Suarez, Vazquez, Mariana, o il cardinale Bellarmino) restano fedeli alla dottrina medievale della sovranità del papa in materia spirituale ed arrivano addirittura a esasperarla, fomentando la ribellione nei regni protestanti e arrivando a giustificare l'ipotesi del tirannicidio. Nel campo opposto, invece, i più fedeli seguaci di Calvino cercano di imporre la dittatura dei sinodi sulla vita religiosa. Una soluzione più moderata è quella che si è affermata in Francia, dove Enrico IV instaura un regime di tolleranza religiosa; è una soluzione, però, che non è accettata dai cattolici e di cui anche i protestanti non si accontentano che contro voglia. In tutti i paesi di Europa, il fuoco continua a covare sotto la cenere.

Cova pure nei Paesi Bassi, anche se questo paese ha aderito fin dagli inizi al calvinismo (*Confessio Belgica*, del 1562). Ma al partito repubblicano, sostenuto dalla ricca borghesia, e che inclina alla tolleranza, difendendo la sovranità del potere civile, si oppone il partito orangista, rigorosamente calvinista e partigiano della supremazia del sinodo (partito che cela per la verità l'ambizione dello Staatshoeder Guglielmo di Orange e delle classi popolari). È in questa violenta lotta interna che si trova coinvolto Grozio, che si schiera dalla parte dei repubblicani e che, a seguito della sconfitta di questi, viene imprigionato e costretto infine all'esilio. Tutti i paesi europei sono coinvolti da lotte e da conflitti analoghi.

Ai tempi di Grozio, però, comincia a verificarsi un fenomeno nuovo: il conflitto religioso tende a spostarsi dall'interno degli stati all'ambito delle relazioni *internazionali*. Le guerre di religione tendono a prendere questa nuova forma: più che guerre civili, divengono guerre che oppongono in Europa le grandi potenze cattoliche, come la Spagna e l'Austria, alle protestanti, come i Paesi Bassi, la Gran Bretagna, i principati luterani. In questo conflitto, la Francia mantiene un ruolo ambiguo. Nel 1618 scoppia la guerra dei Trent'anni, che finirà solo nel 1648, e durante la quale Grozio scrive il trattato sulla guerra e sulla pace, mentre si trova in Francia (e che conseguentemente dedicherà a Luigi XIII). La congiuntura politica viene quindi ad essere dominata più che dai conflitti interni dal fenomeno della guerra tra gli stati. È l'ultima conseguenza della frattura confessionale in Europa.

Nel Medioevo, le guerre trovano un possibile fattore di moderazione nell'unità religioso-spirituale dei popoli europei; l'arbitrato del papa e della chiesa poteva trovare una soluzione ai conflitti: ancora nel 1493, a Tordesillas, il papa aveva regolato la controversia tra Spagna e Portogallo per il possesso degli imperi coloniali. Questa via di uscita viene meno con

la riforma. Lo stato di guerra tende a installarsi come un fattore permanente delle relazioni tra gli stati e le sue violenze non conoscono più alcun limite; la guerra di religione è selvaggia, come dimostra la distruzione di Haarlem da parte dei cattolici e tutti i conflitti per l'indipendenza dell'Olanda. Altrettanto barbara sarà la guerra dei corsari sugli oceani e la guerra dei Trent'anni. Da entrambe le parti il fanatismo religioso è un fattore di violenza: i cattolici non hanno rinunciato all'idea di ristabilire il primato di Roma e in Olanda gli orangisti portano avanti contro la Spagna una guerra ad oltranza. Ma la borghesia commerciale, alla quale appartiene Grozio, sente il bisogno della pace, il bisogno di estendere, quali che siano le controversie teologiche, i suoi possessi coloniali; il bisogno di sviluppare il commercio, le arti, la cultura ed il lusso. Essa precorre la logica della ricchezza e della potenza, che sarà propria dell'Europa moderna. Grozio, avvocato della Compagnia delle Indie olandesi, diverrà l'avvocato della pace e dell'umanizzazione della guerra.

Se Grozio ha saputo dare a tutti questi problemi una risposta che è stata capace di rifondare completamente il sistema del diritto, è perché era una *rara avis*, un giurista dotato di una cultura generale, in grado di rimettere in discussione i principi dell'arte del diritto. Esaminiamo le componenti della sua formazione culturale.

Non si può dire che il *diritto romano* lo abbia influenzato in modo determinante, anche se Grozio fu un giurista e si sia iscritto a Leida alla Facoltà di diritto ed abbia ricevuto, ad Orléans, il titolo di *doctor utriusque juris*. (Nel 1640 per Molière sarà sufficiente fare un viaggio di andata e ritorno Parigi-Orléans e spendere un po' di soldi per ottenere i medesimi gradi accademici nella stessa facoltà).

Senza dubbio Grozio è un romanista. Ha letto il *Corpus juris civilis* molto meglio di quanto non facciano oggi i nostri civilisti e sa mettere a frutto le sue letture. Ma il diritto romano non è per lui che la materia prima, un po' come le colonne dei templi antichi servono ai costruttori dei palazzi moderni.

L'umanesimo non incita i suoi adepti che vogliono divenire giuristi a perdere tempo con lo studio dei testi giuridici romani o a disputare minuziosamente secondo lo stile dei bartolisti; né tanto meno pretende che la loro formazione debba avvenire solo all'interno delle facoltà di diritto. Gli inglesi ritengono tuttora che un buon avvocato non debba necessariamente essere laureato in legge. Per gli umanisti è sufficiente avere una conoscenza d'insieme del diritto romano, che, peraltro, possiede autorità solo nei limiti in cui coincide con la ragione universale. Grozio, nella sua *Introduzione al diritto olandese*, non esiterà a mescolare elementi provenienti dalla scienza giuridica romana con principi propri del diritto consuetudinario e con principi dedotti da altre fonti; la stessa cosa ha fatto Althusius e faranno in seguito Domat e Pothier. È proprio questa felice semi-ignoranza che gli consentirà di costruire un sistema giuridico nuovo e

di affrancarsi dalla vera tradizione romanistica, da lui mai dominata perfettamente; di riuscire, anzi, a far passare per romane soluzioni giuridiche che non appartengono al diritto romano storico, ma che sono prettamente moderne.

Grozio ebbe una formazione protestante. Mettere in dubbio il cristianesimo era per lui un'ipotesi fuori questione, anzi da non prendere nemmeno sul serio. Un gran numero delle sue opere fu dedicato a questioni religiose; ricordo il celebre *Trattato sulla verità della religione cristiana*, la sua «Apologia» personale, l'opera sul ristabilimento dell'unità tra i cristiani, la *Via ad pacem ecclesiasticam*, del 1642 e altre ancora.

Tutto il suo pensiero ha una dimensione religiosa; vedremo come il *De jure belli* sia pieno di citazioni tratte dai Padri e dalla Scrittura. Egli comprese perfettamente che la fonte dei conflitti, interni ed esterni, che laceravano l'Europa ai suoi tempi era di matrice religiosa; ed era perciò convinto che l'unica maniera per restaurare la pace in Europa era quella di aggredire il male alla radice, di passare, cioè, attraverso la teologia.

Per lui, i teologi sono ancora coloro che detengono la chiave della pace 2. Ma qual era la sua posizione in materia dogmatica? Non era strettamente calvinista, anche se nelle sue prime opere (come il *De jure praedae*) si può riscontrare l'eco dell'insegnamento di Calvino. In Olanda Grozio si schiera contro la setta dei Gomaristi, calvinisti stretti, che negano ogni merito umano e difendono le tesi più estreme di Calvino sulla predestinazione, e aderisce al partito degli *Arminiani*, che rifiutano di arrivare a questi estremi e cercano di salvaguardare, insieme con il merito, il possibile valore delle opere dell'uomo e la sua libertà. Gli orangisti sono gomaristi. La maggior parte dei repubblicani, che provengono dalla ricca borghesia, opta per la dottrina più moderata ed umana di Arminio. Grozio fu uno dei responsabili del Decreto del 1614, emanato dagli Stati di Olanda per cercar di ristabilire la pace delle chiese olandesi, decidendo a favore della tesi di Arminio.

Cacciato dall'Olanda, Grozio si batte per l'unione delle chiese in Europa. La sua ossessione è l'ecumenismo. Questi versi, composti in gloria del suo nome, dimostrano che non solo i calvinisti potevano fare le sue lodi, ma anche i luterani, gli arminiani, i sociniani, i cattolici, e perfino gli ariani (almeno per la metrica):

*Smyrna, Rhodes, Colophon, Salamis, Pylos, Argos, Athenae*  
*Siderei certant vatis de patria Homeri*  
*Grotida certant de religione Socinus,*  
*Arius, Arminius, Caloinus, Roma, Lutherii.*

Sotto un ritratto del 1727 leggiamo:

*Tel fut ce sage et sçavant homme*  
*Qui sans destination de Genève ou de Rome*  
*Confondit à la fois de fuif opiniètre*  
*Le Mahométan, l'Idolatre*  
*Et de la Loy du Christ prouva la vérité.*

In altre parole, Grozio, come teologo, non è molto rigido sui principi dogmatici. Se ne occupa, solo perché è pur necessario conoscerli se si vuole avere qualche possibilità di far fare la pace ai due partiti avversi. Allevato fin dalla prima giovinezza nel culto della Scrittura e avendo visto come i suoi maestri erano stati capaci di perdersi in inutili discussioni teologiche, Grozio non vuol trarre dai testi sacri altro che una *morale* di pace e di unione: «*Ab adulescentia institutus in sacris litteris, usus autem magistris non idem circa divina sentientibus, facile vidi id voluisse Christum, ut omnes qui ab ipso nominari et per ipsum beatitudinis compotes fieri vellent unum essent inter se*».

Importano poco i dettagli del dogma; ciò che è importante è la carità, la morale; il cristianesimo deve porsi al servizio dell'«uomo», come si dice ancora oggi. La teologia di Grozio si prefigge come scopo la pace temporale. Nel suo ultimo libro, Jacques Ellul annovera tra i «luoghi comuni» dell'ecumenismo di oggi la parola d'ordine: *politique d'abord*, e si domanda se l'obiettivo che dovrebbero prefiggersi le Chiese non sarebbe piuttosto quello di «comprendere e formulare la verità ... e condurre gli uomini a Gesù Cristo». Grozio sembra pensare invece che il ruolo delle chiese è quello di contribuire all'ordine, alla pace, al progresso.

L'ecumenismo di Grozio, nel suo tempo, è fallito. I suoi libri furono messi all'indice e sia Richelieu che Mazzarino gli hanno fatto una pessima accoglienza. L'epoca non era ancora matura per questo cristianesimo insipido, che l'opera groziana presagisce, e che si imporrà però ben presto, testimoniando una progressiva indifferenza nei confronti del contenuto dei dogmi della rivelazione. Si troverà facilmente ciò che bisogna conservare del messaggio evangelico: soprattutto ciò che viene confermato dalla Ragione e che è socialmente utile ... Grozio non è ancora su queste posizioni; egli è solamente proteseso verso questa versione futura del protestantesimo, ma già da questa breve esposizione delle sue posizioni teologiche si può verificare come egli sia stato più un umanista che non un calvinista.

Il fatto è che la cultura della grande borghesia olandese, quella nel cui seno sono fioriti un Erasmo, un Giusto Lipsio e uno Scaligero, è stata influenzata più che dal calvinismo dallo spirito *umanistico*.

Abbiamo già parlato dell'educazione umanistica ricevuta da Grozio e quanta parte della sua vita egli abbia dedicato ai lavori eruditi, alle edizioni dei tragici greci, dei poeti e degli storici latini. Grozio partecipa al movimento che recupera con entusiasmo un nuovo settore delle opere dell'antichità.

*Tutta la sua opera*, e non solo quella erudita, è dominata da questa influenza. Anche il suo pensiero religioso. Per provare l'esistenza di Dio e la verità del Vangelo Grozio fa appello alle dottrine dei sapienti stoici. È una sintesi che ricalca quella erasmiana tra Cicerone ed il Vangelo. Il fatto è che l'unità della chiesa cristiana dilacerata può essere ricomposta solo da

un cristianesimo semplificato, reinterpretato con l'aiuto della ragione stoica e che pur pretendendo di essere fedelmente evangelico è in realtà dominato dalla ragione e dalla morale degli stoici. Ciò che l'ecumenismo di Grozio ha conservato del cristianesimo sembra, purtroppo, essere in primo luogo lo stoicismo.

La medesima influenza è avvertibile nelle sue opere giuridiche. Grozio è il continuatore della giurisprudenza umanistica e soprattutto della dottrina del diritto degli scolastici spagnoli tutta influenzata dall'umanesimo. I trattati giuridici della giurisprudenza umanistica hanno questa caratteristica, che in essi si fa riferimento sia ai testi giuridici romani che alle fonti letterarie e filosofiche dell'antichità. Nel *De jure belli ac pacis* le citazioni tratte dal *Corpus juris civilis* si mescolano a quelle da Marco Aurelio, Seneca, Sallustio, Tacito, Lucrezio, Lucano, Ovidio, Tucidide, Plutarco, Sesto Empirico. Vengono citati perfino Omero e i tragici greci.

Quali sono, tra gli autori classici, quelli che maggiormente hanno influenzato gli umanisti? Lo sappiamo già. Grozio cita le tesi aristoteliche, il più delle volte però per confutarle e senza averle mai ben comprese; il suo sistema è dominato dall'influenza ciceroniana e soprattutto dalla filosofia stoica, che egli applica al diritto. Anche la filosofia di Platone ha qualche influenza sul suo pensiero.

Studiando il pensiero del cinquecento, non abbiamo dato il dovuto rilievo a quel considerevole evento culturale che fu la rinascenza del platonismo. Grozio gli è debitore della sua fede in un mondo delle idee, del suo gusto per una costruzione giuridica puramente ideale, di tipo geometrico. Quanto e più di Althusius, egli costruisce una scienza del *diritto* separata in linea di principio dalla scienza dei fatti. Dobbiamo ripetere qui un'osservazione già fatta: pur riunendo in sé le principali forze culturali dell'umanesimo del cinquecento, Grozio è già un precursore di Cartesio e dell'idealismo moderno. Non c'è soluzione di continuità tra Cartesio e i suoi immediati predecessori.

Il caso di Grozio è rivelatore per eccellenza dei rapporti tra filosofia e diritto che si instaurano agli inizi dell'epoca moderna: il diritto deve porsi alla sequela della filosofia. Non le vecchie dottrine teologiche medievali, o il rinascente agostinismo, o il positivismo luterano o alcuna altra dottrina confessionale sono in grado di ristabilire la pace nell'Europa frantumata religiosamente, né l'aristotelismo, ormai malato, né alcun altro metodo ereditato dalla tradizione medievale o dalla tradizione autentica dei giuristi romani; né altre metodiche praticate tradizionalmente da giuristi legati ad altre visioni del mondo. Il diritto non poteva essere ricostruito che a partire dai principi generali di quella nuova cultura, che cominciava a celebrare i suoi trionfi in tutta l'élite intellettuale di ogni paese europeo.

### 3. *Le prime opere di Grozio*

È arrivato il momento di prendere in considerazione le opere che Grozio ci

ha lasciato. Non abbiamo la possibilità di fermarci a studiare da vicino i suoi lavori eruditi, né i suoi scritti religiosi e teologici, per quanto numerosi.

La prima grande opera giuridica di Grozio è il trattato *De jure praedae*, composto nel 1604, e di cui Grozio non pubblicò che un estratto: il *Mare liberum*. L'opera complessiva, riscoperta verso la metà del secolo scorso, è ora finalmente accessibile agli studiosi.

La cosa più curiosa di questo libro sta nell'occasione per la quale è stato scritto e nelle fonti cui Grozio ha attinto nel redigerlo. Esso è nato a proposito di un evento molto particolare, il sequestro da parte degli olandesi nel 1603, nel distretto di Malaga, dell'imbarcazione portoghese *Catharine*: un affare concernente il diritto internazionale e tale da toccare gli interessi del grande commercio marittimo. La pirateria, non più temperata dalla comunione di fede religiosa, era esplosa su tutti i mari e ostacolava il nuovo sviluppo dei commerci e degli imperi coloniali. Grozio, che era in quell'epoca avvocato della Compagnia delle Indie olandesi, allarga il dibattito e mette in mostra la sua predilezione per le vedute di carattere generale e la sua attitudine a costruire sistemi; in particolare egli difende la tesi della libertà dei mari, quella che è maggiormente favorevole agli affari commerciali. A Grozio verrà una risposta da parte del giurista inglese Selden, autore del *Mare clausum*.

In quest'opera si può già apprezzare il metodo proprio di Grozio; del resto è frequente che già a vent'anni si possiedano vedute molto personali. Come risolvere i nuovi casi posti dalla storia? Il diritto romano non li ha previsti. Dato che l'Olanda è protestante, non si può ricorrere all'arbitrato del papa e non ci si può aspettare alcun aiuto dai teologi, che sono anch'essi ripartiti tra le diverse confessioni in conflitto. La dottrina del diritto di Aristotele, quella del *dikaion politikon*, non concerne i conflitti internazionali. Ed ecco che Grozio già si porta sul piano di una nuova teoria generale delle fonti del diritto (il libro si apre appunto con una *Pars dogmatica*). Egli enuncia una serie di regole, la prima delle quali ha ancora un tono calvinista, volontarista, biblicista: - «Quod Deus se velle significavit, id jus est». Ma non si tratta che di una formula, dalla quale non viene tratta alcuna conseguenza.

La vera fonte del diritto sarà la morale neo-stoica e la ragione. Dio ha iscritto nel cuore dell'uomo, «in sensibus animisque singularum», una legge comune, che vale per sua propria natura, «suapte natura» ed è indipendente dalle «opinioni» e dalle «consuetudini» particolari e si impone a tutti gli uomini nella stessa maniera, indipendentemente dalle frontiere; esiste infatti tra tutti gli uomini una parentela naturale, «naturalem inter se societatem esse atque cognationem»: sono gli stessi termini di Cicerone (*Dedicatio* del *Mare liberum*). Questa legge comanda la conservazione di ciascuno (*vitam tueri*), permette a ciascuno di procurarsi le cose utili alla esistenza e di impossessarsene («*adjungere sibi quae ad vivendum sunt*

*utilia eaque retinere*») e proibisce che nei rapporti reciproci ci si nuoccia («*ne quis alterum laedat*») e in particolare proibisce di impadronirsi della cosa altrui («*ne quis occupat alteri occupata*»). Questa legge comune obbliga altre sì a mantenere le promesse, donde la validità dei trattati internazionali. Le regole che avranno riscosso il consenso universale avranno valore di diritto: «*quod consensua hominum velle cunctos significaverit, id jus est*». C'è già in abbozzo il sistema del *De jure belli*, che prenderemo tra poco in esame.

Il secondo trattato giuridico di Grozio nasce anch'esso da un'occasione particolare. Grozio aveva collaborato al Decreto del 1614, col quale gli Stati d'Olanda, per restaurare nel paese la pace ecclesiastica (*pro pace ecclesiarum*), avevano preso partito a favore della dottrina teologica di Arminio. Gli orangisti rifiutarono di accettare questo decreto e negarono la competenza dello Stato a legiferare in quest'ambito; secondo il loro avviso, solo i sinodi avrebbero avuto competenza in materia di fede. Grozio risponde col trattato *De imperio summarum potestatum circa sacra*. La sconfitta del suo partito gli ha impedito di pubblicarlo, ma a partire dal 1647 se ne avranno ben cinque edizioni successive.

Si tratta in questo caso di conflitti di ordine religioso, che all'epoca di Grozio erano causa di disordini *interni* allo stato; di problemi quindi in qualche modo di diritto costituzionale, con i quali dovranno confrontarsi anche Hobbes e Spinoza. A chi spetterà regolamentare questo tipo di conflitti, così densi di portata politica, e che resteranno tali fino al diffondersi e al generalizzarsi dell'indifferentismo in materia di religione? Una volta abolita l'autorità di Roma, poteva essere sostituita da quella dei sinodi, come era successo a Ginevra e come pretendevano gli orangisti? O sarebbe stato necessario, come affermava la dottrina brutale di Lutero e di Giacomo I d'Inghilterra, rimettersi a Cesare? Grozio si è avvicinato a quest'ultima soluzione, ma con alcune sfumature: *nei limiti in cui* l'ordine pubblico è coinvolto, ed è in discussione la pace del paese, gli Stati d'Olanda hanno il diritto di imporre una disciplina religiosa e i sudditi devono sottomettersi. Altrimenti è inevitabile che scoppino nuovi conflitti di religione. Questo è il diritto *circa sacra* del potere civile sovrano: *summa potestas*.

Più o meno, è la stessa soluzione che ha prevalso in Francia, con l'affermarsi del gallicanesimo, anche se la Francia ha sempre professato la sua fedeltà al cattolicesimo. È probabile che, senza voler minimamente mettere in causa il carattere cristiano dello Stato, Grozio sia stato influenzato dal modello dello stato pagano, greco e romano, nel quale le autorità civili avevano anche un controllo generale sulla religione e sui culti. Perché non trasferire questo medesimo regime, abbastanza naturale, agli stati cristiani? È chiaro che Grozio si fida più che dei teologi, depositari dei dogmi rivelati, della ragione naturale dell'élite che sta al potere, della sua cultura, della sua umanità nutrita alle fonti

dell'umanesimo. Solo una simile ragione può garantire la pace tra le diverse sette religiose rivali; essa diviene una forza egemonica. La soluzione groziana, che secondo Wolf mira a costruire un diritto canonico naturale, *ein natürliches Kirchenrecht*, sembra - sempre secondo Wolf - avere caratteri più umanistici che calvinisti, *mehr humanistisch als calvinistisch*. Il primato dello stato sulla chiesa comporta il primato, nell'ordine politico interno, del diritto naturale razionale.

Rimane da parlare dell'opera composta durante la prigionia nella fortezza di Gorkum e molto utilizzata in Olanda, *l'Introduzione all'insegnamento del diritto olandese (Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid)*, pubblicata nel 1631 e di cui esiste una traduzione inglese. Quest'opera ci dimostra che la prospettiva di Grozio andava al di là del diritto pubblico; che egli è un vero continuatore dell'opera di Connan, di Doneau e di Althusius ed uno di quegli artigiani di quei diritti *comuni*, a metà tra il diritto romano e il diritto consuetudinario, sotto l'egida della ragione, che tendono a prendere il posto nell'Europa moderna dei molteplici sistemi giuridici dell'Europa medievale; e ancora che Grozio non è meno sensibile al disordine e alla confusione delle fonti nel diritto privato di quanto non lo sia per il diritto internazionale o il diritto costituzionale ed infine che il suo progetto di ricostruzione del diritto ha una portata universale.

Tutte le opere giovanili di Grozio non ci interessano però che come tappe preparatorie di quello che resta un classico della scienza giuridica moderna, il *De jure belli ac pacis*.

## II - Il diritto nel «De jure belli ac pacis»

Anche questo libro è nato per la forza delle circostanze: gli inizi della guerra dei Trent'Anni, il bisogno vitale avvertito da tutta l'Europa di limitare le guerre. L'opera persegue questo fine pratico e forse l'ha pure conseguito. Vi si tratta dell'essenza della guerra e di quella del diritto che la regola (libro I), delle cause della guerra giusta (libro II), del modo in cui essa è condotta (libro III). Apparentemente è un'opera di diritto internazionale, e questo spiega a sufficienza perché non se ne parli quasi che nei corsi di diritto internazionale; ma si tratta a mio parere di un modo molto restrittivo di considerarla.

Infatti il genio di Grozio va ben al di là delle nostre specializzazioni attuali; il suo è essenzialmente il genio della *generalizzazione*. Che egli abbia concepito a partire dal fatto guerra, sotto l'angolatura della guerra, la scienza del diritto è indubbiamente rimarchevole; è un indizio della sua aderenza ai problemi pratici del suo tempo, foriero di particolari conseguenze per l'insieme della sua teoria. Ma per Grozio la guerra non va considerata di per sé unicamente come guerra internazionale (non diversamente era l'uso medievale del termine: si consideri ad esempio il trattato tomista *De Bello* contenuto nella *Summa Theologiae*).

Grozio si è preoccupato di fare le opportune precisazioni fin dall'inizio del primo libro dell'opera, quando classifica le diverse forme di guerra: ci sono guerre «pubbliche», che pongono in conflitto tra di loro due stati, ma ci sono anche guerre «private», condotte e combattute da privati e che nel Medioevo erano ancora frequenti e che Grozio non arriva ad immaginare che siano scomparse o che possano mai scomparire: ci sono le violenze, gli assassini, i rapimenti; il duello fa ancora parte della consuetudine del tempo e nemmeno Richelieu arriverà ad estirparlo. Si ha infine un terzo genere, quello delle guerre «miste», con cui si designano le rivolte dei privati contro lo stato; nemmeno queste forme di guerra sono scomparse e Grozio ne sa qualcosa: dureranno quanto la natura dell'uomo. Insomma, sotto il titolo *de bello* si può prendere in esame la totalità del fenomeno giuridico: il diritto pubblico, tutti i problemi interni della sovranità, il diritto penale e sotto l'angolatura del diritto penale, dell'ordine e della pace da restaurare, perfino il matrimonio, le successioni, o gli effetti del possesso in buona fede. Tutto il diritto deriva dagli stessi principi generali.

Grozio aveva talmente consapevolezza della portata universale del suo trattato, che nella prefazione dichiara di voler continuare l'opera di sistematizzazione di tutto il diritto intrapresa da Althusius, Doneau e Connan. «Ho voluto in pari tempo - sola possibilità che a me, indegnamente cacciato da una patria con tante fatiche onorata, ormai rimaneva - recare con la mia privata attività un contributo alla giurisprudenza, che precedentemente ho praticato nei pubblici uffici con la massima possibile integrità. Prima d'ora, molti si sono proposti di dare ad essa una struttura organica, ma non vi è riuscito nessuno ...».

In ogni caso, il tempo ha confermato la portata universale del sistema di Grozio. Pufendorf e i suoi successori hanno adottato i principi groziani per costruire un sistema generale di diritto; né l'influenza del grande giurista olandese si è limitata agli studiosi tedeschi della «Scuola del diritto naturale» ... Per quel che ci riguarda, trascureremo le indicazioni di carattere particolare, come ad esempio quelle del terzo libro, che Grozio fornisce sulla condotta della guerra tra gli stati. Chiederemo al *De jure belli ac pacis* i principi di un sistema giuridico, che il genio di Grozio ha adattato alle situazioni della sua epoca e alla cultura nuova che veniva imponendosi; individuata l'anima del sistema non andremo alla ricerca dei risultati, da cui comunque emergerebbe il buon senso pratico dell'autore.

### 1. *La dottrina delle fonti*

Non è difficile comprendere fino in fondo quale sia la dottrina groziana delle fonti del diritto. Sotto certi aspetti, per il suo amore per la chiarezza e per l'ordine, Grozio è quasi cartesiano, anche se il suo stile, illeggiadrito da citazioni e da florilegi letterari, è più barocco che classico. Come nel *De jure praedae*, anche nel *De jure belli* egli definisce metodicamente quali siano i mezzi per ottenere la pace o per regolamentare la guerra e cioè quali

siano le fonti del diritto.

Peraltro, questa teoria delle fonti è stata soggetta a interpretazioni molto diversificate da parte della critica scientifica contemporanea e che spesso appaiono contestabili. Si rende onore a Grozio come all'inventore del diritto naturale. È un'opinione ancor oggi molto diffusa. Ma la nozione di diritto naturale era già ben conosciuta duemila anni prima di Grozio, in Grecia, e fu utilizzata nel diritto romano, nel Medioevo, nella scolastica spagnola. Grozio andrebbe piuttosto considerato come uno dei tanti che hanno *deformato* l'idea del diritto naturale, uno di quelli che hanno contribuito a cambiare il significato di questo termine. Credo che non si dovrebbe più trovare al giorno d'oggi alcuno storico che non convenga con quanto appena detto.

## 2. *La laicizzazione del diritto*

Fino ad una trentina d'anni fa si insegnava che l'originalità di Grozio consisteva nell'aver *laicizzato* la dottrina del diritto naturale. Questa affermazione non è del tutto priva di fondamento: tra stati che appartengono a confessioni religiose in lotta tra di loro solo un diritto naturale profano può imporre regole comuni capaci di mediare i conflitti. Lo stoicismo, con la sua dottrina della unitarietà della comunità umana, costituì in questa situazione un'ancora di salvezza. In un'epoca in cui l'assetto interno degli stati era ancora sordemente diviso tra credenti di opposte confessioni e che solo con fatica riusciva a cancellare i segni delle guerre di religione e a liberarsi progressivamente dal predominio dei chierici, soltanto l'accettazione di una regola comune desacralizzata poteva garantire l'ordine tra gli stati. Era indispensabile trasferire sul piano del diritto quel primato del pensiero razionale pagano, che si era affermato nella cultura umanistica. È quindi verissimo che, a differenza di alcuni suoi predecessori, come Althusius, Grozio ha fatto della dottrina del diritto naturale una scienza laica e profana, che gli ha garantito una grande fama presso i posteri.

Nella prefazione al trattato, leggiamo la celebre formula secondo cui tutte le norme di diritto naturale «sussisterebbero in qualche modo ugualmente anche se ammettessimo - cosa che non può farsi senza empietà gravissima - che Dio non esistesse o che Egli non si occupasse dell'umanità». *Etiamsi daremus non esse Deum*. «Dio stesso non potrebbe mutare in nulla queste norme, così come non gli è possibile fare in modo che due più due non dia quattro». I precetti della legge naturale si impongono a Dio, sono «a Deo necessarie praecepti». Questi sono i testi di Grozio conosciuti universalmente.

Non prendiamoli troppo alla lettera. Bisogna tener conto, tanto per cominciare, che Grozio ha alquanto esitato, prima di procedere in questa direzione. Agli inizi, aveva professato una dottrina ben più calvinistica, più vicina a quella di Althusius: «*Quod Deus se velle significavit, id jus est*»:

questa è la prima delle norme enunciate nel *De jure praedae*, e da cui risulterebbe piuttosto un diritto «sacrale», fondato sui testi della scrittura e sull'interpretazione che ne danno i teologi. Grozio in seguito ripudierà questo volontarismo, ma continuerà sempre a citare la Sacra Scrittura in appoggio alle proprie argomentazioni giuridiche. L'Europa del XVII secolo resta fundamentalmente cristiana; se non ha più il privilegio di una teologia unitaria, per lo meno riconosce un'unica fonte di fede, la Scrittura; e la Ragione cui fa appello Grozio resta nonostante tutto, come quella di Erasmo, una ragione cristianizzata, il prodotto dell'alleanza tra il cristianesimo e la cultura umanistica.

Ma soprattutto non cadiamo nell'errore di pensare che si sia dovuto attendere Grozio per «desacralizzare» l'idea del diritto naturale! La medesima formula di Grozio (*etsi daremus non esse Deum*) ricopia quasi alla lettera quella di diversi maestri della scolastica spagnola: Suarez, Gabriel Vazquez e prima ancora Gabriel Biel e Gregorio da Rimini. E quanto alla sostanza, quando San Tommaso si è rifatto alla dottrina aristotelica del diritto naturale, lo ha fatto proprio per restaurare la competenza dell'intelligenza naturale, contro gli eccessi nel senso contrario dell'agostinismo, contro il clericalismo dei successori di Sant'Agostino e la loro pretesa di dedurre il diritto dalla rivelazione divina. Il diritto naturale è profano nelle sue origini, almeno a partire da Aristotele. È molto strano che sia ancora diffuso il pregiudizio contrario.

Potrebbe anche darsi che la formula di Grozio derivi direttamente da un'espressione di Marco Aurelio: «Se gli Dei non si occupano di noi, il che non si può credere senza cadere nell'empietà, ... perché non posso decidere da me stesso? Spetta infatti solo a me decidere su ciò che mi conviene. E ciò che conviene a ciascuno è ciò che corrisponde alla sua costituzione naturale ... Ora, è proprio della mia natura essere ragionevole e socievole ...». Su questo punto lo stoicismo concorda con Aristotele e Marco Aurelio con San Tommaso.

### 3. *Il trionfo dello stoicismo*

Dato che questa «laicità» del diritto era molto discussa ai tempi di Grozio, sia dai protestanti che dai cattolici, riconosciamo, come un grande merito del giurista olandese, l'essersi schierato apertamente per essa, con quell'atteggiamento misto di fermezza e di prudenza che lo caratterizza. Se però bisogna ricercare nella sua opera un tratto assolutamente personale, lo individuerei nell'adozione della dottrina stoica delle fonti del diritto.

Si può davvero dire che questo rappresenti una vera scoperta? Dopo aver analizzato la rifioritura delle idee neo-stoiche nell'umanesimo cinquecentesco e le loro successive affermazioni negli scolastici spagnoli, in Bodin e in Althusius, non avremmo proprio il coraggio di parlare di novità. La grandezza di Grozio sta nell'aver saputo scegliere. Egli opta decisamente contro il diritto naturale classico a favore del diritto naturale

stoico.

Ho già detto che capita a volte che Grozio si rifaccia ad Aristotele e perfino che gli renda omaggio e che, malgrado tutto questo, egli ha perduto il retto intendimento della sua dottrina del diritto. Non c'è nulla di più lontano dallo spirito di Grozio che il dedurre il diritto dall'osservazione di quelle comunità politiche e di quei gruppi sociali che erano da considerare, per Aristotele, «naturali». È vero che all'epoca di Grozio la filosofia giuridica di Aristotele e di San Tommaso era in piena decadenza; essa era caduta nelle mani di cattivi interpreti che ne avevano falsato lo spirito, che si adagiavano su dottrine ripetitive, invece di seguire attentamente - come era richiesto dallo spirito stesso di questa dottrina - la *mobilità* della natura. Insomma la dottrina classica del diritto naturale era oramai una forza stagnante, appesantita dalla massa di argomentazioni giuridiche accumulate nei secoli dai giuristi, sia romani che medievali, e che la scuola ripeteva stancamente. Un rinnovamento del diritto, in questa epoca di rapida trasformazione sociale e culturale, non era più nelle possibilità di questa tradizione giusnaturalistica di matrice aristotelica.

Grozio non riesce più a capire esattamente quale fosse il cuore della autentica dottrina del diritto naturale e se ne colloca agli antipodi. Egli professa una radicale separazione tra il fatto e il diritto e riproduce quella dicotomia già abbozzata da Bodin, perfettamente espressa nelle opere di Althusius e che sarà caratteristica del pensiero giuridico moderno. Egli evita accuratamente di fondare il diritto sui *fatti* della natura esterna: «Dichiaro esplicitamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattar del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare». Non è più dello spirito del tempo dedurre il diritto dalla natura delle cose: bisogna andare alla ricerca di un'altra fonte del diritto.

Sulla determinazione di questa fonte, la dottrina di Grozio manifesta qualche incertezza. Sappiamo quanto numerose e diversificate siano state le letture di Grozio: gli scolastici spagnoli, la cui dottrina egli cerca di conciliare col protestantesimo, gli umanisti tedeschi e francesi, le fonti umanistiche classiche. Da un certo ramo della scolastica spagnola (Molina, Vazquez, e forse, anche se in parte, Suarez) Grozio ha preso l'idea che le regole giuridiche siano assimilabili a quelle matematiche: «Il diritto naturale è immutabile, al punto che non può essere modificato nemmeno da Dio ... Come neppure Dio può far sì che due per due non faccia quattro, così non può nemmeno far sì che ciò che per intrinseca essenza è male non sia male»; i principi della legge naturale hanno in se stessi la loro verità e sono così certi che nessuno potrebbe negarli: «*notiones tam certas, ut eas nemo negare possit*»; la loro evidenza è assoluta quanto quella delle intuizioni sensibili: «*principia enim juris ... per se patent at que evidentia sunt ferme ad modum eorum quae sensibus externis percimus*». Sembra quasi che essi derivino la loro autorità dalla stessa logica. Ecco un dato che

anticipa il cartesianesimo e che si potrebbe anche attribuire al platonismo di Grozio, a meno che non vi si voglia riconoscere il dogmatismo e il razionalismo degli stoici.

L'elemento che è assolutamente predominante nella teoria di Grozio è la tradizione stoica, come quella che emerge nel testo di Marco Aurelio che abbiamo citato poco fa, e soprattutto la lezione di Cicerone, che è stato il principale maestro della giurisprudenza umanistica. Le regole giuridiche andranno dedotte dalla natura dell'uomo: questo riferimento alla natura permetterà alla scuola nata dall'insegnamento di Grozio di conservare l'etichetta del diritto naturale, con l'implicita intesa che la natura cui si fa riferimento non va più intesa come la natura esterna all'uomo. Non c'è più diritto al di fuori del pensiero del soggetto divino o del soggetto umano. Grozio rifiuta (senza fare alcuno sforzo per capirla meglio) la tesi aristotelica, secondo cui il giusto risiede nelle cose stesse, mentre al contrario forza, prudenza e temperanza risiederebbero nel cuore dell'uomo. Il giusto non può riscontrarsi che nell'uomo ed anche la sua fonte è nell'uomo, nella sua ragione, dato che la ragione costituisce l'essenza della natura umana. Il diritto nasce «*ex principiis homini internis*». *Il diritto naturale è «dictamen rectae rationis».*

Giungiamo così al cuore della dottrina groziana. Ancora una volta, si può osservare come queste dottrine non dicano propriamente nulla di nuovo; le idee nuove, del resto, sono rarissime; ma Grozio ha comunque il merito di essere conseguente con se stesso.

#### 4. *Il primato della morale*

Andiamo più avanti. La fonte ultima delle norme giuridiche va rinvenuta nella moralità. Ricordiamo che Grozio ha ricevuto una formazione calvinista, temperata dalle influenze neo-stoiche: la ragione umana, in cui risiede la natura dell'uomo, gli detta una morale che Grozio confonde con i precetti della morale cristiana.

Non ci dobbiamo meravigliare nel vedere che in fin dei conti Grozio fa assorbire il diritto dalla morale: egli è un giurista la cui cultura riassume quella del XVI secolo, trasmettendola in legato ai giuristi dell'avvenire. Ora, i riformatori si preoccupavano di indirizzare verso la salvezza eterna la condotta degli individui, prescrivendo loro una vita conforme alla legge morale divina; il diritto era l'ultima delle loro preoccupazioni; essi pensavano generalmente al diritto come ad un elemento accessorio o ad una sanzione della morale. Analogamente si comportavano i direttori spirituali della scolastica spagnola, e gli umanisti neo-stoici, dato che la filosofia stoica, a Roma così come in Grecia, era stata essenzialmente una dottrina morale. Grozio, lettore di Cicerone, di Seneca, del Vangelo, più che della giurisprudenza romana, trova naturale citare ad ogni pagina del suo trattato i moralisti dell'antichità; se cita anche giuristi romani, è come se appartenessero tutti alla stessa famiglia, come se fossero operatori di grado

meno elevato della scienza morale. I barbarismi di Triboniano, e *a fortiori* quelli dei glossatori o dei bartolisti, meritano a suo avviso meno citazioni letterali delle grandi opere letterarie dell'antichità, che facevano la delizia degli umanisti. Grozio concepisce lo scopo ultimo del diritto come perfettamente coincidente con quello della dottrina morale. Da questo postulato deriva la seguente definizione del diritto: «*jus est ... regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est*».

I primi principi del diritto coincidono quindi con le regole morali iscritte nella coscienza umana, così come sono state evidenziate dalle opere dell'etica stoica. E in particolare vanno considerati quei doveri che attengono alla socievolezza, illustrati da Cicerone nel *De officiis*: «Fra le caratteristiche specifiche dell'uomo vi è la ricerca della vita sociale, ossia di una vita in comune - ma non qualsiasi, bensì pacifica e ordinata secondo la norma della ragione - con gli esseri della sua specie, che è ciò che gli stoici chiamavano *oikeios*, senso sociale ... questa attività, conforme alla ragione umana, rivolta a conservare la società, che abbiamo testé grossolanamente delineata, è la fonte del diritto propriamente detto: il quale comprende l'astenersi dalle cose altrui, la restituzione dei beni altrui e del lucro da essi derivato, l'obbligo di mantenere le promesse, il risarcimento del danno arrecato per colpa propria e il poter essere soggetti a pene tra gli uomini». Ritorniamo su questo testo, che Grozio ha accuratamente posto all'inizio della sua opera e che con ogni evidenza ha tratto dal *De officiis*: si tratta infatti del testo chiave di tutto il sistema giuridico groziano.

Si potrà obiettare che, con le considerazioni precedenti, abbiamo eccessivamente semplificato la dottrina delle fonti del diritto. È ben vero che gli assiomi, che abbiamo ricordato, non sono sufficienti, in pratica, se non si tiene anche conto di tutta una serie di regole che, senza poter essere dedotte rigorosamente da quei primi principi, trovano il loro fondamento nel consenso universale dell'umanità: si tratta delle norme che vengono a comporre il cosiddetto *jus gentium*. Ci si rifarà, ancora una volta, all'insegnamento dei sapienti dell'antichità, di Plutarco, di Euripide, di Seneca, e ovviamente, dei giuristi romani, dato che la loro dottrina in genere coincide coi precetti della ragione, anche quando insegnano che è giusto diventar padroni di un paese per diritto di conquista o ridurre in schiavitù i prigionieri di guerra. A questi principi la ragione cristiana non fa altro che apportare qualche integrazione. Ad essi andranno poi aggiunte tutte quelle regole, la cui autorità deriva da uno degli assiomi menzionati nel testo precedente, cioè dal dovere di mantenere la parola data. Da qui procede il «diritto volontario», cioè tutto il diritto positivo proprio di ogni gruppo sociale particolare: esso ha «per madre» la concorde volontà di tutti gli individui, e «per nonna» la natura umana, comprendente sempre la ragione e la legge morale che obbliga a rispettare gli accordi.

Il «diritto volontario» non occuperà peraltro un posto di rilievo nella trattazione groziana del diritto internazionale. «*Inter hostes scripta quidem*

*jura id est civilia non valere*». Egli lo cita, ma non tanto per servirsene, quanto per liberarsene: per i giuristi della scuola cui anche Grozio appartiene, il vero problema è quello di liberarsi da alcune soluzioni giuridiche tipicamente romanistiche, che non corrispondono più ai bisogni della società borghese moderna o che appaiono alla nuova mentalità che si è venuta imponendo insufficientemente razionali; si ritiene insomma indispensabile ridurre al minimo l'influenza dei testi romani. Sarà sufficiente classificare quelle norme, cui non si vuol dar più rilevanza, tra quelle del «diritto volontario», specifico dell'antico mondo romano. In questo modo Grozio scarta (come farà poi anche Domat) il diritto successorio romano o i testi romani avversi al consensualismo. In tal modo, sceglie nel diritto romano ciò che gli fa più comodo, e in particolare ciò che gli appare più razionale e costruisce il nuovo diritto «naturale» dell'Europa moderna.

Lo *jus gentium*, cioè l'insieme di regole che si fondano sul consenso universale degli uomini o che attestano l'autorità dei giuristi romani, le regole di «diritto volontario», il contratto sociale che fonda il regime politico degli stati moderni, patti e trattati forniscono il materiale del sistema di Grozio. Ma tutto lo sforzo della sua dottrina è quello di ricondurre fittiziamente tutte queste regole ad una fonte originaria, la ragione, cioè alla legge morale.

##### 5. La morale e lo «*jus belli*»

La *moralizzazione* del diritto: è questo l'esito - non saprei se qualificarlo o no come paradossale - del movimento razionalistico. In un certo senso, questo aspetto della dottrina groziana si spiega per il fatto che egli si occupa della *guerra*, sia della guerra civile interna che soprattutto della guerra tra stati. In questo ambito, la competenza esclusiva della legge morale costituiva un'antica tradizione. Resta da verificare in che misura Grozio abbia attinto a questa tradizione e come eventualmente l'abbia integrata.

L'anno passato, nell'Istituto di diritto romano della nostra Facoltà, abbiamo ascoltato una conferenza di Chamoux, dedicata a dimostrare come nella Grecia antica mancasse un diritto internazionale. Esisteva, sì, una *morale* internazionale, già presente in Omero, ma non un vero e proprio *diritto* internazionale. La differenza, che potrebbe sembrare sottile, è perfettamente esplicitata nella dottrina di Aristotele, che attribuisce al diritto in senso stretto (*dikaion politikòn*) la precisa funzione di attribuire a ciascuno il suo, il che non si può fare, pensa Aristotele, che all'interno della città, la sola entità che sia organizzata per espletare questo compito. Tra le città non ci possono essere che doveri morali più generici, come quelli di umanità, carità, amicizia, misericordia; ma manca assolutamente la possibilità di parlare di una ripartizione rigorosa di beni.

Nemmeno Roma ha conosciuto un vero diritto internazionale, nel senso

moderno del termine. Lo *jus gentium* fu tutt'altra cosa, anzi diverse altre cose. Per ciò che concerne il Medioevo, è ben significativo che all'interno di quella enciclopedia di conoscenze medievali che è la *Summa Theologiae* San Tommaso abbia inserito un celebre trattato sulla guerra; egli però non lo ha affatto posto all'interno della sezione della Summa in cui si studia la giustizia e in cui si analizzano i temi del diritto, ma in quella che è dedicata alla *carità*, alla virtù di carità, il cui frutto è la pace. Dico dunque che esisteva un'antichissima tradizione dottrina *morale* in ordine ai rapporti internazionali; una tradizione che continua nei trattati teologici della scolastica spagnola, in quelli che furono i maestri di Grozio, cioè Vitoria, de Soto, Suarez.

Dunque, non c'è nulla di strano nel fatto che Grozio abbia fatto ricorso a principi etici per la regolamentazione della guerra e della pace; egli non faceva altro che seguire le vie dei suoi predecessori. La differenza però sta in ciò, che Grozio, da parte sua, affronta queste tematiche con ben altre ambizioni. In primo luogo egli le sottrae all'ambito della teologia, come era assolutamente indispensabile, data la divisione confessionale dell'Europa e l'impossibilità di utilizzare dottrine confessionali per una politica di riconciliazione. Ma soprattutto egli vuole studiare la questione della guerra tra gli stati, utilizzando argomenti rigorosi e precisi, argomenti, insomma, strettamente *giuridici*. Si contesta a volte a Grozio il merito di essere stato il fondatore del *diritto* internazionale, dato che egli ebbe alcuni precursori, come Vitoria, Suarez o Alberico Gentili; ma a me sembra che egli se lo meriti tutto, essendo stato il primo che ha spostato la trattazione delle questioni internazionali dall'ambito della morale a quello del diritto.

Aggiungiamo un altro fatto e cioè che il trattato *De jure belli ac pacis* affronta altresì tematiche di diritto interno, anche di diritto civile e che i giuristi successivi utilizzeranno il suo metodo, i suoi principi, il suo ordine, i suoi programmi, per costruire un sistema capace di comprendere in sé la totalità del diritto. La decisione groziana di porre la regola morale al vertice delle fonti del diritto porta a conseguenze giuridiche.

## 6. Il sistema di Grozio

Che la scienza del diritto, grazie anche all'equivocità del termine giustizia, venisse confusa con la morale stoica nelle opere ciceroniane, aveva nell'antichità una rilevanza minima: i giuristi romani non si sono mai inoltrati troppo in questa direzione. È già un fatto un po' più grave che la giurisprudenza umanistica, inebriata dalla lettura degli autori della letteratura antica, abbia trasfuso la confusione ciceroniana nei propri trattati di diritto. Ma si trattava di trattati essenzialmente di carattere teorico. L'opera di Bodin sul diritto (*Juris universi distributio*) è solo un tentativo molto astratto ed esoterico, mentre l'opera giuridica di Althusius è estremamente pesante e scolastica, e tale oltre tutto da concernere solo la dimensione linguistica del diritto. Grozio, al contrario, fu un giurista nel

sensò piú pieno del termine; fu piú uomo d'azione che teorico; fu sempre psicologicamente libero nei confronti della tradizione ed abbastanza audace da innovarla. Il suo merito, l'abbiamo appena detto, non è quello di aver inventato idee nuove; non c'è nulla nei suoi scritti che non si ritrovi già nella dottrina di Bodin, di Suarez, di Althusius o che non rimonti al cristianesimo e allo stoicismo; ma è tutto suo il merito di aver risposto, partendo da queste basi, ai nuovi bisogni del suo tempo, rinnovando il diritto da capo a piedi. C'è in Grozio la *congiunzione* di una teoria delle fonti del diritto con le finalità pratiche, che sono proprie della sua epoca. Da questa unione nasce un diritto nuovo nello scopo, nella forma, nella generalità delle sue norme, nella struttura sistematica e perfino nel contenuto.

Cominciamo con qualche parola sullo *scopo del diritto*. Aristotele aveva insegnato che la ragion d'essere del giurista era la ricerca del «giusto» e i suoi discepoli avevano definito il diritto come l'«*id quod justum est*». Grozio conosce e ripete questa definizione so, ma non la utilizzerà quasi mai; vedremo che al posto di questa ne usa altre simili, di tipo piú moderno; in fin dei conti egli la corregge e non l'accetta tale e quale. La ricerca di una giusta distribuzione dei beni sarebbe decisamente un obiettivo troppo ambizioso per il giurista, che non rientra nei suoi compiti o che addirittura per lui non ha alcun senso. Grozio scarta la giustizia «distributiva» dal campo del «diritto propriamente detto» e non ha nemmeno il senso della giustizia «commutativa», cui sostituisce, tradendo lo spirito di Aristotele, una «*iustitia expletrix*», la sola suscettibile di giungere a soluzioni abbastanza nette e tali da far fare pace agli avversari. Analogamente, Grozio non è piú in grado di comprendere la dottrina aristotelica, secondo la quale il giusto consiste in un «giusto mezzo»: se il mio ereditare si accontenta di accettare una somma inferiore a quella che gli devo al «giusto prezzo» è libero di farlo. L'ordine pubblico non ne sarà certo turbato. Il giurista se ne lava le mani.

Qual è il ruolo del giurista? Non è quello di andare alla ricerca della giusta parte che spetta a ciascuno. Non è un ruolo speculativo. È un ruolo attivo, utile: è quello di contribuire all'estinzione di disordini e violenze. È molto significativo che Grozio consideri il diritto sotto l'angolo visuale della guerra, della violenza (pubblica o privata), alla quale bisogna mettere assolutamente un freno. È questo il compito cui si deve dedicare specificamente il giurista, secondo quella morale attiva insegnata dal neo-stoicismo (e di cui si nutriranno sia Bacone che Cartesio).

È vero che questo compito il giurista non può assolverlo altrimenti che facendosi difensore e gendarme delle regole morali. Egli non entra in scena, ci dice Grozio, che quando esiste un attentato alla legge morale, una violazione della legge morale, un'ingiustizia nel senso stoico del termine, che stia a lui rettificare. «*jus quod injustum non est. Est autem injustum quod naturae societatis ratione utentium repugnat*»:

Grozio in tal modo corregge la definizione classica. Il fatto è che la morale diviene lo strumento dell'ordine e della pace sociale. Dietro la dottrina di Grozio possiamo rinvenire il presupposto implicito secondo cui l'osservanza delle regole morali sarebbe sufficiente a far regnare l'ordine e che tutti i disordini sociali nascerebbero da violazioni delle regole etiche. La morale, insomma, è finalizzata all'ordine e alla pace. Le nuove classi dirigenti europee esigono che si torni alla pace, civile ed internazionale, ad una condizione che garantisca la sicurezza dei possessi individuali. La morale stoica è adatta a rendere questo tipo di servizio, a condizione, come vedremo tra breve, di essere un po' manipolata. La borghesia europea non chiede proprio nient'altro al diritto.

### 7. *Le regole generali fondamentali*

È per rispondere a questo scopo pratico che il diritto assume in primo luogo la forma di un sistema di regole generali. Ritorniamo al testo che abbiamo già visto posto all'inizio dell'opera e a proposito del quale abbiamo detto che contiene la chiave per capire tutto il resto. Il dovere di socievolezza, dice Grozio, è la fonte «del diritto propriamente detto, che si riduce in generale a questo: astenersi religiosamente dai beni altrui e restituire il profitto che se ne è conseguito o che si ha tra le mani. Essere obbligati a mantenere la parola data e riparare i danni commessi per propria colpa». Si tratta di tre massime dedotte da Cicerone e nelle quali si riassume il diritto. Si tratta di un testo in apparenza banale, ma che non è banale trovare in un'opera *giuridica*: penso anzi che si tratti di un fatto veramente notevole nella storia del *diritto*. D'ora in poi vediamo poste al vertice del sistema giuridico tre regole, di cui va rilevata l'estrema generalità. Le ritroveremo nello stesso ordine (dato che esse guidano tutta la sistematica del secondo libro dell'opera) nei capitoli che trattano rispettivamente del diritto di proprietà, che ci comanda di astenerci da ogni aggressione nei confronti di un bene altrui, del diritto di credito contrattuale e dell'obbligo morale di rispettare gli accordi e finalmente del risarcimento dei danni. È qui la fonte remota dei tre articoli, di cui si dice usualmente che costituiscono le colonne del Codice civile francese: l'art. 544, sul diritto di proprietà, il 1134 sul contratto e il 1382. Ecco tre massime morali, che si sono tradotte in norme giuridiche.

Il metodo di Grozio consiste nel fondere diritto e morale, nel dedurre il diritto, *a priori*, dai principi della ragione morale: nel fornire al diritto, rapidamente, delle regole. Il diritto diventa risolutamente regola e norma. Dopo aver citato brevemente e aver criticato la vecchia definizione di *jus*, Grozio insiste sul secondo senso di questo termine, il senso per cui *jus* significa *legge*, «regola razionale che dirige la condotta umana», *regula actuum moralium*. È proprio della morale stoica il consistere in regole; essa presagisce l'analisi che farà Kant della moralità, che viene a consistere in regole dedotte dalla ragione e che devono ordinare i fatti nel nome della

ragione da cui esse provengono; regole indipendenti, dunque, dai fatti, installate orgogliosamente ad di sopra dei fatti particolari, valide universalmente, applicabili sia al diritto privato che al diritto internazionale, immutabili e valide in ogni luogo, in qualunque circostanza. Tali sono le tre regole generali, che abbiamo citato, e che sono poste all'inizio dell'opera giuridica groziana.

La storia del diritto al giorno d'oggi è così poco studiata, che i miei lettori avranno qualche difficoltà a riconoscerne la novità. Peraltro io non sono affatto sicuro che le tre predette massime stoiche di moralità si possano trovare in qualche precedente opera *giuridica* (facendo eccezione, ovviamente, da opere come quelle di Vitoria o di Suarez, e forse anche di Calvino, che attenevano ancora alla teologia morale) o almeno che vi si sia messa in rilievo, come nell'opera di Grozio, la possibilità di utilizzarle per il diritto. A Roma, anche nei trattati giuridici, non c'è posto alcuno per queste massime. Esse possono rinvenirsi, e chiaramente, in Cicerone o in Seneca, ma non nel *Digesto* o nelle *Istituzioni*. I giuristi romani, ad esempio, si sono senza dubbio avvicinati, nello sviluppo della teoria del *damnum injuria datum*, alla formulazione generale dell'art. 1382; ma si sono ben guardati di elaborare una simile formula generale. Analogamente non sono arrivati (o almeno non si sono soffermati nella dottrina che è rappresentata nel *Digesto*) alla formula generale del consensualismo. A parte l'ambito ben definito in cui dominano le «determinazioni» del diritto positivo (che sono in gran parte arbitrarie), i romani diffidavano delle regole; non pensavano proprio che le soluzioni giuridiche dovessero essere dedotte da regole: *ius non a regula sumatur, sed a jure quod est, regula fiat*. Una cosa è il metodo casistico, che deduce il diritto dai casi particolari e lo adatta ad altri casi particolari - come fa la filosofia classica del diritto naturale -, altra cosa è il metodo di Grozio che deduce il diritto dalla ragione.

Non si tratta solo di forme diverse, che non hanno conseguenze pratiche. Facciamo un esempio: il giudice romano non è vincolato da nessuna norma - elaborata magari dalla dottrina - definitoria del *furtum*. Il giudice moderno, al contrario, sarà vincolato da regole generali: in linea di principio egli dovrà (e nel XIX secolo lo farà davvero) condannare, in nome del rispetto della regola che tutela il diritto di proprietà, chi ha rubato un pezzo di pane, o obbligare, in nome dell'art. 1382, chiunque abbia arrecato un danno per sua colpa a risarcirlo.

Simili regole non derivano da un semplice processo di astrattizzazione o di semplificazione operato a partire dai testi giuridici romani; nascono invece dall'iniezione nel diritto di un corpo estraneo, quello della morale. Esse comunque si installano da dominatrici nel regno del diritto. Ecco il portato del trionfo effettivo riscosso con Grozio dalla dottrina ciceroniana delle fonti del diritto. Sono convinto che questo trionfo abbia danneggiato grandemente la giustizia ed il diritto; le sentenze saranno meno eque, meno

calibrate sulle circostanze particolari di ogni controversia; la «giurisprudenza» verrà a perdere la propria autonomia, i giudici saranno costretti a seguire pedissequamente tutte le leggi elaborate astrattamente dalla dottrina (e alle quali in seguito il legislatore concederà il suo avallo). Il fatto è che l'Europa moderna non ha più interesse per la giustizia, nel senso aristotelico del termine. Essa si interessa di altre cose. Questa metamorfosi del diritto viene incontro ai desideri, ai bisogni della classe borghese dedita ai commerci, che pretende sicurezza nelle transazioni commerciali e garanzie per le sue ricchezze, che vuole un diritto strettamente regolamentato, rigido, prevedibile nelle sue applicazioni. Ritorneremo più avanti su tutte le conseguenze di questo nuovo atteggiamento.

#### 8. *Lo sviluppo del sistema*

È chiaro che il sistema di Grozio non si esaurisce nelle tre norme di carattere generale che abbiamo appena enunciato. Contiene tutto un pullulare di norme, numerose e molto dettagliate. Grozio, ad esempio, indica con precisione, nel secondo libro, in quali casi è lecito fare la guerra; nel terzo analizza come essa debba essere dichiarata, come debba essere condotta, quale debba essere la sorte dei prigionieri, del bottino, delle terre conquistate, ecc. È dato che l'opera va al di là dell'ambito del diritto internazionale, contiene altresì una gran quantità di regole attinenti a molti altri ambiti del diritto.

Questa proliferazione delle norme sarà un altro dei tratti caratteristici della cultura giuridica dell'Europa moderna e un portato della «razionalizzazione del diritto». Non è la prima volta che constatiamo un fenomeno di questo genere; ne avevamo rilevato uno analogo nella scolastica spagnola e particolarmente in Suarez: invece di dedicarsi alla teoria pura, di consacrarsi, come San Tommaso, ad un'opera speculativa, il gesuita spagnolo adempie ad un compito pratico e utile, prescrivere al principe la condotta che deve tenere in ogni circostanza. Anche sotto questo profilo, Grozio segue l'esempio della scienza morale del suo tempo, dominata dalla *casistica*, la scienza morale gesuitica, contro la quale si leveranno i terribili attacchi di Pascal, vent'anni dopo il *De jure belli ac pacis*. Il compito che si prefigge lo studioso di casistica (e che per Pascal è vano e fittizio, ma può darsi che egli non ne abbia ben colto la vera e propria debolezza metodologica) è quello di applicare la regola morale alla moltitudine dei casi individuali della vita pratica, traendo da norme di carattere generale, per via rigorosamente deduttiva, un sistema di norme particolari. Secondo la critica di Pascal, la voluminosa opera dei casisti sarebbe servita soprattutto a far prosperare l'ipocrisia; non potrebbe essere diversamente in una morale di carattere legalistico, che non ammette come fondamento della vita morale altro che la regola.

Un lavoro analogo è quello compiuto da Grozio col suo trattato in ordine al

diritto, dato che per lui il diritto non è altro che un settore della morale. Ho già detto come Grozio abbia avuto coscienza di continuare l'opera intrapresa da Connan, Doneau, Althusius in ordine alla sistematizzazione del diritto e come abbia creduto di essere riuscito, là dove tutti i suoi precursori avevano fallito, a dare cioè alla scienza del diritto la forma di un sistema bene organizzato, di un'*ars*, secondo l'espressione ciceroniana: «*artis formam ei imponere multi ante destinarunt: perficit nemo*». Il fatto è che le aspirazioni dei primi autori di sistemi erano solamente didattiche; il loro obiettivo era solo quello di catalogare in modo utile le soluzioni giuridiche tradizionali, utilizzando a volte l'ordine tripartito delle *Istituzioni* (salvo a deformarne il significato), e cercando a volte di costruire ordini sistematici del tutto nuovi. Quando abbiamo studiato Althusius, abbiamo sottolineato come egli abbia adottato come strumento logico il metodo ramusiano e che la sua ambizione era solo quella di riuscire a classificare i termini del linguaggio giuridico e le soluzioni della giurisprudenza colta. Queste soluzioni venivano però, in genere, rispettate.

Dato invece che Grozio opta in maniera assoluta per l'assimilazione del diritto alla regola morale razionale e ne sfrutta audacemente tutte le conseguenze, può usare un metodo ancora più ambizioso, che consiste nel *dedurre*, a partire dai primi assiomi della morale razionale, la serie delle regole giuridiche. È così che il diritto acquista l'aspetto di una catena deduttiva di norme, la forma di un sistema *assiomatico* e che anche nel contenuto viene ad asservirsi alla logica.

La logica di Grozio richiederebbe un esame circostanziato, che ci farebbe constatare, ancora una volta, che lo spirito di Cartesio è già presente nel *De jure belli ac pacis*, che anticipa di circa dieci anni il *Discorso sul metodo*. L'opera di Grozio è dominata dall'amore per l'«evidenza» e per l'«ordine», elementi che appaiono ulteriormente marcati nella traduzione del *De jure belli* fatta da Barbeyrac. «In tutta l'opera io mi sono proposto soprattutto tre intenti: rendere il più evidente possibile i motivi delle mie conclusioni, disporre in ordine rigoroso gli argomenti da trattare e distinguere con chiarezza gli argomenti che potevano apparire i medesimi e non lo erano». Prima ancora di Cartesio, vediamo in queste affermazioni l'infiltrazione della logica deduttiva del diritto. Il disegno di Grozio è di *dimostrare* le regole giuridiche disponendole in buon ordine, collegandole deduttivamente ai primi principi «evidenti» della ragione e della morale.

Detto questo, non lasciamoci ingannare. Come i casisti hanno l'abilità di far pervenire le loro conclusioni sempre al risultato desiderato e cioè, secondo la critica di Pascal, di facilitare e rendere gradevole l'esercizio della morale cristiana, analogamente si può riscontrare che Grozio riesce sempre ad arrivare con i suoi ragionamenti deduttivi a soluzioni accettabili. Quando la logica deduttiva si installa nella scienza del diritto (alla quale essa non si confà affatto, come non si confà alla vera scienza morale), ciò non avviene mai senza il ricorso a qualche sotterfugio menzognero. Per giustificare una

soluzione che gli sta a cuore, Grozio dispone di un arsenale variegato di argomentazioni sofisticate, la principale delle quali è il ricorso al postulato del preteso *consenso* dei sudditi. Quando abbiamo studiato la dottrina groziana delle fonti del diritto, avevamo già osservato come Grozio abbia l'abilità di *integrare* nel suo sistema di diritto razionale un gran numero di regole dedotte sia da un preteso *jus gentium*, sia da un preteso *diritto volontario*.

Lo stesso Grozio ammette che non è possibile dedurre, in un colpo solo, *a priori*, l'insieme delle soluzioni giuridiche dai tre assiomi principali, la cui evidenza sembrava razionalmente indiscutibile. Egli confessa altresì di aver fatto ricorso, a titolo sussidiario, ad un metodo che egli chiama *a posteriori*. Anche in questo caso si presagisce Cartesio, quando egli trova il modo di fare appello all'esperienza. È sufficiente che si stabilisca di fatto che una certa norma riscuote da tempo immemorabile il consenso della «universalità degli uomini» - o quello della maggioranza dei sapienti - per poterla *presumere* come razionale. Ad esempio, la quasi totalità degli uomini hanno praticato da sempre una qualche religione: questa è una prova dell'esistenza di Dio. Analogo discorso si può fare a proposito del fatto che tutti i popoli hanno riconosciuto che si deve rispettare la persona e i beni degli ambasciatori.

La stessa cosa si può dire per le soluzioni che sono adottate dai giuristi romani. Il sistema di Grozio è pieno, di fatto, di soluzioni romanistiche, o almeno di quelle che lo stesso Grozio ha *scelto* nel diritto romano e che ha deciso di attribuire a quella parte del diritto romano che andrebbe considerata razionale e non volontaria. Si *presume* che sarebbe possibile dimostrare la razionalità di queste norme; nell'attesa, ci si accontenta di fondarne l'autorità sui grandi giureconsulti romani.

Grozio a volte utilizza un altro artificio. Il consenso universale non è solo un indizio di probabile razionalità; esso può anche essere, in virtù del diritto naturale, la fonte di «diritto volontario». Non è infatti uno degli assiomi che tutti riconoscono immediatamente come razionalmente evidenti quello per cui si deve mantenere la parola data? Ad esempio, gli «uomini» hanno deciso di istituire la proprietà e di rispettare sempre i diritti del primo occupante; hanno convenuto di fondare lo stato e di non attentare mai alla maestà del sovrano e di non opporre resistenza ai suoi ordini. Secondo Grozio, essi avrebbero *universalmente* stabilito una molteplicità di altre regole ancora. Come poter dubitare dell'autorità giuridica di queste soluzioni, dato che gli uomini devono mantenere le promesse fatte?

In tal modo Grozio è in grado di incorporare nel suo sistema una enorme quantità di dati giuridici positivi, appartenenti alle istituzioni del suo tempo. Il sistema giuridico, di cui egli si fa maestro, è di fatto stranamente conformista: ammette l'assolutezza del potere sovrano, rigetta il diritto di resistenza, riconosce il diritto di conquista ... Tutto questo è di per sé abbastanza arbitrario, ma viene ammesso nel sistema in nome del consenso

popolare. Noi, da parte nostra, riteniamo di aver il diritto di dubitare che tale consenso ci sia mai stato. Il razionalismo giuridico, per ottenere soluzioni praticabili ai problemi del diritto, è costretto a ricorrere a *presupposti* gratuiti; il sistema viene così costruito più che su assiomi veramente razionali su postulati arbitrari, che vengono surrettiziamente inseriti nel corpo della dimostrazione, come il *mito* del contratto sociale, del consenso universale o della saggezza di alcuni testi giuridici romani. Il diritto razionale sta moderno si fonda su *miti*, implica premesse false e non è solido che in apparenza.

Ma tutto ciò non importa, quando l'apparenza è salva. Questa è sufficiente a far accettare un insieme di soluzioni nuove, e provvisoriamente utili, come giuste e rivestite dell'apparenza di una moralità rigorosa e di stretta razionalità. Come la coscienza del fedele è sufficientemente appagata dalle fallaci deduzioni dei trattati di morale casistica, allo stesso modo l'Europa trova il proprio profitto ad accettare le conclusioni di Grozio, dato che, in pratica, esse tendono tutte al ristabilimento della pace, alla tranquillità pubblica, alla sicurezza dei beni. Se c'è una cosa che non può proprio essere negata, è la qualità *pragmatica* dell'opera di Grozio.

#### 9. *Il contenuto del sistema: i diritti soggettivi*

Eccoci dunque giunti all'essenziale, ai *risultati* di questo sistema assiomatico, o che pretende di essere tale. Non c'è bisogno di sottolineare ancora i servizi che esso ha reso al diritto internazionale, di cui non si può peraltro misconoscere né il valore né l'utilità: appoggiandosi su quella filosofia, che era stata fatta propria dalle nuove élite culturali umanistiche e che professava l'esistenza di una società universale del genere umano e sintetizzando questa filosofia con la visione cristiana del mondo, Grozio riuscì effettivamente a far accettare all'Europa, nella misura in cui ciò era possibile, regole capaci di moderare la violenza delle guerre e di ridurre la frequenza. In questa sede non possiamo occuparci che delle conclusioni che interessano l'insieme del sistema giuridico. Considereremo in particolare il secondo libro del *De jure belli*, in cui si studiano i *diritti*, la cui lesione autorizzerebbe il ricorso alle armi. Sia che si tratti dei diritti dello stato o dei diritti degli individui, la teoria è la medesima: di qui la portata generale di questo secondo libro. Non è un caso che qui va rinvenuta (insieme alle premesse generali al primo libro, quelle sul metodo, sullo scopo e sulle fonti del diritto) la fonte di ispirazione della dottrina della futura «Scuola del diritto naturale».

Cominciamo con la teoria dei diritti soggettivi. Ho già avuto l'occasione di dire altrove che Grozio è l'autore di una definizione, particolarmente precisa e molto celebre nella scienza giuridica tedesca, del diritto: «*Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*». Il diritto diventa cioè una *qualità della persona*, che la rende atta a possedere o a compiere determinate azioni, senza che ne venga offesa

la morale. Più avanti, Grozio definisce il diritto «in senso stretto» come una *facultas* o una *potestas*. Grozio sa bene che questa definizione non è quella dei giuristi romani, che non conoscevano questo termine astratto per designare il diritto del soggetto sulla cosa che è *sua* («*Facultatem juris consulti nomine sui appellant: nos posthac jus proprie aut stricte dictum appellabimus*»).

Alla vecchia definizione del giusto (*id quod justum est*), ripudiata come priva di senso e di ogni utilità, Grozio sostituisce quella moderna di diritto soggettivo. Tutto il secondo libro del *De jure belli* è dedicato alla classificazione e allo studio dettagliato dei diritti soggettivi. Vi si distingue «ciò che è nostro» e «ciò che ci è dovuto». Ciò che è *nostro* («*nostrum est*») può essere un potere su noi stessi (libertà, legittima difesa), o un potere di compiere certe azioni (come il diritto di passare su di un fondo altrui), o un potere su di un altro (potestà paterna, potestà del padrone sugli schiavi, diritto di sovranità del principe) o un potere sulle cose: *dominium*, diritto di proprietà. Ciò che ci è dovuto, o diritto di credito («*quod nobis debetur*»), può essere il credito che risulta da una promessa o da un contratto, da un delitto o da un danno, che dà causa ad un risarcimento. È inutile andare ancora più a fondo in queste suddivisioni.

Fin qui nulla di originale. Abbiamo già constatato tante volte che il nominalismo moderno fa perno sull'individuo, che il neo-stoicismo concorre a questa modificazione linguistica e che già i sistemi del XVI secolo costruiscono il diritto come scienza dei diritti soggettivi. Il piano generale dell'opera di Grozio non fa che riprodurre all'incirca quello di Doneau o di Althusius in un linguaggio ancora non perfezionato (il vocabolario definitivo del diritto, quello in cui emergono espressioni come «diritto reale» o «diritto personale», sarà il frutto di lavori ulteriori prodotti dalla scuola di Grozio). L'utilitarismo moderno non ha altro obiettivo che la difesa dei *diritti*; il punto di vista dell'avvocato ha trionfato su quello del giudice, del «giureconsulto», della giustizia. Ma siamo per ora ancora solo alle soglie della lunga storia della nozione di diritto soggettivo nell'arte giuridica moderna. Quale è stato, in questa storia, il ruolo di Grozio?

Il lavoro di Grozio è volto a stabilire per il beneficio sia degli stati, che degli individui singoli, diritti soggettivi assoluti, dai contorni ben determinati, rigorosamente esigibili e che meritano il nome di diritti in senso stretto, di *jus proprie dictum*. Il vero problema è quello di *fondare* razionalmente la loro esistenza: e a questo scopo dedicheranno le loro energie migliori, sia pure in modalità estremamente diversificate, quasi tutti i filosofi del diritto dell'Europa moderna: Hobbes, Locke, Spinoza, Leibniz, Wolff.

Per ottenere questo risultato, si può ben dire che Grozio utilizza ogni mezzo disponibile. Egli sfrutta tutti i materiali della dottrina precedente, li mette insieme, li sintetizza. Fa ricorso allo *jus gentium*, ai testi giuridici romani. Ma di suo ci mette una cosa specifica: l'utilizzazione, per i suoi fini, della

*regola morale.*

Bisogna analizzare la proprietà? Grozio è il primo giurista (dato che in Althusius e in Doneau non se ne trova che un abbozzo) a elaborare una teoria sistematica dei modi di acquisto di questo diritto e della distinzione fondamentale tra modo di acquisto «originario» e modi di acquisto «a titolo derivativo» della proprietà.

L'acquisto a titolo originario significa (è possibile accorgersene subito, fin dall'inizio della lettura del capitolo) che è anteriore allo stesso stato ed è indipendente dall'arbitrarietà del diritto positivo e della giustizia distributiva. La preoccupazione maggiore di Grozio è quella di dimostrare, il che non è detto che sia facile, il «diritto del primo occupante». A questo scopo, egli allegherà il «consenso universale»; e la norma dello *jus gentium*, che sarebbe stata il frutto di questo preteso accordo universale tra gli uomini (dato che un'antica tradizione sia stoica che teologica impediva di attribuire ad un precetto naturale originario l'appropriazione privata dei beni). Grozio invocherà l'autorità della dottrina giuridica romana e questo è un esempio estremamente caratteristico della libertà che egli si concede quando fa riferimento al diritto romano. Il *Digesto*, quando parla di occupazione, si riferisce unicamente agli uccelli, ai pesci e alle bestie selvatiche, di cui ci si può impadronire con la caccia; Grozio invece attribuisce a questo «modo di acquisto della proprietà» una portata universale: attraverso una occupazione originaria si giustificerebbero non solo le proprietà immobiliari di qualsiasi cittadino privato, ma anche la sovranità degli stati sui loro rispettivi territori e sulle loro colonie. Se un capitano olandese è sbarcato su di un'isola dell'Oceania, questo basta per farla diventare colonia olandese. È veramente strano il successo che questa fallace costruzione teorica ha riscosso nell'Europa moderna. «Le premier occupant, est-ce une loi plus sage?», è giusta la legge del primo occupante, dirà il coniglio di La Fontaine, alla donnola che ha occupato la sua tana.

Lo sforzo più rilevante di Grozio è quello di fondare direttamente, nella misura in cui gli riesce possibile, il diritto sulla regola della ragione, cioè sulla *regola morale* che diviene la fonte ultima del diritto in un sistema razionalistico. Capiamo bene perché Grozio ha introdotto nel suo trattato le tre regole fondamentali della morale sociale stoica; è che gli servivano per le sue deduzioni ulteriori. La morale, infatti, ci obbliga a mantenere qualsiasi promessa, quale che ne sia il contenuto e la forma in cui è stata prestata. Qualsiasi contratto consensuale dà un diritto di credito all'altro contraente. Qui Grozio si rifà alla tradizione canonica; tortura i testi romani, che dicono il contrario, per accordarli a questa dottrina; e per questa via si arriva alla soluzione del Codice civile francese sui diritti di credito. Dalla norma morale che ci comanda di risarcire i danni che si sono determinati per colpa nostra nasce il diritto al risarcimento: Grozio è il progenitore della formula dell'art. 1382 del nostro Codice civile. La tendenza di Grozio, che emerge in diversi punti del suo trattato, è quella di

fondare la proprietà sulla regola morale, che proibisce di attentare alla proprietà altrui, come quella del Decalogo, che proibisce il furto o comunque sulla giustizia nel senso stoico del termine («*quae tota in alieni abstinentia posita est*»). Nella sostanza, Grozio è convinto che il diritto di proprietà non è solo, come voleva la tradizione scolastica, una creazione dello *jus gentium*, ma attiene alla razionalità stessa del diritto e non è in nulla debitore, quindi, alla convenzione intersoggettiva. Analogamente si pronuncia la nostra dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

In Hobbes, Spinoza, Locke, Wolff, Kant, ci saranno altri tentativi di fondare il diritto soggettivo; alcuni pretenderanno di dedurlo direttamente dall'essenza dell'uomo. Nella scuola di Grozio, esso si raccorda solo indirettamente alla natura del soggetto, attraverso l'intermediazione della legge che è presente nella coscienza umana; è un *riflesso dell'obbligazione morale* e questo dato è sufficiente a garantirgli il massimo di solidità. Dato che non è altro che un corollario di una norma morale, il diritto soggettivo tenderà a possedere un carattere tipico di questa e cioè l'assolutezza; il «diritto» cessa di essere quel problema aperto, quell'oggetto di ricerca incerto proprio dell'antica filosofia classica; esso diventa la deduzione certa da una massima indiscutibile. Nella nuova prospettiva stabilita da Grozio, gli stati vengono così a possedere - a partire dalla ragione, dalla natura o anche dalle contingenze del diritto positivo volontario - diritti rigorosi e strettamente definiti; e di conseguenza, anche i cittadini, in quanto singoli, si vedranno pienamente confermati nel possesso delle loro terre e dei loro crediti.

A tanto giunge il sistema di Grozio. Ecco l'esito della recezione dell'etica stoica nel diritto. Ecco ciò che prende il posto del diritto naturale aristotelico; ecco la nuova filosofia di gran parte della società europea. Ma a che serve questa dimostrazione? A mostrare tutti i paralogismi su cui si fonda la nuova sistemica. Tutto il razionalismo giuridico è fondato su sofismi.

Come abbiamo rilevato in precedenza, non c'è nulla di più estraneo alle intenzioni dei filosofi stoici che la determinazione precisa di diritti. La morale stoica aveva per solo fine la virtù, il *valore* dell'individuo. I filosofi la considerano una morale dei «valori». Sotto questo profilo, essa si oppone al diritto. Come dice ancora qualcuno, utilizzando un linguaggio scolastico, la morale di timbro stoico non fa riferimento ad altri se non al soggetto, è una morale «unilaterale» (mentre l'esperienza del diritto è indubbiamente «bilaterale», se non addirittura «multilaterale»).

Si spiega così il rigore estremo con cui si richiede l'adempimento dei doveri morali e che è tipico dello stoicismo. «Non rubare», significa, nello spirito di questa morale: per salvaguardare la tua propria virtù, astieniti dall'impadronirti dei beni che appartengono ad altri, quali che siano le cause che hanno provocato l'attuale assetto della proprietà, anche se tu sei povero e l'altro è ricco, anche se la ricchezza di questo è ingiusta. Questo

precetto non comporta affatto che l'altro abbia il *diritto* a conservare le sue ricchezze. La stessa morale dice al ricco, cui si rivolge un altro precetto ugualmente unilaterale, di distribuire con generosità le sue ricchezze. E quando la morale stoica in quanto tale mi impone di mantenere qualunque promessa io abbia fatto (anche nel caso, ad esempio, in cui abbia comprato un bene ad una cifra spropositata), non ne segue affatto che il mio creditore abbia il *diritto* di pretendere un prezzo esorbitante. Il suo specifico dovere, in termini di umanità e di giustizia, è quello di ridurre questo prezzo. Cicerone aveva ancora la consapevolezza di questa modalità strutturale dell'etica stoica. È ben vero che, trascinato dalla sua retorica, egli è arrivato alla fine a confondere diritto e morale.

Ma su questo pericoloso versante non è stato seguito dai giureconsulti romani.

In Grozio le cose vanno in tutt'altro modo. Dal fatto che l'altro ha il dovere di non derubarmi, egli ritiene di poter dedurre la conclusione per la quale io ho il diritto di conservare tutto ciò che possiedo. E dal fatto che una morale molto austera ed esigente, una morale di perfezione, come quella stoica, mi comanda di mantenere le promesse, egli inferisce che ho il diritto di esigere che sia sanzionato qualunque patto sia stato convenuto. Ecco come Grozio stabilisce la sostanza dei diritti soggettivi: amplificando la portata della norma morale e indirizzando l'idealità della virtù al servizio di progetti di carattere utilitaristico.

Di qui la profonda *ingiustizia* delle soluzioni che Grozio dà ai problemi del diritto. Anche se manifesta un certo disprezzo per la giustizia distributiva, egli fa opera di giurista: è in questo senso che diciamo che in lui le norme morali sono divenute regole giuridiche e che egli ha operato il passaggio da una dottrina morale dei rapporti internazionali ad un diritto internazionale. Il *De jure belli ac pacis* determina i diritti di ciascuno, di ogni stato e di ogni cittadino privato. Ma lo fa nel modo più grossolano, più meccanico, senza tener conto - come invece faceva la filosofia di Aristotele - delle circostanze inerenti ad ogni caso concreto, senza ricercare l'*id quod justum est*, la giusta parte che spetta a ciascuno in una situazione data, relativamente alle parti assegnate agli altri. Grozio, insomma, elude il problema della giustizia distributiva. La soluzione di Grozio è automatica: è quella che si deduce dalla regola. Di fatto essa consiste nel prendere sempre partito a favore dei proprietari e cioè, nel diritto internazionale, a favore delle nazioni più sviluppate e, nel diritto civile, a favore delle classi abbienti. E tutto ciò in nome della morale. È vero che Grozio ha sufficiente senso pratico per temperare qua e là simili esiti; non c'è nulla nelle argomentazioni di Grozio che sia troppo rivoluzionario, né che aggredisca brutalmente le istituzioni positive, anche se si tratta di sopravvivenze dell'epoca feudale. Egli si preoccupa anche di porre qualche limite al diritto di proprietà privata, mantenendo il principio della sovranità diretta dei principi sulla proprietà dei sudditi e delle istituzioni di misericordia a

favore dei poveri. Ma sappiamo bene che non ha difficoltà, in genere, a giustificare queste deroghe ai principi, ricorrendo all'argomento del fittizio consenso dei sudditi. Insomma, egli non ha certo usurpato la sua fama di grande giurista. E ha dato un grande slancio al sistema giuridico «liberale» e «capitalistico» moderno.

Il suo sistema dei diritti soggettivi è perfettamente calibrato per garantire la sicurezza della proprietà, la sicurezza delle transazioni commerciali, la tranquillità necessaria allo sviluppo economico, la minimizzazione della violenza: il tutto a detrimento della giustizia. È un sistema che risponde al bisogno di ordine suscitato dalla congiuntura politica ed economica del tempo. È un sistema creato da uno spirito pragmatico, che ha saputo sfruttare l'ideologia dominante del tempo per conseguire le finalità temporali desiderate dalla società.

### III - Conclusione

Ci siamo soffermati a lungo ad esporre il sistema di Grozio, perché in esso è da vedere l'origine di una delle due ramificazioni del pensiero giuridico moderno, quella che, tirando le conseguenze della dicotomia moderna tra ragione soggettiva e osservazione del mondo esteriore, e della vanificazione della prospettiva classico- giusnaturalistica che ne è il corollario, pretenderà di dedurre il diritto dalla ragione: il razionalismo giuridico.

Grozio, personalmente, ha adottato lo stile più flessibile possibile all'interno della prospettiva umanistica. Ma il razionalismo diviene assolutamente evidente nei suoi discepoli tedeschi. Il *De jure belli ac pacis* diviene il manuale ufficiale di studio in diverse università. Pufendorf e i suoi successori, e tutti i romanisti che hanno ripensato il diritto romano a partire dai principi giusnaturalistici, si richiameranno a Grozio. A lui si ispira Leibniz, a lui si rifà tutta la cosiddetta «Scuola del diritto naturale». Questo è risaputo da tutti; ciò però che in genere si ignora è che anche in Francia il *De jure belli ac pacis*, o almeno la sua traduzione in francese, furono sul tavolo da lavoro dei principali giureconsulti, o almeno di coloro che parteciparono alla grande opera di formazione di un diritto comune sistematico, di matrice borghese-individualistica, razionalistico, capace di prendere il posto della pluralità di usi giuridici di origine medievale e di realizzare l'unità del sistema giuridico francese. La stessa ossessione per l'«ordine», che avevamo notato in Grozio, la ritroveremo decuplicata nell'opera di Domat, così come vi ritroveremo la stessa ricerca di una costruzione assiomatica, rafforzata dal successo della logica cartesiana. Come l'opera di Pufendorf si apre con un trattato dedicato ai doveri, così Domat e Pothier (quest'ultimo, a dire il vero, con più sfumature) faranno riferimento alla *morale* cristiana neo-stoica per dare un fondamento all'insieme del diritto. Domat, grande studioso di Grozio, incomincia così le

sue *Lois civiles mises dans l'ordre naturel*: «In base ai principi naturali e immutabili dell'equità ... in base al fatto che non bisogna recar torto a nessuno... e che bisogna dare a ciascuno il suo ... ed essere sinceri negli accordi e mantenere la parola data in tutte le stipulazioni» si possono fondare tutte le *Lois civiles*. Analogamente, Pothier, nel *Traité des obligations*, dopo aver citato Grozio diverse volte: «Se i contratti, i delitti e i quasi- delitti producono obbligazioni ... è perché c'è la legge naturale che ordina che ciascuno mantenga le promesse che ha fatto e che ripari il torto commesso per sua colpa».

Si può provare che le origini dottrinali del Codice civile francese vanno rintracciate nell'influenza di Grozio sulla dottrina civilistica del nostro paese. Se la quasi totalità dei nostri storici del diritto ha la tendenza a non riconoscere questo dato, è perché un'altra filosofia (il positivismo volontaristico), ci impedisce al giorno d'oggi di vedere il ruolo preponderante che ha avuto nel XVII secolo la dottrina, nella formazione, nel nome della ragione, del diritto: non era ancora venuto il tempo (e forse non è venuto mai) della creazione del diritto ad opera del potere puro e semplice dello stato; la formazione di un diritto comune non poteva essere opera che della dottrina ed è a questa dottrina che siamo debitori del nostro diritto attuale. Quegli stessi studiosi che si fanno beffe delle teorie della «Scuola del diritto naturale» e che credono di poterne ignorare le acquisizioni se ne sono in realtà inconsapevolmente nutriti.

Per quanto ci concerne, però, prima di portare avanti la nostra analisi di come abbia fruttificato il razionalismo giuridico nei sistemi dell'Europa continentale, dobbiamo operare un cambiamento di prospettiva e passare ad analizzare la filosofia inglese. Nella cultura anglosassone, infatti, viene ricercata un'altra strada atta a risolvere i problemi posti al diritto dalla cultura moderna; essa darà luogo ad altre teorie, destinate ad avere a loro volta influenza nella cultura continentale e che interferiranno con la dottrina giuridica di matrice giusrazionalistica.

## PARTE SECONDA

### THOMAS HOBBS E LA FONDAZIONE DEL POSITIVISMO GIURIDICO

#### PREMESSA

Dobbiamo ora cominciare a studiare le diverse teorie di filosofia del diritto dell'età moderna propriamente detta: Hobbes, Gassendi, Spinoza, Locke, Leibniz, Pufendorf, Thomasius, Wolff, Montesquieu, i fisiocrati, Rousseau, Bentham, ecc.

Ognuno di questi ha tratto dalla propria filosofia un insieme di principi applicabili alla giurisprudenza. Tutti hanno, più o meno, ubbidito alle tendenze comuni dell'epoca, l'individualismo e illegalismo, e si sono sforzati di dedurne (il che non era di per-sé per nulla facile) un acconcio sistema giuridico. Ce ne sono alcuni che mettono l'accento sui diritti soggettivi degli individui, altri che cercano di giustificare come indispensabile l'ordine statale ed altri ancora che già presagiscono la necessità di fuoriuscire dall'individualismo moderno, che comincia a essere considerato un supporto assolutamente inadatto a reggere un sistema giuridico.

Bisognerebbe fare un lungo lavoro di classificazione di tutte queste varianti.

C'è però una distinzione che viene di solito fatta e ripetuta e che, in linea generale, merita di essere accettata: è quella che oppone le dottrine *continentali* di tendenza *razionalistica* a quelle di origine *inglese*, che vengono, spesso, etichettate come *empiristiche*. Veramente, io non credo affatto che la filosofia di Hobbes o quella di Locke e di Bentham siano davvero rispettose dell'esperienza; credo anzi che esse pure siano costruite su principi del tutto arbitrari, come il nominalismo e l'atomismo, o il mito dello stato di natura come stato anarchico, e che abusino anch'esse, non meno delle loro emule del continente, della logica deduttiva. Certo, ai filosofi inglesi si può riconoscere un atteggiamento più *pragmatico*; col loro buon senso, essi cercano di venire incontro alle esigenze del loro tempo e agli interessi della loro classe sociale: ma quale filosofia sociale non si pone al servizio della politica? Il carattere principale della filosofia inglese, se così si può dire, è l'estroversione: intendo dire che essa non ama la deduzione a partire da principi innati nell'uomo, come cerca di fare il razionalismo, ma si volge verso l'*esterno* e considera l'uomo come un mero oggetto di ricerca scientifica.

Non è nemmeno esatto dire che la filosofia inglese sia «materialista»; l'uomo non è solo *res extensa*; anche per Hobbes, che sotto questo profilo presagisce Leibniz, e rigetta il dualismo cartesiano, l'uomo è tutt'altro che

materia inerte; è piuttosto una forza che agisce. Il «materialismo giuridico» sarà il frutto, molto più tardo, del pensiero continentale, come quello di d'Holbach e di H elvetius. Lo specifico della dottrina anglosassone   da vedere in ci  che gi  si   detto: l'essere *scienza* degli oggetti del mondo esterno, piuttosto che una morale dedotta dall'autoconoscenza del soggetto.   questo il motivo per cui i pi  importanti filosofi inglesi del diritto non hanno mai cercato, come Grozio, di tendere verso un sistema di regole dedotte dai principi della ragione e da considerare immutabili e non ci hanno di conseguenza lasciato alcun codice di diritto naturale razionale. Mentre Grozio, Pufendorf e lo stesso Leibniz hanno creduto che fosse possibile dedurre dalla filosofia l'essenza del diritto, Hobbes e Locke furono molto pi  circospetti al riguardo.

Essi per  ci hanno lasciato una teoria delle fonti e dei fini del diritto che segna un deciso progresso nella direzione della modernit , verso il trionfo dell'individualismo. Essi si liberano dalla tutela dell'etica neostoica: osservando l'uomo cos  come egli  , essi non rilevano in lui la presenza del dover-essere, ma al pi  un complesso di azioni istintivamente dirette dal desiderio della felicit ; di conseguenza essi assegnano al diritto, come suo scopo specifico, il piacere dell'individuo, pi  che il rispetto dell'ordine morale. Si tratta in fondo di una nuova versione, di un nuovo progresso dell'idea del *diritto soggettivo*. Quanto alle fonti del diritto, gli inglesi limitano il valore della ragione; essi tendono a vedervi null'altro che uno strumento della volont  dell'uomo che ricerca il piacere e non pi  una fonte che detterebbe regole di condotta al soggetto. Ne segue che   dunque la volont  dell'uomo che, per servire i propri appetiti nelle diverse e mutevoli circostanze della vita in cui si trova calato, crea o «pone» le norme giuridiche, senza pi  pretenderne l'immutabilit :   il *positivismo giuridico*. Queste sono, almeno nelle grandi linee, le tendenze della filosofia inglese, che dovevano del resto conoscere una rapida diffusione nel pensiero continentale. Mi limito a parlare di tendenze: dato che abbiamo a che fare col pensiero anglosassone, dobbiamo guardarci dal sistematizzare troppo. Ora, le fondamenta di questa scuola filosofico-giuridica inglese furono poste, una ventina d'anni dopo il sistema di Grozio, in piena epoca cartesiana, da Thomas Hobbes.

## Capitolo primo INTRODUZIONE AD HOBBS

Hobbes non   ignoto agli studenti di giurisprudenza: i giuspubblicisti lo studiano ben pi  di quanto non studino Grozio. Potremo quindi limitarci a rapide indicazioni biografiche. Hobbes nacque verso la fine del XVI secolo, nel 1588; era figlio - bisogna sottolinearlo - di un pastore; ci  non gli imped  di fare eccellenti studi classici ad Oxford, dove apprese la filosofia scolastica (soprattutto quella di Occam) e la lingua greca. Proprio

come aveva fatto Grozio, anche Hobbes si fece editore di testi greci: due, tra le sue opere principali, sono traduzioni, da Tucidide prima e da Omero poi. Rifiutando poi di divenire professore - il che è tipico dei migliori umanisti - egli scelse la vita dell'uomo di mondo; fu vicino per qualche tempo a Bacone, venne accolto in una famiglia nobile come precettore, viaggiò in Francia, in Italia, conobbe Gassendi, il Padre Mersenne, senza dubbio anche Cartesio e forse Pascal; in Italia conobbe Galileo e in Inghilterra diventò amico del medico Harvey.

Ritornato in patria, Hobbes cominciò ad apparire come l'uomo di una *politica*, lungamente maturata, costituita in sistema filosofico e perfettamente calibrata sulle esigenze drammatiche della vita inglese del tempo. Già la prefazione che Hobbes aveva scritto per la sua traduzione da Tucidide (1629) faceva presagire certi temi.

Ma il sistema si determina più tardi con gli *Elements of law (De corpore politico*, del 1640), i *Philosophical rudiments concerning government and society (De Cive*, 1642 all'incirca) ed infine il *Leviathan, or the matter form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, del 1651. Si tratta di tre opere apparse contemporaneamente in latino e in inglese. Lascio agli studiosi il piacere di collazionare le differenze che intercorrono tra l'una e l'altra: si tratta di varianti successive di una medesima dottrina. Come molti altri autori, Hobbes non ha scritto se non una sola opera di politica, in forme diverse.

Nuovi sviluppi dottrinali appariranno nel *Behemoth*, del 1688 e soprattutto nel *Dialogue between a philosopher and a student of the common law of England*, all'incirca del 1669. La sintesi generale della sua filosofia apparirà nel *De corpore* del 1655, in cui descrive il metodo e i principi del suo pensiero, ivi comprese le sue dottrine fisiche, e nel *De homine* del 1659. Tralasciamo di citare le altre opere, numerose ma non attinenti al nostro tema. Non ci possiamo nemmeno soffermare sulla fine della sua vita: rientrato in Inghilterra, Hobbes, malgrado l'appoggio concessogli dal re Carlo II, ritornato sul trono dopo l'intermezzo repubblicano, va incontro ad alcune persecuzioni causate dalla sua filosofia e dalle sue opinioni religiose. È ormai celebre, ma è più criticato che imitato. Dato però che un autore è sempre almeno in parte il prodotto del suo tempo, dobbiamo fermarci un momento sulle circostanze nelle quali è sorta la sua opera.

## I - Economia e politica

Sarà sufficiente ricordare, tanto per cominciare, che in Inghilterra, al tempo di Hobbes, nasce un'economia nuova: all'economia statica predominante nel Medioevo si sostituisce in quest'epoca un'economia di mercato. La grande borghesia vende, compra, si fa concorrenza e rivendica nuovi ruoli in società. Hobbes l'ha descritta in particolare nel *Behemoth*, dato che è proprio la borghesia dei villaggi e delle città ad essere rappresentata in

Parlamento e ad opporsi all'assolutismo. Le è ostile? Certamente: Hobbes difende contro la borghesia il partito della monarchia tradizionale. Egli confuta in particolare le sue pretese *politiche*. Ma si può anche pensare che egli sia rimasto affascinato dai modi di vita borghesi, dal gioco del mercato, dalla concorrenza, dallo *struggle for life*. Egli è capace di capirne benissimo le intenzioni, dato che fa della ricerca della sicurezza nel benessere materiale il fine ultimo delle azioni umane.

Come ha osservato Strauss, Hobbes, partito da una psicologia nobiliare, che vede l'uomo fondamentalmente orientato alla ricerca della gloria, tende a far sua sempre di più la psicologia borghese, quella dell'uomo che ricerca prima di ogni altra cosa la sicurezza. A questa esigenza, lo stato progettato da Hobbes darà la massima soddisfazione, difendendo i diritti *privati* della borghesia. L'opera di Hobbes (intendo la riforma da lui apportata alla scienza del diritto, che ha avuto tanta risonanza) è una risposta alle nuove condizioni dell'economia e alle aspirazioni della borghesia.

Quanto alle circostanze *politiche* del tempo è indubbio che l'opera di Hobbes venga loro pienamente incontro. Ci si ricordi del grande dramma della vita politica inglese di cui Hobbes è stato spettatore: i continui conflitti religiosi del XVI secolo e degli inizi del XVII, la lacerazione del popolo inglese, in parte legalisticamente anglicano, in parte attivamente puritano, in piccola parte ancora cattolico (dissensi religiosi che nascondono tutti conflitti di classe); il tentativo dei re della dinastia Stuart (Giacomo I e Carlo I) di restaurare l'assolutismo; la rivolta della Scozia protestante (1637); l'opposizione promossa dal «Lungo Parlamento» (1640-1653) e infine l'esecuzione di Carlo I, nel 1649 e la dittatura di Cromwell. Dalle guerre civili nascono paura, disordine, sofferenze, insicurezza. Una situazione meno tragica, ma sotto certi profili analoga, Hobbes la riscontra anche in Francia, paese in cui trova asilo durante gli anni della rivoluzione inglese: durante la sua minorità Luigi XIV è cacciato da Parigi ad opera della Fronda. In Francia, Hobbes lavora come precettore per qualche tempo del principe ereditario Carlo II, che sarà richiamato in Inghilterra a regnare dopo la caduta del figlio di Cromwell (1659).

Tutti sanno quale fu la causa per la quale Hobbes si è sempre fortemente battuto (anche se giunse a riconciliarsi per qualche anno con Cromwell): è quella del re e dell'assolutismo regio. Egli ha usato tutti gli argomenti possibili per avvalorare il partito dell'ordine, a partire da quelli scritturistici e dal dovere che la Bibbia impone ai cristiani di ubbidire ai loro sovrani. Ma alla stessa conclusione pratica si arriva attraverso la sua analisi della politica e in particolare grazie alla sua personalissima teoria del contratto sociale. Inquieti, insicuri, infelici nell'anarchia dello «stato di natura», che non è altro che violenza di tutti contro tutti, guerra civile e miseria, gli uomini non hanno a loro disposizione che un solo modo razionale per fuoruscirne: è quello di demandare, attraverso un patto sociale, tutto il potere al principe. Da questo patto deriva che il principe ha tutti i diritti; ma

bisogna pur stipularlo, dato che questo è l'unico mezzo per ottenere la sicurezza per le persone e per i beni, per ottenere la pace e la fine delle guerre civili. Questo è il punto più celebre e più discusso della dottrina del *Leviatano*; per alcuni è anche la ragion d'essere e lo scopo ultimo di tutto il sistema di Hobbes. Io non ne sono, però, del tutto sicuro e comunque ritengo che, in quanto filosofi del diritto, non si debba prestare un'eccessiva attenzione ad una simile opzione di carattere strettamente politico.

## II. Religione e filosofia

I giuspubblicisti conoscono bene la dottrina che abbiamo appena esposto; ma spesso e volentieri dimenticano che le controversie politiche del seicento sono in realtà controversie *religiose*, una sopravvivenza delle guerre di religione che si erano combattute nel cinquecento. In Inghilterra, come del resto in altri paesi, sono in conflitto reciproco i cattolici, che riconoscono come autorità religiosa quella della Santa Sede, gli anglicani e le sette protestanti più diverse. Non c'è in quest'epoca questione politica più cruciale di quella volta a decidere chi sarà colui che deterrà la «chiave spirituale» e se ci sarà una «chiave spirituale». E questo era già il problema fondamentale di Lutero, Calvino, dei loro discepoli, dei puritani, di Suarez, Bellarmino e dello stesso Grozio. E a giudicare dal titolo (*a commonwealth ecclesiastical and civil*) anche quello del *Leviatano*.

L'essenziale è determinare la posizione religiosa di Hobbes. È una questione molto discussa: per molto tempo ci è stato presentato un Hobbes ateo, che avrebbe fatto tante citazioni dal Vangelo solo per il timore di essere perseguitato se si fosse comportato altrimenti. La stessa cosa è stata detta e ripetuta per Montaigne, Rabelais, Grozio, Gassendi e perfino per Cartesio! Ma la letteratura più recente mostra per fortuna di saper reagire contro questa anacronistica tesi.

Mi sembra gratuito dubitare delle convinzioni religiose di Hobbes. Un simile dubbio ci obbligherebbe a dubitare altresì della sincerità non solo delle sue violente repliche a chi l'accusava di ateismo, ma anche delle innumerevoli citazioni scritturistiche, con cui egli ha riempito intere parti delle sue grandi opere politiche. Per di più non c'è nulla che ci consenta di revocare in dubbio la sua sincerità: né il suo individualismo, né l'insistenza che egli ha messo nel sottolineare i doveri che si hanno verso se stessi - il suo preteso «materialismo» che non comporta affatto, però, la negazione delle realtà spirituali -, né la sua volontà di separare la filosofia dalla fede. Queste posizioni non sono assolutamente incompatibili con alcune correnti di pensiero rappresentate, e vigorosamente, anche all'interno della tradizione cristiana. E l'idea di eguaglianza, della libertà fondamentale naturale di tutti gli uomini, proviene, oltre che da reminiscenze stoiche, da idee originariamente cristiane.

Cerchiamo di precisare le sfumature del suo cristianesimo, dato che

nell'Inghilterra del tempo pullulavano le sette e che Hobbes, figlio di un pastore, era ben in grado di scegliere quella cui aderire con perfetta cognizione di causa. Egli è ferocemente ostile al cattolicesimo romano e quasi altrettanto al puritanesimo. Non saprei esattamente dire da quali teologi anglicani sia stato influenzato, o addirittura se le sue vere fonti non siano stati solo Lutero e Calvino. Ma il sistema di credenze teologiche che egli fece sue mi sembra una delle chiavi della sua dottrina.

Pochi dogmi. Dopo tante guerre civili nate da dispute teologiche si è stanchi delle teologie dotte, che nascono da un'intrusione di filosofie pagane all'interno della fede. Si vuole una fede che non sia altro che una fede. Hobbes ama ripetere che è sufficiente credere al dogma fondamentale che Gesù è messia e salvatore e al semplicissimo precetto morale, contenuto nel Vangelo, che è quello della *carità* (e che conferma il precetto della legge naturale, che ci vincola alla ricerca della pace).

A dire il vero, Hobbes non si limita a dedurre dal Vangelo solo queste due dimensioni. Egli lo utilizza anche in riferimento al comandamento dell'ubbidienza a Cesare, che egli estende alla materia ecclesiastica, all'organizzazione del culto e alla professione dei dogmi che richiedono una manifestazione esterna. In questo Hobbes sembra quasi un luterano: non a Roma va riconosciuta l'autorità in simili ambiti, come pretendono le superstiziose dottrine dei papisti che non hanno alcun fondamento nel Vangelo, e nemmeno alla coscienza personale dei singoli cristiani, alla loro libertà, come pretendono orgogliosamente i puritani, diventando così fattori di disordine e di guerra civile. La «chiave spirituale» deve appartenere al principe temporale.

Seguendo ancora Lutero, e soprattutto anche Calvino, Hobbes non cesserà mai di far riferimento ad un'antropologia molto cupa: l'uomo peccatore è un lupo per l'uomo; altro non è l'uomo che brutale cupidigia. Tranne nei casi in cui la grazia lo pervade; ma la grazia fuoriesce dai nostri calcoli e bisogna astrarne nel filosofare. La scienza perciò assumerà come suo oggetto l'uomo in quanto asservito dalle sue egoistiche passioni, in quanto *determinato* dalle passioni. La scienza politica postulerà un uomo decaduto, abbandonato al dominio della materia, schiavo delle cose.

Ciò non significa che Hobbes ignori l'ambito della grazia, né il primato della legge divina e della morale evangelica. La legge divina positiva - che per la verità noi non riusciamo a seguire davvero se non per impulso della grazia, ma la cui coscienza naturale è in qualche caso presente, secondo Hobbes, in noi, pur se oscuramente - mantiene una posizione primaria nel pensiero di Hobbes: essa sola conduce l'uomo al regno dell'aldilà e alle ricompense future. Ma anche in questo secolo essa appare indispensabile alla felicità dello stato cristiano, in quanto è vincolante per il sovrano, che dovrà renderne conto un giorno davanti al tribunale di Dio, e per tutti gli uomini, che trovano in essa la conferma del dovere di ricercare la pace, l'«equità» e la carità vicendevole. Ne risulta tutta una rete di relazioni e di

obbligazioni, parallela a quella che Hobbes dedurrà dalla sola ragione, ma composta di precetti più sottili, più esigenti, che si rivolgono alle disposizioni interne di ogni individuo. Un buon terzo dell'opera politica di Hobbes è consacrata alla religione.

Non abbiamo il diritto di leggerlo come se questo terzo non esistesse.

Resta però il fatto che questa «politica divina» (secondo il titolo dell'opera di Hood) viene trattata da Hobbes *a parte*. A suo avviso non si deve più fare confusione tra l'ambito della fede e quello della filosofia, che è costruita dalla ragione. La filosofia politica di Hobbes è esclusivamente profana, almeno nei limiti in cui il nostro autore resta fedele ai propri principi, il che però non succede sempre. La fede non deve interferire nella politica. Bisogna ritenere anticristiano questo atteggiamento? Solo chi è del tutto ignorante della storia del pensiero cristiano può cadere in questo pregiudizio. Tra tutti è stato San Tommaso colui che meglio ha distinto le competenze della Scrittura e della fede da una parte e quelle della ragione naturale dell'uomo dall'altra; e sono stati il francescano Occam, e in seguito Lutero, coloro che hanno separato radicalmente queste due sfere di conoscenza, per restare assolutamente fedeli alla pura dottrina cristiana.

L'anticlericalismo di Hobbes affonda le sue radici nel suo modo di intendere la religione. Se Hobbes ha costruito un sistema in apparenza indipendente da presupposti teologici, è a causa del suo cristianesimo e dell'influenza subita da parte delle teologie protestanti.

Comunque la fonte più rilevante dell'opera politica di Hobbes è senza dubbio la sua cultura profana, dato che egli ha voluto elaborarla indipendentemente dalla fede (e di cui, del resto, la posterità non riterrà se non gli aspetti profani). Diciamo, con più precisione, più che cultura profana, cultura *filosofica*, dato che il termine 'filosofia' include, nell'epoca di Hobbes, anche tutto l'ambito della scienza (ne restano escluse solo le belle lettere e la dottrina della fede).

Non è facile mettere in chiaro le fonti del pensiero di Hobbes. Egli cita raramente altri autori. Con Cartesio e con Hobbes entriamo decisamente in quell'epoca razionalistica, nella quale ci si libera dalle metodologie scolastiche e si pretende di poter dimostrare tutto e che sia sufficiente a tal fine portare avanti un ragionamento corretto; non si sente più il bisogno di citare nomi di autori e si ritiene di non dover nulla alle «autorità».

Noi però non dobbiamo cadere in questa trappola. È impossibile capire Hobbes, se ci si lascia ingannare dall'apparenza che tutta la sua opera sia costruita geometricamente. Hobbes non fu una meteora piombata sulla terra dai cieli della ragione. Non si può fare a meno di considerare gli elementi che egli ha tratto dai suoi predecessori, dagli scrittori politici e dai teorici del diritto. Tenteremo di mettere in chiaro quel che egli ha dedotto da alcune grandi opere del Rinascimento o degli inizi del XVII secolo, tra cui alcune opere romanistiche, in cui il diritto romano cominciava a venir rimodellato secondo un sistema razionale di «diritto naturale», o da quegli

autori politici che appartengono al movimento neo-stoico; vedremo che egli si distacca solo poche volte dal loro linguaggio e dalla loro dottrina. Qui si radicano le numerose contraddizioni, che affiorano nell'opera hobbesiana. Ma dato che lo stesso Hobbes evita di citare le sue fonti, rimandiamo a più avanti, quando tratteremo le singole questioni particolari, questa complessa indagine.

Possediamo invece informazioni più abbondanti sulla sua cultura generale. È chiaro che Hobbes non avrebbe potuto costruire il suo sistema se non fosse vissuto all'interno di un'élite ammirevolmente colta, come non ne esistono più. Non solo è imbevuto della Bibbia (che conosce come pochi al giorno d'oggi), ma è anche magnificamente nutrito di cultura greca, latina e «moderna». Abbiamo già ricordato l'eccellenza raggiunta dai suoi studi di greco. L'ambizione di Hobbes era quella di misurarsi con l'etica e la politica di Aristotele; non era un piccolo compito questo (anzi, a mio avviso tale da far trasparire tutta la presunzione di Hobbes), ma è certo che egli possedeva una preparazione adeguata per farlo.

E dato che in genere conosciamo più le dottrine a noi affini, che quelle che intendiamo combattere, ricordiamo soprattutto che Hobbes fin dai tempi dei suoi studi a Oxford è rimasto influenzato dal *nominalismo* di Occam. E del resto, che cosa altro mai ha fatto il nostro filosofo, se non mettere in pratica i principi del nominalismo? Un nominalismo estremo, per il quale le nozioni di giusto e di diritto non sono altro che *termini*, che non hanno significato che se riferiti alla volontà e agli appetiti degli individui, considerati come le sole realtà attuali, o se considerati come prodotti di una creazione arbitraria del sovrano; un nominalismo per il quale le comunità politiche non possono essere altro che una creazione artificiale.

Aggiungiamo che con ogni verisimiglianza Hobbes ha un'ottima conoscenza del pensiero *umanistico*, cioè dei diversi movimenti che han fatto rifiorire, nel XVI secolo, le antiche filosofie antiaristoteliche. Parlo dello *scetticismo*: quando Hobbes descrive i disordini e le guerre che sono sorte, fin dai primordi della storia, a causa dell'infinita diversità delle opinioni umane sulla giustizia, ha accenti che ricordano quelli di Montaigne. Parlo dell'*epicureismo*: Hobbes fu amico di Gassendi. E certamente anche dello *stoicismo*, dal quale potrebbe provenire, tra gli altri, il presupposto hobbesiano di una natura umana assolutamente uniforme.

Hobbes è stato a contatto con Francesco Bacone ed adottò le sue idee sulle finalità utilitaristiche della scienza; ma non è però baconiano nel metodo, che è ben poco sperimentale. Ha conosciuto e meditato l'opera di Cartesio e ne ha condiviso il gusto per l'ordine, anche se ha rigettato il suo dualismo e la sua concezione della materia e la pretesa di costruire la scienza su idee innate.

Ma l'avvenimento che ha maggiormente contrassegnato la costruzione dell'opera hobbesiana è senza dubbio in definitiva l'incontro con la *scienza* moderna.

Ricordiamo, in primo luogo, la «scoperta di Euclide», che avrebbe avuto luogo intorno al 1630, durante uno dei viaggi in Europa di Hobbes e che costituì una vera illuminazione: Hobbes ha preteso di diventare un euclideo e di *costruire* il corpo politico, così come il geometra costruisce le sue figure, con la medesima pura logica (tutto ciò, ovviamente, restò allo stadio dell'aspirazione, più che della realtà). E soprattutto egli entrò in contatto, a Padova, con Galileo e con le metodiche patavine, col celebre metodo chiamato «risolutivo-compositivo», che procede analizzando nelle cose gli elementi primi, poi ricomponendo i fenomeni a partire da questi elementi, il tutto in una prospettiva meccanicistica, che spiega la genesi dei fenomeni attraverso il *movimento* delle particelle che compongono i corpi. Da questo momento in poi l'ambizione di Hobbes fu quella di trasportare il metodo della fisica galileiana alla «filosofia civile», cioè (ahimè!) alla morale e alla politica.

Ricordiamo ancora l'amicizia che egli ebbe con il medico Harvey; Hobbes imiterà nei suoi studi il metodo harveyano della *dissezione*; sembra anzi che egli gli sia largamente debitore della sua immagine dell'uomo, i cui movimenti sarebbero governati dal cuore.

Ecco perché il sistema di Hobbes rappresenta una tappa nuova in rapporto all'opera di Grozio, ancora impigliata nei limiti della mentalità umanistica e prigioniera dei vecchi principi dell'etica stoica. È a partire da quel bastione che fu per lui la scienza moderna o la filosofia moderna (i due termini sono pressoché sinonimi), che Hobbes ha costruito la sua politica in diretta contrapposizione a quella di Aristotele. Sulla dottrina politica hobbesiana, i lavori critici sono numerosi e molti di essi ben conosciuti. Ma dato che l'oggetto di questo corso è la filosofia del diritto, adatteremo nei confronti di Hobbes una prospettiva molto diversa da quella della maggior parte degli studiosi. Noi ci dobbiamo domandare quali siano per Hobbes gli scopi, l'essenza e le fonti dell'arte *giuridica*.

## Capitolo secondo

### LA TEORIA DEGLI SCOPI DEL DIRITTO

#### I - Introduzione

A ciascuno il suo. Per ciò che mi concerne, tratterò Hobbes dal punto di vista della *storia della filosofia del diritto*.

Più di frequente (soprattutto in Francia) Hobbes viene studiato dal punto di vista della teoria politica. È ben vero che la preoccupazione maggiore di Hobbes è stata quella di porsi al servizio di una causa politica, quella dell'assolutismo monarchico, contro i teorici dell'anarchismo e della divisione del potere ed è altresì verissimo che la «filosofia civile» alla quale Hobbes ha consacrato la maggior parte della propria opera può essere ritenuta una filosofia politica. Ma al riguardo bisogna fare alcune

osservazioni.

Il genere filosofico-letterario della «politica», così come era stato trasmesso dall'antichità al pensiero europeo, aveva accordato da sempre un posto preponderante alla filosofia del diritto. La *Repubblica* di Platone aveva per oggetto il giusto e il diritto (*perì tou dikaïou*), così come la *Politica* di Aristotele, che è un'opera piena di contenuti giuridici. Nei predecessori di Hobbes, come Bodin, Suarez, Molina, Althusius, Hooker, che possono essere considerati tutti filosofi del diritto alla stessa stregua che filosofi della politica, la politica gravita ancora sul tema della giustizia e delle fonti del diritto. Lasciamo da parte il caso di Machiavelli (il cui *Principe* non si presenta però come un'opera «politica»).

Anche in Hobbes si riproduce, almeno in gran parte, questa fusione di politica e di filosofia del diritto. A dir la verità, non credo che lo si possa considerare un giurista; mi pare che abbia conosciuto il diritto romano solo di seconda mano, come facevano gli umanisti, attraverso cioè autori letterari o grazie all'intermediazione dei trattati sistematici dei giuristi moderni, più che attraverso la lettura diretta dei testi romani o delle glosse. Ma ognuno sa che la teoria hobbesiana del contratto sociale si fonda su alcune definizioni, di una grande precisione tecnica: quelle del contratto, del patto, del trasferimento dei diritti e su di una serie di massime attinenti al diritto contrattuale (peraltro più romanistiche che autenticamente romane). Il *Dialogo tra un filosofo e un giurista di common law* mostra come Hobbes possedesse buone conoscenze di storia del diritto inglese, di diritto penale, di organizzazione giudiziaria.

Ma per quanta indifferenza egli possa aver avuto per la tecnica giuridica, sta di fatto che Hobbes è filosofo del diritto. Come i suoi predecessori, egli va anzitutto alla ricerca di cosa è il giusto e a che cosa esso obblighi. La prima, grande opera di Hobbes (quella che, in seguito, ricevette il titolo di *De corpore politico*) si presenta come un trattato di teoria generale del diritto: *Elements of law, Juriselementa*. La *philosophia civilis*, egli l'identifica alla scienza del diritto naturale e civile. È indubbio che nel *De cive* prima e nel *Leviatano* poi si avverta un cambiamento di prospettiva: in queste opere la politica comincia a specializzarsi e invece di essere la scienza del giusto, tende a divenire un'arte dell'utile, alla quale il diritto va subordinato. Comunque, ciò non di meno, resta una stretta unione tra politica e diritto, inteso quest'ultimo in un modo nuovo. E nessuno contesterà che il *De cive* e il *Leviatano* non si esprimano in termini di «diritti» (del sovrano o del cittadino), di «obbligazioni» e di «legge». Anche se in un senso nuovo, essi portano il contrassegno del giuridico.

In terzo luogo si consideri che la rilevanza storica della figura di Hobbes non risiede in primo luogo nelle sue conclusioni politiche. Politicamente, come ben si sa, la sua dottrina non fu mai accettata; i fautori della monarchia le rimproverarono il suo contrattualismo, i liberali il suo assolutismo. Ma non per questo Hobbes non è stato letto. Un sistema così

razionale, così conforme al gusto del tempo, così chiaro, rigoroso, ispirato, da cui emerge una cultura così universale, non poteva non soggiogare le menti, malgrado tutte le condanne che potevano addensarsi sopra.

Ma quale è la parte dell'opera di Hobbes che è penetrata nella cultura dominante dell'Europa moderna?

Più che un programma politico, Hobbes ha trasmesso all'Europa una visione del mondo e in particolare del mondo sociale; una *Welthanschauung* in funzione della quale non solo il concetto di potere politico, ma i concetti fondamentali della scienza giuridica presentano una configurazione nuova. E questa visione del mondo sociale non è stata recepita solo dai grandi autori politici, come Spinoza, Locke, Rousseau, ma ha anche sedotto i teorici della «Scuola del diritto naturale».

Pufendorf ne ha subito l'impatto, come più tardi Thomasius; Bentham e Austin si rifanno a Hobbes e la stessa cosa può dirsi della scuola anglosassone contemporanea.

Ciò che, dal nostro punto di vista, rende storicamente importante Hobbes è l'immagine che egli ha dato del «corpo» sociale e che egli, grazie al suo genio, è riuscito a far trionfare, riorganizzando dalle fondamenta il linguaggio giuridico. Hobbes ridefinisce e dà un significato nuovo a tutti i principali termini del lessico giuridico (a cominciare da quello stesso di *diritto*). Ogni giurista che è influenzato da Hobbes e che accetta le sue premesse parte, in primo luogo, da una precisa concezione delle *fonti* del diritto; in Hobbes il positivismo giuridico, nel senso stretto dell'espressione, celebra la sua definitiva vittoria; la *legge* (che è ormai definitivamente definita come il comando del sovrano) diviene la fonte suprema del diritto. Ma dal sistema di Hobbes deriva altresì una nuova concezione dei *fini* del diritto e l'altra struttura essenziale del sistema giuridico moderno: la nozione di diritto soggettivo dell'individuo.

Abbiamo già detto in altre occasioni che il diritto soggettivo ci sembra essere la «parola d'ordine» del diritto moderno (e in questo caso l'aggettivo 'moderno' designa l'era del trionfo della borghesia europea). Hobbes ne è stato il filosofo, più di ogni altro. Tenteremo di ricostruirne il pensiero, prima definendo il diritto soggettivo, restando fedeli alla sua visione dell'uomo e della società, e poi disegnando il canovaccio di una scienza giuridica, strutturata a partire dalla nozione di diritto soggettivo.

## **I - La nozione di diritto soggettivo**

Ritorniamo ancora una volta su questo punto. La storia della nozione di diritto «soggettivo» dell'individuo è ancora tutta da scrivere; merita di esser scritta, anche a prezzo di grandi fatiche; su questo punto siamo infatti tutti, o quasi tutti, hobbesiani, o, più genericamente, moderni. Il fatto è che pensiamo il diritto dell'individuo all'interno della cornice concettuale che ci è stata trasmessa dalla nostra formazione culturale moderna e proviamo

difficoltà nel concepire che nozioni molto diverse da quelle che abbiamo fatto nostre abbiano potuto trionfare in passato, tanto più che a questa difficoltà si aggiunge quella dello stravolgimento che nel corso dei secoli subisce il significato dei termini, nell'avvicinarsi dei sistemi di pensiero. Per quanto mi riguarda, sono profondamente convinto che il pensiero dominante nell'antichità greco-romana e nel Medioevo abbia elaborato, a partire dalla riflessione sull'essenza della società, un'immagine del diritto molto lontana da quella che ci è propria. E sono altresì certo che le origini della nostra concezione del diritto vadano ricercate all'incirca nel XIV secolo, in una lunga linea di autori che hanno influenzato Hobbes e la cui dottrina ha attratto lentamente e con difficoltà l'attenzione del mondo giuridico. E sono infine sicuro che è stata la filosofia di Hobbes - e le precise definizioni che vi si danno dello *jus* o del *right* - a far trionfare definitivamente la concezione moderna del diritto. Ma si tratta di una storia complessa, poco conosciuta e molto controversa: sono perciò costretto a riassumerne brevemente le tappe fondamentali.

È in Aristotele prima, e in San Tommaso poi, come interprete di Aristotele - due intelligenze nelle quali si riflette nel modo più pieno lo spirito del diritto romano classico e del diritto colto medievale - che troviamo esplicitata la concezione classica, e a lungo predominante, del diritto.

Essa nasce da una visione dell'origine della società che è diametralmente opposta a quella di Hobbes. L'uomo è sociale «per natura», così come è «politico» per natura; le società sono a loro volta naturali. La scienza è in grado di considerare in una prospettiva di *insieme* l'ordine che compone queste società. Il diritto, perciò, potrà essere studiato e scoperto mediante l'osservazione di questi gruppi sociali, che si costituiscono spontaneamente; in essi troviamo i possibili *modelli* di organizzazione giuridica, anche se per la verità più o meno *devianti*, più o meno fedeli alle inclinazioni della natura. Il diritto pertanto non significa altro, in questa prospettiva, che il *giusto* (*to dikaion*], *l'id quod justum est* - come lo definiscono i giuristi romani -, la *res justa*, come dice San Tommaso. Il diritto è il giusto rapporto tra le cose e i cittadini in una città ben organizzata, che non ha deviato rispetto alla natura. In una simile prospettiva filosofica, non c'è opposizione tra legge naturale e diritto: la legge è l'espressione (di cui noi non siamo sempre in possesso, che non possiamo possedere in anticipo), l'indicazione o la ragione di questo giusto rapporto. *Lex ratio juris*, dice San Tommaso.

In termini più precisi ed esatti, il diritto è la giusta ripartizione dei beni, effettuata in una comunità politica tra i suoi membri. Di conseguenza, il termine *diritto* applicato all'individuo significa la parte che gli spetta, in questa giusta ripartizione dei beni. *Suum jus cuique tribuere*, dare a ciascuno il suo è il compito del diritto e dell'arte del diritto e ciò significa attribuire a ciascuno la parte che egli merita.

Ora, vedremo che il «diritto», pensato in questa chiave, non può essere

ancora pensato rigorosamente come «individuale». Esso non comporta sempre per l'individuo un attivo, dei vantaggi: il mio diritto, ciò che mi spetta, ciò che io individualmente merito, può anche essere una sanzione. Non siamo ancora al diritto «soggettivo», che ha riguardo solo all'individuo; ci muoviamo piuttosto in un sistema di rapporti tra individui, che si fonda sulla distribuzione dei beni. Il mio *dikaion*, dice Aristotele, è il bene altrui. In altra sede ho cercato di mostrare come questa antica nozione di diritto, così lontana dalla nostra, abbia avuto un lungo predominio nel linguaggio dei giuristi.

Non ritengo comunque che bisogna considerare merito esclusivo di Hobbes l'invenzione della nozione moderna di diritto soggettivo. È infatti da dire che, in qualche modo, questa nozione affiora in tutte le epoche, o per lo meno che la si vede emergere nel linguaggio volgare romano o in vecchi testi letterari. Essa trova un fondamento teorico - ed un inizio di esplicitazione già in Grecia e a Roma - in tutte quelle filosofie che cessano di prendere in considerazione l'ordine naturale della città, stendendo su di esso un velo di scetticismo, e si concentrano sull'*individuo*; e questo è anche il caso della prospettiva cristiana. Ma lo sviluppo di questa prospettiva sarà decisivo negli ultimi secoli del Medioevo: da allora in poi essa andrà sempre più prendendo piede presso i giuristi colti. Limitiamoci a sottolineare alcune tappe di questa tormentata evoluzione storica.

Una delle filosofie antiche che tendevano a negare autonoma consistenza alla comunità politica per consacrarsi tutte all'analisi della condotta morale dell'individuo era lo *stoicismo*: ognuno sa che alcuni giuristi romani ne subirono già l'influenza, alla quale soggiacquero massicciamente i giuristi dell'Europa moderna a partire dal Rinascimento.

Lo stoicismo originario non è una dottrina del diritto; esso era orientato più che a definire i diritti di ogni individuo a indicarne i doveri. In ogni caso si trattava dei doveri dell'*individuo*. Più che la natura della città, la filosofia stoica scruta la «natura umana». Se il dovere è quello di ubbidire alla natura universale, di vivere «secondo natura», è altresì un dovere quello di ubbidire alla propria natura di uomo. Ora, la natura conferisce all'uomo questa particolare condizione, questo statuto proprio, questo *jus* (che, in verità, più che una prerogativa, è un dovere ed una *legge* morale): egli deve difendere la sua persona, procreare, educare i figli ed ancora, secondo quanto dice Cicerone, rendersi socievole ed altruista, dato che è un essere razionale. Limitiamoci al primo dovere, quello per il quale è assegnato all'individuo-secondo Cicerone - il compito di conservarsi in vita e di difendersi (*vindicatio*) - *ut vim atque iniuria propulsemus*.

Cito questi testi, perché rappresentano una delle fonti di Hobbes, come erano stati fonte del pensiero umanistico-rinascimentale. Di conseguenza, lo stoicismo, a partire da quando, con Cicerone, comincia a mescolarsi al diritto, ne propone una visione individualistica.

Anche il *cristianesimo*, come lo stoicismo e per analoghe ragioni, costituì

un fermento per l'individualismo. Ed infatti il regno dei cieli, cui il Vangelo si interessa più che alla città secolare, è un regno composto da persone, da soggetti individuali.

E, sul piano che gli è proprio, il cristianesimo proclama l'eguaglianza e la libertà di tutti gli uomini. Molti autori cristiani insegnano (il che del resto è conforme alla tradizione stoica) che la libertà originaria dell'uomo era illimitata e che la distinzione tra il mio ed il tuo è prodotta dalla decisione, strettamente umana, dell'autorità politica, come dice un testo celeberrimo di Sant'Agostino riprodotto nel *Decreto* di Graziano), messo del resto a profitto anche da Hobbes.

Ma, lasciando da parte gli apporti ambigui dell'agostinismo e di diversi mistici cristiani, notiamo soprattutto che agli inizi del XIV secolo si afferma, nella scolastica francescana, il *nominalismo*. Per il francescano Guglielmo di Occam, non esistono che individui; questo nostro mondo è un mondo di persone e di entità individuali; ogni scienza si costruisce non sulla visione degli insiemi, ma a partire dalle cose individuali; ogni scienza umana, in particolare, ha per oggetto gli individui. E, analogamente alle nozioni generali, gli organismi collettivi, le comunità politiche non sono naturali, bensì creazioni artificiali degli individui.

Ora, la filosofia di Occam comporta, come sua determinazione ulteriore e accessoria (cagionata dalla disputa sulla povertà e senza che Occam avesse studiato la scienza giuridica romana), una dottrina del diritto. Il fulcro è costituito dal *potere* attribuito all'individuo, un vero diritto soggettivo. Esso rinvia ad un «potere assoluto», che di per sé appartiene solo a Dio, ma che Dio attribuisce, almeno parzialmente, anche all'uomo, creato a sua immagine. Se non fosse per il fatto che per Occam ogni diritto dell'uomo va riportato e fondato sulla legge divina, si potrebbe dire che in lui si dia già il vocabolario, del tutto moderno, del diritto soggettivo (e di tutte le sue ulteriori applicazioni: il contratto sociale, la fonte contrattuale del potere e della legislazione politica). E questa è una delle conseguenze culturali del nominalismo, di quella stessa prospettiva filosofica, cioè, nella quale si venne formando Thomas Hobbes.

In ogni modo, non si deve dimenticare che Occam, ancor meno di Cicerone, non era un giurista. Si può ricostruire lungo gli ultimi secoli della scolastica medievale, poi nelle dinamiche rinascimentali e della scolastica spagnola, così prolissa e minuziosa nell'elaborare la teoria della legge e del diritto, e infine nei trattati della giurisprudenza umanistica, in Bodin, Althusius, Grozio, il lento progredire della nozione del diritto soggettivo. Nelle numerose definizioni - segno che si va alla ricerca di un nuovo linguaggio - del termine *ius*, comincia ad apparire il significato di *potestas* e si vede come lentamente tutta la scienza giuridica si organizza attorno a questa accezione. Sono dottrine che ben si confanno alle tendenze individualistiche del mondo cristiano-borghese.

In esso si rende evidente una sintesi del nominalismo con la rinascita delle

antiche dottrine anti-aristoteliche. Attraverso l'umanesimo e grazie poi alla mediazione influente dei maestri delle università spagnole, queste dottrine invadono la scienza del diritto. Nonostante tutto, però, i giuristi fanno fatica a liberarsi dalla tradizione, che è nello stesso tempo di matrice romana e tomistica. Le definizioni elaborate da Doneau, ad esempio, restano a lungo incerte; quelle di Bodio sono molto esitanti e quelle di Althusius molto confuse; Grozio non è privo di momenti di imbarazzo e di contraddizioni. Influenzato soprattutto da Cicerone e dalle dottrine neo-stoiche, Grozio riesce a fondare solo a colpi di paralogismi, nel suo *De jure belli ac pacis*, il diritto soggettivo su principi etici. Bisogna, per arrivare ad Hobbes, compiere ancora una tappa.

Hobbes ha fatto tutte queste letture. La forma fredda, impersonale, *euclidea* del suo stile (anche se egli è in ultima analisi troppo anglosassone per sottomettersi del tutto alla logica) non ci deve far dimenticare quanto sono state vaste le sue letture. Euclide non cita le sue fonti, ma ne ha avute anche lui. Si può dire altrettanto di Hobbes. È ben probabile che egli abbia letto parecchi di quei trattati giuridici, della giurisprudenza umanistica, grazie ai quali si apriva per il diritto romano una nuova e definitiva vicenda, in cui cioè nasceva il diritto romano moderno, adattato alla moda neo-stoica, ridotto in sistema «razionale». Più probabile ancora è che egli abbia attinto parecchio ai più celebri trattati della scolastica spagnola; in certe occasioni (ad esempio a proposito del tirannicidio) egli li attacca apertamente. Egli conosce senza dubbio Bodin e molto verisimilmente Grozio. Non vorrei sopravvalutare la parte di originalità che va riconosciuta alle definizioni hobbesiane.

Chi non conosce il contributo di Hobbes alla filosofia politica? Egli si è battuto contro le concezioni classiche fino all'ultimo respiro. Ha elaborato la tematica del diritto soggettivo, partendo non dalla morale (come facevano gli stoici) o dalla logica, ma dalla radice del problema, cominciando cioè a demolire la *Politica* di Aristotele, da cui emerge con tutta chiarezza la concezione classica del diritto, e cercando di soppiantarla. Hobbes elabora una nuova immagine del fenomeno sociale, una scienza sociale nuova: *profana*, razionale, non più *ancilla theologiae*, come era quella degli spagnoli e, infine, radicalmente *moderna* (al contrario di quella di Althusius o di quella degli umanisti neo-stoici). Hobbes è non solo un cristiano ed un umanista, ma un adepto della scienza moderna, così come era venuta proprio allora determinandosi. Egli fa di Galileo il proprio modello, così come del suo amico Harvey; la sua pretesa è quella di costruire (e non sarà l'ultimo ad avere questa aspirazione) una scienza sociale modellata sulla fisica moderna.

Nella prospettiva di studio che abbiamo adottato, il passo decisivo compiuto da Hobbes è quello di rigettare l'aristotelismo. Su questo punto dobbiamo insistere e ne chiediamo scusa ai lettori. La scienza che riscuote il favore di Hobbes, così come quella apprezzata da Bacone, che di Hobbes

fu uno dei maestri, non è più una conoscenza speculativa, bensì un sapere orientato a fini pratici, al dominio sulla natura; è un sapere *utilitaristico*. Essa non va più alla ricerca di che cosa siano le cose, ma del perché delle cose, della loro genesi; non del loro *quid*, ma del loro *qua re*, di ciò che consente di poter agire su di loro. Se passiamo all'ambito delle scienze umane, dato che la pace è il bene più grande e la guerra il massimo dei mali, ne seguirà che la scienza si limiterà a ricercare le cause che originano la pace e la guerra, *bellorum ac pacis causae*. È solo questo, è questo obiettivo di per sé così limitato, che consente alla politica di Hobbes d'essere *meccanicistica*, secondo il modello che Cartesio propone per la scienza dei corpi estesi.

Per essere più precisi, il metodo che Hobbes cerca di utilizzare nella scienza sociale è quello della scuola di Padova; è il metodo risolutivo compositivo, che procede prima attraverso la dissezione dei corpi, poi attraverso la loro ricomposizione; prima con l'analisi, poi con la sintesi. Invece di osservare gli insiemi e la loro armonia intrinseca, come ben sapeva fare Aristotele, questo metodo li decompone, li riduce ad elementi singoli. Le società vengono così risolte nei loro atomi costitutivi, nelle loro cause efficienti; e le particelle elementari che le compongono saranno gli individui, dato che non si dà alcuna possibilità di spingere più avanti il processo di analisi, all'interno della logica della politica (a parte, Hobbes tratterà la *philosophia civilis*). L'insieme verrà quindi ricostruito a partire dagli individui. Non c'è nulla in tutto questo che non si accordi benissimo con il *nominalismo* oxoniense della scuola occamista, per il quale si può predicare l'esistenza solo a carico degli enti individuali: tutto il resto è pura costruzione intellettualistica.

In questo modo è chiaro come si giunge all'ipotesi dello «stato di natura», dello stato primo, originario, l'unico «naturale», in cui gli uomini vivrebbero isolati, e privi di ogni legame sociale. Per «natura» l'uomo non può più essere considerato sociale; egli, piuttosto, è «naturalmente libero». È esattamente l'opposto della nozione «teleologica» della natura professata da Aristotele. Hobbes prende di contropiede Aristotele, rifacendosi ad antiche mitologie poetiche individualistiche e soprattutto a temi stoici e a vecchie idee cristiane sull'eguaglianza e sulla libertà fondamentale di tutti gli uomini. Di queste tematiche egli fa il principio di una politica assolutamente nuova, che contiene in nuce la sua scienza del diritto e in particolare la sua nozione del diritto. Concetti, questi, che è giunto il momento di esaminare con accuratezza, a partire dalle formule precise che Hobbes adotta.

## II - Il concetto di diritto

Nei suoi trattati Hobbes procede alla maniera di Euclide: adotta l'ordine dimostrativo, a partire da *definizioni*. Esse sono numerose, precise, incisive

- anche se talvolta contraddittorie - e in particolare quelle che egli dà del diritto dell'individuo (*jus* o *right*).

Per comprendere bene questo concetto, bisogna porsi nella prospettiva dell'ipotetico stato di natura: lo *jus* è una nozione di base, uno di quegli elementi primi che l'analisi scientifica isola e mette in evidenza e che Hobbes qualifica come naturali; uno di quegli elementi che non è possibile afferrare altrimenti che nello stadio dello «stato di natura». Indubbiamente il diritto individuale (lo constateremo più avanti) non cesserà di esistere una volta costituito il corpo sociale, nello stato civile; esso apparirà però trasformato sotto le forme del *dominium* (*dominion*), della *proprietas* (*property*) sulle cose o sulle persone, forme che potremmo ancora designare col termine di *jura*. Ma per discernere la sua essenza, bisogna considerare il diritto prima che sia stato formato lo stato, il Leviatano, e che esistano le leggi civili: «*jus enim est... a legibus civilibus exemptio*».

Le grandi definizioni che Hobbes ci dà dello *ius*, all'inizio dei suoi trattati, valgono soprattutto per lo stato di natura. Leggiamo quella del *Leviatano*: «The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own Me; and consequently, of doing anything, which in his own judgement and reason he shall conceit to be the aptest means there unto». Il *right of nature* è il diritto per eccellenza allo stato puro: le formule corrispondenti delle due grandi opere precedenti (e che hanno all'incirca lo stesso contenuto del testo del *Leviatano*) utilizzano il termine generico di *jus*.

Il diritto in Hobbes, così come in Aristotele, è dedotto dalla natura. Ma la concezione hobbesiana dello stato di natura comporta il rovesciamento della nozione aristotelica di natura. In nessun altro autore, meglio che in Hobbes, si fa evidente l'opposizione esistente tra l'idea moderna di diritto soggettivo e il diritto della tradizione classica.

### 1. Le fonti del diritto dell'individuo

Aristotele deduceva il diritto dall'osservazione dei gruppi sociali; il diritto per lui è la risultante di una divisione sociale dei beni; e in questa prospettiva le società stesse vanno considerate naturali. Hobbes, ovviamente, non può che procedere in direzione opposta; per lui infatti nello stato di natura non esiste ancora una società.

La fonte o la «ragione» del diritto, per i classici, è la *legge*, che regola l'ordine delle società. Il diritto tradizionalmente era considerato l'oggetto, la proiezione della legge, a condizione di intendere il termine di legge in un'accezione ampia e che include la categoria della legge naturale non scritta (quella la cui formula è l'oggetto specifico di lavoro del giurista). Tra la legge, intesa in tal modo, e il diritto che è il suo prodotto, si dava un rapporto tale che, all'occasione, i due termini potevano essere confusi e usati l'uno per l'altro.

Hobbes insorge contro una simile confusione linguistica. Il che si spiega perfettamente, dato che nello stato di natura, come non esiste società, così non esiste nemmeno una legge che regoli i rapporti sociali e da cui si possa dedurre il diritto. Senza dubbio vi si riscontra l'esistenza di una «legge naturale»; non senza esitazioni (particolarmente negli *Elements of law*) Hobbes afferma che il diritto deve fondarsi su di essa; ma bisogna rimarcare che non si tratta più di una legge nel vecchio significato del termine, di una legge, cioè, sociale e sovraindividuale.

Se Hobbes fonda il diritto su di una legge, è solo sulla legge morale che intende farlo, o al massimo, a volte, sulle leggi fisiche (la sua analisi su questo punto è oscillante): solo queste, per lui, sono le vere leggi naturali. È la legge morale quella che ogni uomo scopre essere presente nella sua coscienza personale e in virtù della quale ciascuno sente l'obbligo a conservare la propria vita e l'incitamento a vivere secondo ragione: «*for the preservation of his own nature, that is to say of his own life*» (come dice il *Leviatano*). Il fatto che questo dovere esista per ciascuno, nello stato di natura, implica il diritto ai mezzi necessari al suo adempimento: il diritto cioè di difendersi e perfino, come vedremo, quello di impossessarsi di tutti i beni che siano necessari a tale fine. Per la costruzione del sistema Hobbes usa dunque questo vecchio argomento della tradizione stoica, per il quale il diritto all'autodifesa si dedurrebbe da quello di mantenersi in vita; un argomento al quale aveva fatto ricorso qualche volta anche la tradizione umanistica. Di questa tradizione di pensiero Hobbes ha recepito solo la prima legge fondamentale, dal contenuto strettamente egoistico (quella che detta i doveri nei confronti di se stessi), e che appare come una legge puramente morale, insita nella ragione di ciascun uomo.

Quanto alle altre leggi, quelle che limitano la libertà individuale, esse non hanno alcun rapporto col diritto, se non nei limiti in cui il diritto le contraddica: il diritto può insomma essere definito come ciò che non rientra nell'ambito precettivo della legge. Le leggi non fondano il diritto. Il diritto in Hobbes è dedotto dall'individuo, da un individuo che l'analisi scientifica isola da ogni ordine sociale preesistente (una robinsonata, questa), insomma dal «soggetto» stesso: è veramente un diritto «soggettivo».

## 2. Natura ed oggetto

Per Aristotele e per i suoi discepoli il diritto è una cosa, è un oggetto: è la parte che spetta a ciascuno. I testi romani contrappongono lo *jus*, che è un bene, al *dominium*, che è il rapporto che l'uomo ha con un bene. Al contrario vanno le cose nel sistema di Hobbes, dato che nello stato di natura non si può dire che ciascuno abbia alcunché; in esso non esiste la distinzione del *mio* e del *tuo*, e non esiste conseguentemente né una giustizia commutativa, né una giustizia distributiva che possano essere ricollegate ai precetti della natura. Hobbes deduce il diritto dal soggetto; nel suo sistema, il diritto non è una cosa che è distribuita al soggetto, ma è

il suo *attributo* essenziale, è una *qualità* del soggetto. Questo era già il pensiero di Guglielmo di Occam e della sua scuola ed anche, sia pur con qualche incertezza, di alcuni autori della giurisprudenza umanistica. Uno dei significati che Grozio attribuisce al diritto è quello di «*qualitas moralis personae competens*» ed è questa l'unica accezione che Hobbes riconosce al termine diritto.

Secondo la tradizione classica di ispirazione aristotelica, il diritto di ciascuno poteva comportare sia onori che oneri. Ad esempio, lo *jus civitatis* implicava l'onere del servizio militare; lo *jus utendi fruendi* l'obbligazione di restituire il bene allo scadere del termine, ecc. Al contrario, per Hobbes, non esiste nello stato di natura alcun obbligo sociale. Il diritto soggettivo non può essere che di vantaggio per il soggetto; esso non può mai comportare oneri per l'individuo, ma solo benefici per la «preservazione» del suo essere. È coincidente con il *potere* dell'individuo. Questa era già la dottrina della scuola nominalistica e, in parte, anche quella della tradizione stoica o comunque neo-stoica; ed era pure la dottrina dell'ala più innovatrice della scienza giuridica romanistica del XVI secolo.

Ma la rigorosa analisi di Hobbes va anche al di là di questa formula. A questo riguardo egli critica la confusione che veniva abitualmente fatta tra *diritto* e *legge*; un potere potrebbe pur derivare da una concessione fatta dalla legge, ma la legge impone doveri, più che non conferisca poteri; il diritto, dedotto direttamente dall'essenza dell'individuo, non è dunque - a rigore - una creazione della legge, ma precisamente il suo opposto. «*For law obligeth me to do, or forbear the doing of something; and therefore it lays upon me an obligation. But my right is a liberty left me by the law to do anything which the law forbids me not and to leave undone any thing which law commands me not. Did Sir Howard Coke see no difference between being bound and being free?*». «*Law is a fetter, right is freedom, and they differ like contraries*». «*jus et lex differunt ut libertas et obligatio*». Il diritto soggettivo, questa qualità dell'essere umano individuale, è una *libertas*.

### 3. *L'estensione del diritto soggettivo*

Ed ecco che Hobbes spinge fino al massimo limite la logica del nominalismo e della propria visione del mondo. Mentre, nel linguaggio classico, il diritto di ciascuno faceva parte dell'insieme dei beni sociali da sottoporre a ripartizione, era una frazione, un quoziente, per definizione *limitato*, Hobbes sottolinea che il diritto soggettivo deve essere in linea di principio *infinito* nello stato di natura. Infatti il diritto è quella libertà di cui la legge vi lascia la possibilità di uso, quella libertà che è consentita dalla legge. Ora, non esiste nello stato di natura alcuna legge che possa limitare tale libertà. È vero che esiste una legge naturale che ci consiglia di usare la nostra libertà secondo *ragione* e in vista della nostra *difesa* (e potrà quindi rivelarsi come una scelta razionale, quella di rinunciare al proprio diritto),

ma di tutto ciò solo il soggetto è giudice; non si tratta di un limite che ci è imposto dall'esterno e che tocca casi la nostra libertà. Il diritto dell'individuo, insomma, è quello di fare tutto ciò che a proprio giudizio potrà essere utile per la conservazione del suo essere: «is right of doing anything, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be aptes means thereunto». In linea di principio non c'è alcun limite al diritto, almeno nello stato di natura: il diritto equivarrà quindi ad uno *jus in omnia*. Si può dire, in questa prospettiva, che il diritto di natura abbia un *oggetto*, che si applichi cioè a qualcosa di esterno rispetto al soggetto e che entri nella sua determinazione? Per usare il lessico, se non proprio del diritto romano, almeno dei romanisti europei, lo si può chiamare *jus in aliquod*, *jus in rem*, *jus in personam*? È lecito dubitarne; si può anzi dire che esso non ha alcun oggetto, perché si applica a tutto, o almeno a tutto ciò che non gli viene sottratto dalla legge; esso è il «silenzio della legge». Esso si riferisce, più che a cose esteriori, al soggetto stesso, di cui è un prodotto; esso altro non è che l'uso razionale che facciamo della nostra libertà. Il diritto viene così definito *negativamente*, inglobando tutto ciò verso cui noi non abbiamo alcuna obbligazione di comportamento.

Ritengo che questa concezione del diritto come entità in sé indefinita sia riscontrabile in tutta l'opera di Hobbes. Senza dubbio, nello stato civile, i diritti privati dell'individuo andranno incontro ad una novazione. Vedremo che la legge del *Leviatano* fissa loro dei *limiti*. A questo riguardo, Hobbes conformandosi al lessico dei romanisti parlerà dei diritti come dei poteri su cose determinate: «*dominia*», «*rights of dominion*» (contrariamente all'uso dei romani, ma in accordo coi giuristi del suo tempo Hobbes qualifica il *dominium* come *jus*) «*jura in res, in personas, rights over persons, over things*». Ma forse simili espressioni non sono quelle che più corrispondono al suo vero pensiero. La libertà del cittadino, anche nello stato civile, conosce limiti solo attraverso l'esplicita indicazione della legge.

«*Ubi non definir lex, unicuique faciendi vel non faciendi libertas est*». Potrebbe darsi (anche se su questo punto il linguaggio di Hobbes è esitante) che si possa dire altrettanto del diritto. Ritorneremo più avanti su questo problema. In ogni caso, l'ambito di esercizio del diritto dell'individuo nello stato civile, anche se concentrato su pochi oggetti, resterebbe comunque una potestà assoluta, totale, arbitraria di usare la cosa, «*the right of doing anything*», di goderne e di abusarne nel modo più totale, salvo le eccezioni di legge. È un'idea, questa, che non era mai venuta in mente ai giuristi romani.

La storia della nozione di diritto non si conclude di certo con Hobbes: nuovi contributi verranno da Locke, Spinoza, Wolff, Kant e Fichte e da dottrine più strettamente giuridiche; capiterà anche che questa storia conosca inversioni di marcia, ritorni al modello neostoico e perfino a quello aristotelico classico. Ritengo però che in nessun altro autore come in Hobbes divenga chiara la nozione moderna del diritto come potere e

libertà, una nozione assolutamente opposta a quella di Aristotele: infatti le argomentazioni di Hobbes rendono chiaramente evidenti le sue fonti filosofiche, che sono l'esaltazione cristiana della libertà di ciascun uomo e soprattutto il nominalismo.

#### IV - Il primato del diritto soggettivo nel sistema giuridico di Hobbes

Non vorrei esagerare nell'insistere sui caratteri sistematici dell'opera di Hobbes. Ci sono già apparse le esitazioni, le fluttuazioni del suo pensiero, l'aspetto pragmatico del suo genio; l'abbiamo visto in qualche caso incapace di liberarsi del tutto dalle influenze del XVI secolo ed oscillare tra il modello stoico, che fonda il diritto sopra la legge naturale *morale*, e la tentazione di ricostruire questa legge in chiave *fisicistica*, basandola sulla forza bruta dell'uomo considerato nello stato di natura (e questa sarà la dottrina di Spinoza). Mi limito quindi a sottolineare che la dottrina di Hobbes non è priva di ambiguità; più che un sistema perfetto, è la ricerca di un sistema, che, non a caso, non giunge a una perfetta elaborazione.

Peraltro, la scienza sociale di Hobbes, almeno nelle intenzioni, pretende di essere costruita sul modello della geometria. Dobbiamo quindi ancora mostrare come l'insieme della costruzione hobbesiana (come la maggior parte dei sistemi giuridici moderni) graviti sulla nozione di diritto soggettivo. Questa nozione sta alla base dell'edificio, come principio del contratto sociale; mantiene tutta la sua rilevanza nella vita sociale, perché in essa si incarna la libertà naturale che permane anche all'interno del corpo politico; la ritroveremo infine alla conclusione del sistema, sotto forma dei diritti civili.

##### 1. *Il diritto soggettivo come fondamento della «Philosophia civilis»*

Cominciamo a chiederci quale ruolo occupi la nozione di diritto soggettivo dell'individuo all'inizio del sistema hobbesiano. Può sembrare che si tratti di un ruolo secondario. Abbiamo detto che sono due le nozioni principali che governano il sistema: lo *jus* e la *lex*, il *right* e la *law*. Non è facile dire quale sia la più importante. Non è forse vero che lo sforzo di Hobbes è sempre quello di ricordare ai suoi lettori l'obbligo che incombe su di loro di ubbidire al potere supremo, un obbligo che nasce dalla *legge* e che ha un primato su qualsivoglia *diritto*?

Di questi due concetti fondamentali, quale va considerato prioritario? La difficoltà nasce dall'ambiguità del termine *legge*, che può indicare sia la legge di Dio, che la legge naturale o la legge civile. Non nego che la legge di Dio abbia una somma importanza nel pensiero di Hobbes; da essa deriva tutta una serie di obbligazioni, assolutamente necessarie alla vita di uno stato cristiano; essa è la prima delle leggi nell'ordine morale. Ma ai nostri fini possiamo pure metterla da parte, dato che essa non deve avere alcun ruolo nell'ordine politico-civile, che è indipendente dalla fede. È invece

dalla legge *naturale*, quella che inclina (o obbliga moralmente) l'individuo a mantenersi in vita - come già si è detto in precedenza - che Hobbes inizia la trattazione del *Leviatano*. Ma questa legge naturale non è *properly law*; essa non consiste in una costrizione esterna; non impone all'individuo nulla che egli non senta già albergare dentro di sé, non gli sottrae nulla della sua libertà. Essa coincide col diritto.

In definitiva, è proprio il *diritto* naturale dell'individuo ciò che si colloca al principio del sistema, come si evince chiaramente dall'ordine dei due primi trattati. È sul diritto dell'individuo che viene costruito tutto l'edificio: prima il contratto e il patto, poiché, per Hobbes, il contratto è una reciproca cessione di diritti e il patto altro non è che rinuncia al proprio diritto, dunque uso, esercizio di diritto. Il patto deriva dal diritto soggettivo. Ora, il patto sarà la fonte di tutto l'ordinamento giuridico positivo, anche del diritto delle successioni e del diritto di famiglia. Sarà anche la fonte di ogni *giustizia*; secondo Hobbes non c'è ingiustizia che nella violazione dei patti: «iniustitia pactorum non praestatio». L'illecito (*injuria*), l'injury, l'atto contrario al diritto, consisterà nella trasgressione dei patti. Dal patto nascerà il *Leviatano* e attraverso il Leviatano tutte le *leggi*, tutte le leggi nel senso forte del termine, quelle che creeranno per il soggetto un'obbligazione esterna «poiché il diritto di fare le leggi non può essere attribuito a nessuno, senza il consenso dei cittadini e di un patto *espresso* o *tacito*».

Tutto l'insieme del diritto è ricostruito da Hobbes per gradi successivi, a partire dal diritto soggettivo: adottando questo procedimento, egli ribalta la metodologia della scienza giuridica precedente. In Aristotele la legge naturale (che egli considerava una legge non scritta, il cui tenore costituiva l'oggetto specifico della ricerca del giurista) genera l'ordinamento giuridico; con le sue enormi potenzialità, la legge di natura è chiamata a regolare (almeno nell'essenziale) le distribuzioni e gli scambi. Ancora per Grozio esiste una molteplicità di leggi naturali, che ad esempio proibiscono il furto e il danneggiamento dei beni altrui e da queste leggi egli cercava di dedurre il regime della proprietà privata. Tutto ciò, invece, scompare nel sistema di Hobbes: non c'è più giustizia distributiva, né giustizia commutativa che possano essere ritenute naturali; non c'è più un *mio* e un *tuo* secondo natura. Alla base dell'ordinamento giuridico c'è una sola ed unica regola, quella che proibisce di violare i patti. E questa medesima regola deriva dal diritto naturale, dall'individuo. Questa è la solida base sulla quale Hobbes ha costruito la sua teoria politica.

Quanto abbiamo detto concerne il fondamento del sistema. Ma nel costruire il resto dell'edificio, non sarà costretto Hobbes a ripudiare questo punto di partenza originario? Il Leviatano sarà costituito a partire dalla negazione della natura. E quanto al diritto naturale dell'uomo, non appena esso viene concepito ecco che se ne prepara la scomparsa. Non appena viene accertata l'esistenza della libertà umana nello stato di natura, ecco che sopravviene

una legge naturale (la «terza» delle leggi naturali) che obbliga gli individui (se vogliono vivere secondo ragione) a rinunciare ai diritti che possiedono nello stato di natura, a cederli, il che significa, secondo Hobbes, a spogliarsene, *deponere, lay down the rights*, ad acconsentire alla loro abolizione. Insomma agli occhi di chi vive nel nostro mondo vero e concreto e per la scienza giuridica, lo stato di natura sembra svanire d'un tratto. Forse era solo un'ipotesi, un artificio scientifico per spiegare la genesi del corpo politico.

Questa è la conclusione cui sono giunti alcuni interpreti, alla quale però noi non aderiamo. Se si parte da una rigorosa prospettiva storica, non si può più continuare a calunniare Hobbes. Non riteniamo che le libertà descritte come presenti nello stato di natura spariscano nello stato civile. Il libro di Warrender, ad esempio, ha mostrato molto bene come queste libertà permangano sempre attive. Se non altro, esse costituiscono il supporto vivente del diritto pubblico.

## 2. *Le libertà e i principi del diritto pubblico*

Usando un lessico di moda, diremo che non si deve considerare nel pensiero di Hobbes il passaggio dall'anarchia naturale alla società politica in chiave «diacronica», bensì in chiave «sincronica». Non si tratta tanto, infatti, di storia (come nel vecchio mito dell'età dell'oro o nella tradizione cristiana), quanto d'una sorta di analisi chimica, in cui ciascuno degli atomi mantiene la sua identità all'interno della molecola. Allo stesso modo il diritto naturale non viene meno nello stato civile.

La scienza giuridica che descrive il diritto *attualmente* esistente non può assolutamente fare astrazione dai diritti soggettivi naturali. Essa ha a che fare col diritto naturale sotto due aspetti: il diritto naturale del sovrano e quello dei cittadini. Cominciamo dal primo.

Sappiamo che ci deve essere almeno un diritto naturale individuale che sopravvive alla costruzione dello stato. È noto il compiacimento con cui Hobbes, sulle tracce di Bodin, descrive i diritti (*jura, rights*) della sovranità. Non che questa abbia diritti multipli che si dirigono ad una molteplicità di oggetti; per Hobbes la sovranità consiste nell'unico diritto naturale, privo di limiti, che si indirizza a «tutto» e che il sovrano già possedeva nello stato di natura. Attraverso il contratto sociale i sudditi non hanno riconosciuto al sovrano nessun diritto nuovo; essi non hanno fatto altro che rinunciare alloro diritto di resistenza, alloro diritto di concorrere col diritto del sovrano: è in questo modo che Hobbes analizza l'espressione «trasferimento» di diritto. Questo almeno sembra essere il suo pensiero più autentico, anche se nelle sue opere troviamo qua e là alcune contraddizioni. Il diritto del sovrano ha anche un carattere *individuale*. È chiaro che per titolare non ha una persona fisica, ma una persona artificiale. Bisogna che la sovranità sia ricondotta alla finzione di un individuo: le «moltitudini» non possono avere diritti; il nominalismo hobbesiano non concepisce altro

che diritti individuali. D'altra parte questo diritto di sovranità non può essere gestito se non da un individuo reale, il solo che sia provvisto della «capacità naturale» di esercitare diritti. E questo è un buon motivo per preferire il regime monarchico.

Il sovrano quindi ha un potere assoluto nei confronti dei sudditi, ha uno *jus in omnia*; non esiste contro di lui una *injury*. Nei rapporti tra stati sovrani, invece, si sa che il diritto naturale permane ancora in tutta la sua assenza di determinazioni: tutto è permesso tra gli stati, secondo l'incisiva espressione hobbesiana, tante volte ripetuta. La lucida logica di Hobbes rompe con la pretesa di Grozio (più benintenzionata che rigorosa nelle sue deduzioni pseudo-razionali) di dedurre dalla «legge di natura» un sistema di determinazione del mio e del tuo di ciascuno stato. Secondo Hobbes, non esiste un vero diritto internazionale, se si dà alla parola diritto un significato obiettivo. Per ciò che riguarda le relazioni internazionali, così come per le relazioni con i sudditi, il sovrano rimane nello stato di natura.

Ben diverso è il caso dei cittadini. E peraltro è evidente che, nel pensiero di Hobbes, al di là dell'immagine che viene alla mente quando si sente parlare di «cessione di diritti», i cittadini, stipulando il contratto sociale, non rinunciano affatto a *tutta* la loro libertà.

In primo luogo, essi rimangono titolari di quella parte della libertà che è dichiarata inalienabile. il cittadino non solo conserva la libertà di coscienza, sulla quale il Leviatano non ha alcuna competenza, ma anche il diritto di legittima difesa, al quale sarebbe folle rinunciare: *jus contra vim se defendere necessario retinetur*. Nessuno può rinunciare al diritto di difendere la propria vita. Nei limiti in cui il *Leviatano* cessa di adempiere a questo compito, l'uomo riacquista la sua libertà.

Al cittadino resta ancora molto di più, anche se si sa che nel regime politico immaginato da Hobbes le libertà individuali nei confronti dello stato non sono particolarmente ben viste. Le volontà libere sono anzi costrette dalla natura delle cose a imporsi terribili autolimitazioni; dovremo ritornare su questo punto. Ma ciò che nulla può estirpare è la *radice* delle libertà, dato che questa radice è l'essere dell'uomo. L'uomo non ha rinunciato ad altro che alle conseguenze specifiche che derivano dalla libertà dello stato di natura e non alla libertà in quanto tale. In ogni istante, la libertà esiste in atto nel seno stesso della vita civile.

Come Dio crea il mondo, continuamente, in ogni istante, così l'esistenza del Leviatano è una creazione continua delle volontà individuali. Senza dubbio Hobbes ci presenta il patto sociale come concluso una volta per tutte e tale che dal momento della stipula in poi esso obbliga i contraenti, dato che sarebbe assurdo contraddirsi, e nei limiti in cui la *causa* del contratto, cioè la pace sociale continua a essere garantita dal sovrano. Bisogna però che il cittadino persista di fatto nel suo consenso; ed è indubbio che egli *debba* moralmente difendere lo stato: la ragione glielo consiglia, le circostanze - lo stesso uso della forza - possono in pratica escludere che ci sia per lui

altra soluzione possibile. Ciò non toglie che sia ancora necessario che egli *voglia* lo stato. Quel colosso che è il corpo politico (e la storia mostra bene che è un colosso dai piedi d'argilla) riposa unicamente su questa base, che, se venisse a mancare, lo farebbe crollare. Il regime monarchico che Hobbes ama tanto possiede, come suo fondamento ineliminabile, la volontà del popolo.

Si tratta di un regime di uomini responsabili, che hanno scelto ciascuno il proprio destino e che consapevolmente hanno fatto propria la grande rivendicazione moderna della libertà. In Grecia, nelle città antiche, i cittadini non erano liberi e la legge, in nome della natura, decideva dell'assetto costituzionale: nel Leviatano è esattamente il contrario. Hobbes ha voluto spezzare quell'alito di anarchismo che aveva attraversato l'epoca rinascimentale; ha combattuto i monarcomachi; ma non può fare a meno di appartenere, nella sostanza, alla loro stessa famiglia. E in verità niente è meno omogeneo alla sua mentalità dei fascismi e dei socialismi dell'ottocento e del novecento, che si alimentano ad una visione del mondo diametralmente opposta. Hobbes appartiene certamente al suo tempo, cioè a quel nobile XVII secolo, a quel mondo cristiano e borghese (non sprovvisto di un residuale spirito feudale e del senso dell'onore nobiliare) ricolmo di individualismo; quel mondo che pretende che ciascuno sia responsabile di se stesso e di tutte le proprie azioni davanti a Dio, davanti alla propria coscienza, davanti alla sua ragione personale. Hobbes fa appello alla ragione di ciascuno, non alla forza. Le volontà individuali perfettamente libere e razionali (che senza dubbio non possono appartenere ad altri se non ad una élite di uomini illuminati) sono le colonne del Leviatano. E il *diritto* inalienabile dell'uomo, la sua libertà fondamentale (anche se non tutte le libertà secondarie) sono ben presenti nel sistema hobbesiano, così come in qualsiasi altro autore. Prima ancora di essere l'anima del pensiero di Locke e di Rousseau, di Thomasius e di Sieyès, la libertà è l'anima del *diritto pubblico* di Hobbes.

### 3. I diritti civili e i principi del diritto privato

Lasciamo da parte il diritto pubblico, dato che evidentemente esso non è nel pensiero di Hobbes il terreno di elezione dei diritti soggettivi. Hobbes pensa soprattutto al diritto privato, anche se i pubblicisti non vogliono sempre ammetterlo. I *diritti privati*, quelli che si esercitano non nei confronti dello stato, ma nei rapporti tra cittadini privati, sono l'obiettivo della sua costruzione sistematica. Ora, di che altro si tratta, se non di diritti naturali dell'individuo, giunti a piena maturità?

È vero che a prima vista quest'ultima formula sembrerebbe mal accordarsi al testo di Hobbes. Si sa qual è lo schema: nell'ipotesi dello stato di natura ogni individuo ha un diritto generale a «tutte le cose». In certi punti, riferendosi a una dottrina tradizionale, Hobbes arriva a parlare di un comunismo originario, che è un concetto ben diverso. Ma questo diritto

ancora indeterminato, dato che viene esercitato in concorrenza con quello di altri uomini, non è praticabile; è inutile, *unprofitable*; sembrerebbe anzi che questo diritto originario andrebbe considerato come dannoso per chi ne è titolare, dato che è causa di guerre, di insicurezza, di inquietudine. Esso è *neither propriety, nor community, but uncertainty*. È necessario perciò che l'uomo si metta al lavoro per dargli una nuova forma. Quando agli inizi della storia compaiono governi o sovranità *naturali*, si costituiscono già *dominia* sulle persone e sulle cose: la conquista, la potestà parentale o patriarcale, l'occupazione sono fonti di simili *dominia*. Ma il senso globale dell'operazione non si rivela apertamente che con la creazione cosciente, attraverso il contratto, del *Leviatano*. È un tipo di contratto sinallagmatico: i futuri cittadini abdicano, a profitto del nuovo sovrano, al loro diritto originario a tutte le cose. Ma ricevono in cambio nuovi diritti, i diritti *civili*, che questa volta non hanno più il difetto di contrapporsi l'un l'altro. Una delle competenze più importanti del sovrano è quella di operare, attraverso la legge che egli emana (*distributive law*), la determinazione precisa, che la natura non ha compiuto, delle proprietà di ciascuno.

Riassumendo, si può dire che nel regime dello stato civile, che è poi l'unico che conta, il diritto naturale dell'individuo è morto e rimpiazzato da qualcosa che è del tutto diversa? Con una specie di dialettica nel senso hegeliano del termine, Hobbes non ci descrive forse la negazione, la soppressione del diritto soggettivo, la sua *Aufhebung*, cioè il suo superamento? L'accostamento ad Hegel non mi sembra qui fuori posto, a condizione però di mantenere il duplice significato di *Aufhebung*: conservazione e superamento. I diritti civili sono ancora diritti soggettivi, rielaborati però per poter essere resi *effettuali*.

#### 4. *Aufhebung* come conservazione

Abbiamo già dibattuto se i diritti civili che spettano ai soggetti del corpo politico conservino ancora i caratteri del diritto soggettivo naturale. Confesso che il pensiero di Hobbes al riguardo non è sempre coerente; il suo linguaggio è fluttuante. Può apparire che attraverso il gioco del contratto sociale il diritto naturale dell'individuo si estingua e si annienti e che i diritti civili destinati a soppiantarlo appartengano ad una tipologia del tutto differente: *dominia, proprietates, jura in personam, in res, rights over persons, over things*: così si esprime Hobbes descrivendo il regime dello stato civile. Si noti che egli si rifà in questo caso al linguaggio dei romanisti e potremmo anche domandarci se egli non arrivi a rifarsi, quando tratta dei diritti civili, all'antica concezione classica, di tipo aristotelico, del diritto come *parte* che spetta a ciascuno e che la legge mette in distribuzione. Hobbes ci dice che la legge dello stato istituisce il *meum*, il *tuum* e il *suum* («mei, tui, sui constitutio, vocaturque proprietas») e come diceva Grozio erano questi i termini latini attraverso i quali i giureconsulti esprimevano il loro concetto di diritto: la parte che spetta a ciascuno.

Ma queste sono solo concessioni fatte al linguaggio dei giuristi. E non dobbiamo presumere che arrivando a descrivere l'ordine del corpo politico Hobbes abbia veramente abbandonato le sue posizioni fondamentali. Hobbes non ci dà che una definizione del diritto, quella del *right of nature*. La sua concezione dei diritti civili, in rapporto allo stato di natura, ha conosciuto significative modificazioni, ma è sempre rimasta fondamentalmente omogenea.

Ed infatti, per ciò che attiene alla *fonte*, questi diritti restano sempre in ultima istanza una emanazione del *soggetto* e non una creazione della legge.

Si obietterà che proprio dalla legge essi vengono *limitati*. Il sovrano crea le «proprietà», determina ciò che in base ai diritti apparterrà all'uno o all'altro. Porre dei limiti ai diritti è compito solo della legge, secondo la vecchia tradizione stoica e agostiniana ed anche secondo la prospettiva aristotelica.

A questa obiezione si può rispondere però nel modo seguente: in Hobbes il termine *legge* non ha lo stesso significato che riveste invece in Aristotele. Per Aristotele e per San Tommaso, la legge umana «determina» certamente i limiti del «mio» e del «tuo», sforzandosi però di esprimere nel miglior modo possibile le esigenze della legge naturale e della giustizia distributiva e commutativa. Le cose stanno ben diversamente in Hobbes. In quale modo, secondo quali criteri si effettui la ripartizione dei beni, Hobbes non ce lo dice. È uno dei punti deboli di questa dottrina, che peraltro ha tanta attenzione per la giustizia sociale. L'unica risposta possibile è quella di rimettersi all'*equità* propria del sovrano. Oppure si può presumere che ciascuno avrà la facoltà di «trattenere» per sé ciò che già possedeva prima di stipulare il contratto sociale. Ma nulla può garantirlo. La divisione dei beni e la loro distribuzione non si riconnettono più all'arte del diritto, come arte del giusto, ma alla volontà del sovrano, cioè sia pur indirettamente alla volontà dei cittadini, che attraverso il patto hanno conferito il potere al sovrano. La «legge» per Hobbes deriva dal patto, che trova a sua volta il proprio fondamento nelle libertà naturali, dunque nell'individuo.

In secondo luogo, se il diritto civile è *limitato* dalla legge umana, non da questa deriva però la sua *sostanza*: il pensiero autentico di Hobbes non va nel senso per cui il sovrano sul vuoto che conseguirebbe all'abolizione dello stato di natura creerebbe un diritto assolutamente nuovo, una forma nuova di diritto, che avrebbe come fonte la legge e il «contratto». Si è visto che, secondo Hobbes, la libertà dei cittadini permarrrebbe anche nello stato civile, all'interno dei limiti fissati dalla legge: «*Libertas civium in iis quae ... legislator pratermisit*». Il diritto è quel residuo di libertà che la legge non ha provveduto a togliere all'individuo. Il sovrano permette al soggetto di conservare una parte di quel diritto che egli già possedeva nello stato di natura, e che nasceva da lui e dalla sua ragione. Questa, almeno, è la posizione che meglio sembra essere in accordo con l'insieme del sistema hobbesiano.

Quindi anche nello stato civile (malgrado le fluttuazioni che si danno di frequente nel pensiero di Hobbes) il diritto in senso proprio non ha più a che fare col «*suum*», con le cose, con l'«*unicuique suum*», ma solo e sempre col *potere* che il soggetto ha nello stato di natura e che è un *attributo* dell'essere umano individuale. Il diritto è un *dominium* e questo termine è usato da Hobbes come sinonimo di *jus* (con un'indubbia innovazione rispetto all'uso linguistico dei romani).

Questo *potere*, consistendo nella libertà, resta nel suo principio *infinito*, privo di limiti, a parte quelli posti dalla legge. La sua stessa sfera di applicazione sembra estendersi all'infinito da tutti i lati, nei limiti posti dalla legge. Il diritto del cittadino inglese implica sicuramente il potere di appropriarsi di tutte le terre incolte che la legge non abbia ancora attribuito ad altri soggetti.

Su questo punto il pensiero di Hobbes, per la verità, è fluttuante, forse perché egli non riesce a liberarsi del tutto dal linguaggio tradizionale. Egli parla di diritto *su* cose rigorosamente circoscritte: *jura in rem, in personam, rights over persons, over things ...* Ma il diritto nello stato civile è in sé illimitato (a parte le eccezioni che la legge pone espressamente) quanto al *potere* che attribuisce a chi ne abbia la titolarità ... Avere il diritto di proprietà significa fare tutto ciò che si vuole del proprio bene, «*to do anything which in his own judgment and reason, he shall conceive*»; la proprietà comporta - come dice Hobbes quando parla del diritto di natura - usare il bene a proprio arbitrio, venderlo al prezzo che si vuole: si tratta in linea di principio della stessa libertà che è reclamata dal gioco del mercato. Sotto questo aspetto, Hobbes è già uno dei profeti dell'economia liberista. E questa onnipotenza assoluta del proprietario sul bene diviene essa stessa uno *jus*. Ricordo, dato che in materia sussistono ancora idee erronee al riguardo, che le cose andavano ben diversamente nel diritto romano.

## 5. Garanzie

Anche se non è sbagliato dire che per Hobbes i diritti civili sono ancora diritti naturali, va però sottolineato che essi sono progrediti significativamente rispetto allo stato di natura. Ciò che hanno perduto in ampiezza, per ciò che attiene cioè alla loro sfera di applicazione, l'hanno riguadagnato in effettività.

Rispetto ai diritti che si possiedono nello stato di natura, i diritti civili hanno diversi vantaggi: in primo luogo essi sono *esclusivi*: nei limiti fissati dalla legge essi «appartengono» all'oro titolare; il linguaggio di Hobbes sintetizza (al livello della vita politica) i due termini, che nel diritto romano erano ben distinti, di *jus* e di *proprietas* (property) con quello di *dominium*: dobbiamo intendere che in tal modo l'assoluta potestà del proprietario, riconosciuta ormai come un vero e proprio diritto, è garantita gelosamente contro qualsivoglia intrusione altrui; si realizza così una delle aspirazioni originarie dell'egoismo naturale degli individui.

In secondo luogo il diritto civile, dopo la stipula del contratto sociale, può finalmente essere garantito dallo stato. Nella sua consistenza precisa, che è determinata dalla legge (consistenza che è divenuta certa, e che i giudici non potranno più mettere in discussione in nome della giustizia) esso è ormai garantito dalla forza pubblica. È insomma divenuto provvisto di sanzione (e questo sarà il criterio di riconoscimento della giuridicità, nel sistema del pensiero moderno).

Al posto di quel diritto così inutile, come lo *jus in omnia* dello stato di natura, ecco dunque che il proprietario ha una garanzia sicura e costante; al posto di un'idea illusoria, egli ha avuto in cambio una realtà. Per continuare ad esprimerci nel linguaggio di Hegel, il primato del diritto civile su quello naturale sta nel fatto che esso non è altro che lo stesso diritto naturale divenuto *wirklich*, cioè effettuale, anche se a prezzo di qualche sacrificio.

## V - Conclusione

In sintesi, possiamo affermare che tutta la dottrina di Hobbes è dominata dalla preoccupazione dei diritti soggettivi individuali. Essi non solo sono la fonte della sua filosofia civile; non solo sopravvivono alla creazione del Leviatano, ma sono lo *scopo* della stessa politica. Non sono solo principi, ma *valori* ed elementi finalistici del sistema. Il Leviatano non solo è creato *dall'*individuo, ma è creato *per* l'individuo. Quelli che leggono Hobbes dal punto di vista della storia delle idee politiche dicono che il fine della sua filosofia è quello dell'instaurazione della *pace* e non si può non essere d'accordo; ma dal punto di vista della storia del pensiero giuridico, e in un senso più positivo, diremo piuttosto che il suo scopo ultimo è la promozione, la realizzazione, la sicurezza dei diritti soggettivi di ciascuno (dato che la pace non è altro che un mezzo per garantire il sicuro possesso dei diritti).

Questa è la finalità del patto sociale. Questo è il calcolo razionale interessato dell'individuo, quello che lo determina a concludere il contratto sociale: far valere il suo diritto naturale. Come un agente pubblicitario, Hobbes si prodiga nel mettere in risalto i vantaggi dell'affare, che oltre tutto è privo di rischi: si può essere assolutamente tranquilli che il sovrano manterrà fede al contratto (anche se non ne è direttamente coinvolto, dato che non lo ha sottoscritto) e che non mancherà di definire e di sanzionare i *diritti* di ciascun suddito. Tutto lo indurrà a comportarsi così: il dovere morale, la responsabilità davanti a Dio, al quale nell'altro mondo dovrà render conto del suo comportamento (veramente, come garanzia, non è molto consistente: un borghese non farebbe mai un affare se dovesse ricevere pegni così poco tangibili dalla controparte), ma soprattutto il suo stesso interesse, calcolato razionalmente. Le forze del Leviatano, infatti, corrispondono alle ricchezze di tutte le cellule che lo compongono: le *divitiae singularum* e il benessere, il *well and delightful being* dei sudditi.

Non esiste per il Leviatano altro modo di conservarsi, se non quello di vegliare e di promuovere i diritti dei suoi membri.

Tutto lascia prevedere che Leviatano procurerà ai cittadini ricchezza e sicurezza 51. Questo, almeno, è il fine che esso si deve proporre. È evidente che Hobbes non è un pensatore totalitario; più che alla forza del tutto, al «corpo politico», egli pensa a ciò che ne costituirà il *risultato*, al «benessere dei singoli». Dio ha creato i re per il bene del popolo, *God made the kings for the people*.

Possiamo concludere. Nel sistema giuridico di Hobbes non c'è più scienza della *giustizia* (come, secondo la famosa definizione di Ulpiano, cercava di essere il diritto romano), né scienza dell'armonia sociale. Non c'è nulla che sia più lontano dalla mentalità di Hobbes dell'idea di giustizia sociale, di giustizia distributiva, di giusta ripartizione dei beni tra i membri di un gruppo sociale. Come sarebbe stato possibile, del resto, che un discepolo di Occam e di Galileo si fosse potuto proporre come obiettivo quello dell'armonia di un tutto, che nella sua prospettiva non ha alcuna esistenza reale? Il sistema giuridico di Hobbes è una *scienza dei diritti soggettivi*, dei diritti del sovrano e dei sudditi, e di ciò che deriva da questi diritti: i patti, lo stato, la *legge*, che retro agisce sui diritti, li rimo della e conferisce loro forza e sicurezza, e li trasforma in diritti civili all'interno del corpo politico. Ecco il nuovo ambito del «giuridico» per la mentalità moderna. Ad altri, ai giuristi tecnici, ai romanisti, ai pandettisti, spetterà l'elaborazione (non sempre nella stessa linea di Hobbes, ma anche in quella di Grozio, di Locke, e più tardi di Wolff e di Kant ...) di pesanti definizioni, la classificazione di diversi modelli di diritti privati in generi e in specie (reali, personali, ecc.), la descrizione dei diversi modi di acquisizione, del loro tenore, della loro esatta sanzione ... Ma la politica di Hobbes è stata quella che meglio di ogni altra ha saputo fornire alla nuova scienza giuridica i suoi presupposti filosofici.

Resta da aggiungere ancora qualche parola, perché non ci si accusi di aver trascurato del tutto l'altra faccia della medaglia, cioè i punti deboli di questa dottrina (uno l'abbiamo però già messo in rilievo: l'indifferenza per la teoria della giustizia sociale).

Da parte nostra, siamo ben lontani dall'aderire alla dottrina hobbesiana, e non credo che ci sia bisogno di dirlo ancora una volta. Quei diritti così forti, così protetti e garantiti, non lo sono peraltro che *nei confronti dei privati*: non verso lo stato. È questo il prezzo che è stato necessario pagare per ottenere il riconoscimento dei diritti civili: riconoscere l'onnipotenza del sovrano, riconoscergli la titolarità del diritto universale di cui godeva nello stato di natura e rinunciare nei suoi confronti ad ogni forma di resistenza. In tal modo il diritto del cittadino, garantito con tanta efficacia nei rapporti di diritto privato, si annulla davanti allo stato. Il diritto non può essere opposto al principe. Qualsiasi cosa faccia, qualsiasi bene egli faccia suo, il sovrano non commette mai ingiustizia; il principe non può essere

ingiusto nei confronti di nessuno, dato che non esiste alcuna rivendicazione possibile contro di lui e che egli stesso possiede tutti i diritti. Si sa bene con quale crudezza Hobbes sviluppa a partire da questo principio tutte le conseguenze: affermare che il sovrano non ha il diritto di togliere a un suddito i suoi beni, sia con le imposte, sia altrimenti (e rammentiamoci che questa era ad esempio la dottrina di Bodin), è a suo avviso un'«opinione sediziosa». Ed ecco che emergono in Hobbes aspetti curiosamente reazionari; egli espone con compiacimento il sistema giuridico feudale, interpretandolo in modo tale da far risaltare i diritti preminenti del sovrano; altrove egli espone con freddezza, senza alcuna perplessità, anzi intensificandole, le durezze del sistema schiavistico romano. Il servo non può nulla contro il padrone, al quale si deve ritenere che si sia volontariamente sottomesso attraverso un patto. Quanto alle libertà pubbliche, il cittadino ne ha solo una, quella attraverso la quale egli acconsente in generale alla nascita dello stato. Soprattutto non deve esserci libertà di culto, né quella di professare libere opinioni in materia teologica; né deve essere ammessa la possibilità di porre in discussione, come pretendevano i parlamentaristi o Edward Coke, il grande giureconsulto, la legge, che non è altro che la volontà del sovrano. Finalmente i pubblicisti (ma direi, in generale, tutti) sono così posti di fronte ad un esempio lampante di «individualismo giuridico». Il sistema si conclude con uno scacco.

Ad essere onesti, bisognerebbe riconoscere che Hobbes descrivendo come il sovrano sia in linea di principio onnipotente non fa che descrivere una situazione di *diritto*; di *fatto* egli ha già prevenuto il lettore dicendo che il sovrano di norma non userà questa sua onnipotenza; non avrebbe alcun interesse a farlo, dato che la sua ricchezza e la sua potenza dipendono dalla cura con la quale egli si fa carico dei diritti dei cittadini. Ed inoltre Hobbes aveva potuto verificare che le conseguenze dell'anarchia erano *nel suo tempo* più temibili degli abusi commessi dal sovrano e che la sicurezza dei diritti privati costituiva un bene preferibile al godimento di pericolose libertà pubbliche, che, sempre nel suo tempo, sembravano minacciosamente eccessive. Tutto questo è vero, così come è vero che in altre circostanze storiche gli abusi dei poteri pubblici possono assumere spaventose proporzioni e giungere ad annichilire ogni diritto privato sotto la cappa dello statualismo. Il sistema di Hobbes non tiene nel dovuto conto questi rischi. Le generazioni seguenti, nel suo paese, hanno rigettato il sistema di Hobbes e seguito quello del suo avversario Coke; più di recente, esse hanno aderito al regime parlamentare e al liberalismo di Locke.

Ma quale è la vera causa del fallimento del sistema di Hobbes? Non c'è nulla da criticare nella sua logica. Dato che il suo sistema tendeva alla piena realizzazione dei diritti privati dei cittadini, era necessario passare attraverso il sacrificio dei diritti «pubblici» nei confronti dello stato: una volta poste queste premesse non si poteva arrivare a risultati diversi. La

stessa cosa è capitata ad altri autori: si pensi a Rousseau e anche ad Hegel. È questo il dramma dell'individualismo, quando gli si chiede di dare una giustificazione dell'ordine sociale: esso è obbligato ad autoconfutarsi e a sostenere i regimi più oppressivi nei confronti del cittadino.

Il merito della dottrina di Hobbes, del suo nobile e lucido pensiero, è di obbligarci a capire il dilemma di fronte al quale ci troviamo noi filosofi del diritto.

È una scommessa cercare di fondare il diritto, questo sistema dei rapporti intersoggettivi, sull'individuo singolo; è come fondare il diritto sulla negazione del diritto, una quadratura del cerchio. Se si parte dall'individuo e dal suo «diritto soggettivo» non si arriverà mai che all'anarchia e all'assenza di ogni ordine giuridico. Oppure, contraddicendosi, dopo essere partiti dall'individuo, se ne fabbricherà uno artificiale, il mostruoso Leviatano che frantuma gli individui veri e reali.

Non si può mai giungere al diritto se si parte dal *nominalismo*. La filosofia nata da Guglielmo di Occam e da Galileo (cioè, grosso modo, tutta la filosofia moderna) *non può* giustificare il diritto. Non è possibile pensare il diritto se non si parte da una posizione realistica, che consideri naturali le *società* e che il sistema dei rapporti sociali trovi la sua fonte solo nelle società. Bisogna cominciare dall'ammettere che l'uomo è un animale politico, «naturalmente» politico. Per quanto ci riguarda, non vediamo altra via di uscita se non quella di tornare indietro, abbandonare Hobbes e rifarci al suo avversario, alla dottrina di Aristotele, che implica tutta un'altra nozione del diritto riconosciuto all'individuo. A nostro avviso, è una conversione necessaria, anche se estremamente ardua.

### Capitolo terzo

## LA DOTTRINA DELLE FONTI DEL DIRITTO

### I - Introduzione

Si avvicina il momento in cui potremo mettere la parola fine a questa storia della formazione del pensiero giuridico moderno. Il lettore, probabilmente, penserà che è proprio arrivata l'ora. Ed infatti non posso non ammettere che abbiamo seguito una via lunga e tortuosa, andando avanti il più delle volte alla cieca. Da Cicerone a Sant'Agostino, da Occam a Lutero, da Suarez a Grozio, non abbiamo fatto altro che registrare, in termini molto spesso analoghi, l'assassinio, continuamente ripetuto, del sistema del diritto naturale classico e la sua progressiva sostituzione col sistema del diritto soggettivo. Quanti colpi su di un cadavere solo! Ma, come disse una volta Battifol, questo fenomeno si può spiegare col fatto che il diritto naturale, autentica descrizione dell'attività del giurista, ha il privilegio di essere sepolto da ogni generazione di giuristi tante volte almeno quante viene risuscitato. È un fatto, però, che Hobbes, che è un contemporaneo dello

sviluppo della filosofia moderna, è riuscito a sbarazzare il campo dal diritto naturale per alcuni secoli. Ecco perché chiuderemo la nostra ricerca con questo capitolo.

Abbiamo già detto quale sia - e quale resterà per la maggior parte dei giuristi dell'Europa moderna, grazie anche alle analisi lampanti contenute nel sistema politico di Hobbes - il significato fondamentale del termine diritto. Sappiamo anche qual è ormai lo scopo dell'arte del diritto: non più realizzare la giustizia, ma servire gli interessi dell'individuo, coltivare i suoi diritti soggettivi. Il diritto soggettivo, che per Hobbes esiste già nello stato di natura, è la prima delle nozioni basilari della scienza giuridica moderna. Ma c'è una seconda nozione complementare a quella di *jus* e quasi altrettanto essenziale, e senza di cui non si potrebbe concepire l'ordinamento giuridico.

Dopo la teoria dello scopo del diritto, prendiamo dunque in esame la teoria delle *fonti* dell'ordinamento giuridico. La fonte dell'ordinamento - ritiene costantemente la dottrina - è la *legge*. Dobbiamo quindi esaminare che senso abbia per Hobbes il termine *legge* e quale funzione abbiano le diverse forme di legge nella costruzione del suo sistema.

## II - L'ambiguità del termine 'legge'

Anche a proposito della legge, dobbiamo compiere il lavoro preliminare che avevamo fatto per il termine 'diritto': ricordare brevemente, cioè, per meglio comprendere il pensiero di Hobbes, la molteplicità dei significati che il termine 'legge' può assumere. 'Legge' appartiene al novero di quei termini elastici (come 'natura', 'ragione', 'Dio', 'giustizia' o 'diritto') che acquistano le accezioni più disparate da una scuola di pensiero all'altra. Ma la quasi totalità dei nostri storici del diritto rifiutano di prendere consapevolezza di questa estrema diversità di significati e perfino di cercare di veder chiaro in queste nozioni elementari, pur di non compiere uno sforzo filosofico, di vera filosofia del diritto. Sarebbe assolutamente necessario scrivere una storia della nozione di 'legge', così come di quella di 'diritto'; si noti, per di più, che manca ancora una buona voce di dizionario dedicata alla 'legge'.

Cominciamo con l'opporre alle precise definizioni date da Hobbes, teorico del pensiero giuridico moderno, quelle della tradizione *classica*. Se ho appena detto che il termine 'legge' designa, per tutti i giuristi, la fonte dell'ordinamento giuridico, e se mi è capitato di sostenere altrove apparentemente il contrario, quando si trattava di Aristotele e della sua scuola, ciò si deve precisamente al fatto che questo termine è equivoco. Secondo la dottrina classica, è ben vero che la giusta ripartizione dei beni, e cioè l'ordinamento giuridico, risponde ad una *legge*, che è soprattutto una legge naturale; Aristotele definisce il giusto come ciò che è conforme alla legge e San Tommaso scrive che la legge costituisce la ragione del giusto.

Ma che cosa è questa legge? Essenzialmente una legge non scritta (*agraphos nòmos*). Quando si leggono i testi classici, non si può interpretare il termine 'legge' nel senso di regola scritta. La legge è l'ordine della natura, la *struttura* delle formazioni sociali (se posso usare questa parola di moda); è l'ordine latente di cui non possediamo la formula, ma che dobbiamo ricercare *nelle cose stesse*; è una ragione nascosta nelle cose. Di conseguenza il metodo di lavoro del giurista non consiste nel compiere deduzioni a partire da una regola già data, ma esattamente nel contrario, nel ricercare cioè la regola a partire dall'osservazione della natura: «*jus non a regula sumatur, sed a jure quod est regula fiat*».

È chiaro che di questa legge di natura la teologia pone la fonte nello spirito di Dio creatore e ordinatore del cosmo; la legge naturale sarebbe dunque il risultato di una legislazione divina e può essere pensata a partire dal modello della legge umana positiva. Ma dal nostro punto di vista, è poco rilevante che l'ordine naturale del mondo trovi la sua spiegazione in Dio (nella «ragione» di Dio del resto, più che nella sua volontà). Noi uomini, infatti, non siamo in possesso della formula della legge divina eterna. La legge per noi resta un'incognita, che va ricercata nella natura.

È vero anche che la dottrina di Aristotele e di San Tommaso dà un certo spazio, accanto alla legge naturale, alla legge *positiva umana*, il cui compito è quello di «determinare» alcuni punti che richiedono una regolamentazione giuridica in modo del tutto arbitrario: e questa legge, che viene prodotta dalla volontà del legislatore positivo, prende corpo in formule espresse, orali o scritte; da queste formule il giurista deve dedurre quella parte del diritto che ne deriva e che prende il nome di «diritto positivo».

Ma, al di là di queste regole positive, rimane la legge di natura o la ragione immanente nelle cose: è da essa che, in fin dei conti, si deve dedurre la soluzione concreta dei problemi giuridici.

Ora, è ben facile capire che questa accezione del termine 'legge' non può esser fatta propria che da una filosofia di carattere «realistico». Quando ci si rifiuta di vedere nella natura l'ordine degli insiemi e si pongono all'inizio del sapere scientifico unicamente realtà individuali, si perde poi necessariamente la nozione *cosmica* della legge.

L'ha perduta già lo *stoicismo*: per 'legge' esso intende il precetto (peraltro strettamente morale) che procede dalla Ragione; e la ragione non è più l'ordine nascosto nelle cose, ma una forza «egemonica», una potenza attiva che esercita la sua autorità sulle cose e che si esprime nei discorsi o nei testi dei grandi uomini e quindi sotto forma di regole perfettamente esplicite. La legge è divenuta un precetto, che è posto, un potere di carattere spirituale.

Il pensiero *ebraico-cristiano* (di cui abbiamo seguito lo sviluppo nel pensiero medievale di matrice agostiniana) porta con sé una propria idea della Legge, non meno diversa da quella aristotelica: per legge si viene ad intendere un insieme di precetti posti questa volta da un Dio personale (che

non è più il Dio dei filosofi, cioè l'ordine del mondo, ma un Dio 'geloso', con una propria volontà); precetti, dunque, che vengono imposti da Dio al suo popolo, a causa della durezza di cuore di questo e come «rimedio ai peccati»: un fardello di rigidi comandamenti. Nello stato di innocenza originaria e, dirà San Paolo, in quello di santità evangelica, non ci sarà bisogno della legge, ma i santi vivranno in un regime di libertà, che contraddice al regime della legge. Le leggi dei sovrani terreni verranno pensate sul modello della Torah.

Passiamo ad epoche più vicine a quella di Hobbes: Occam e i suoi discepoli nominalisti non sono più in grado, evidentemente, di pensare alla legge come all'ordine di un tutto. Per essi la legge non si deduce da un tutto, ma emana da un individuo, dato che non ci sono che individui: questa è l'essenza del nominalismo. La legge è opera della volontà, è l'ordine arbitrario di un'autorità investita di una «*potestas absoluta*»: Dio in primo luogo e secondariamente i principi che sono suoi mandatari in questo secolo.

Durante il XVI secolo, in seguito al mescolarsi delle influenze nominalistiche, stoiche, bibliche, si è determinato il trionfo di questa seconda concezione, individualistica, della legge: essa viene ormai intesa come il comando del principe sovrano (è la formula di Bodin) o come il *dictamen rectae rationis* (è la formula di Grozio, imbevuto dello stoicismo, ed è altresì la formula con la quale egli designa la legge naturale).

La lacuna più riprovevole di questo nostro lavoro dipende probabilmente dalla rapidità con la quale abbiamo accennato ai trattati estremamente prolissi, dotti e sottili della tarda scolastica, e soprattutto di quella spagnola. È nella scolastica spagnola che si avverte - purché si abbia il coraggio di immergersi nella lettura di opere ben noiose - il passaggio che si è operato da San Tommaso alla filosofia che ne rappresenta il polo contrario. Infatti gli scolastici del cinquecento hanno il vezzo di rifarsi al «trattato delle leggi» di San Tommaso (dimenticando, chi più chi meno, il suo trattato dedicato al «diritto») traendone però la dottrina nei loro sedicenti commentari. In queste pagine, comunque, è possibile trovare innumerevoli controversie, definizioni, distinzioni minuziose tra i diversi tipi di legge, che vengono classificate come «indicative», «imperative», «permissive», ecc. ed ulteriori distinzioni tra la «legge» e il «consiglio», tra «legge» e «diritto», ecc. Il vertice di questi sforzi si ha nel trattato sulle leggi di Suarez, che a mio avviso è opera profondamente contraria nello spirito al vero pensiero di Aristotele ed alla tradizione classica. Bisogna ammettere che tutti questi problemi inerenti all'essenza della legge sono ancora considerati attuali nelle facoltà di teologia; così come, analogamente, i nostri filosofi non cessano di scriver libri sull'idea di legge naturale. Ma i nostri giuristi restano sordi al riguardo. Questo non è stato il caso di Hobbes: è ben verosimile che queste sintesi teologiche gli siano state ben note.

A questo punto è facile immaginare quale sia stato il partito di Hobbes: buon conoscitore della Bibbia, nominalista, individualista, egli non ha potuto far altro che aderire al partito anti-aristotelico. E sia per ciò che attiene alla teoria delle fonti del diritto, come per la teoria degli scopi del diritto, egli ha ribaltato la filosofia aristotelica.

### III - Le definizioni di Hobbes

Hobbes ci ha lasciato altrettante definizioni del termine *legge* (*lex, law*), di quante ce ne abbia date del termine *jus*. Ma mentre egli vede la presenza dello *jus* soprattutto nello stato di natura, definisce piuttosto la legge per come essa è nello stato civile. Le sue grandi definizioni di legge 6 valgono in primo luogo per la *legge* civile. È esattamente il contrario di quanto succede ad Aristotele, che quando pensa alla legge si riferisce in primo luogo e soprattutto alla legge di natura.

Prendiamo in considerazione la formula che ci viene offerta, con lunghi commenti, dal XXVI capitolo del *Leviatano*, quello che tratta della legge civile. «La legge civile è quella regola attraverso la quale la città, con un segno della propria volontà, dà ordini a ogni cittadino». «*Lex civilis unicuique civi est regula qua civitas, verbo vel scripto, vel alio quocumque voluntatis signo idoneo, ad distinctionem boni et mali imperat*».

Ma lasciamo da parte per un istante tutto ciò che si applica solo alla legge civile. Come emerge da numerosi altri testi, per Hobbes la *legge in generale* è un ordine, che emana da un'autorità - *mandatum eius qui coercere potest* -; essa ha la forma di regola esplicita, manifestata espressamente attraverso la parola o per iscritto - *vox imperantis vel prolata vel scripta*; la sua funzione è quella di creare un obbligo, il che è ciò che il termine inglese di *law*, che Hobbes ha voluto considerare come sinonimo di *lex*, evoca etimologicamente (il termine si riconnette alla radice tedesca *liegen*). Precisiamo che si tratta di un'obbligazione di carattere morale e non di una costrizione fisica; l'uomo non è costretto ad ubbidire alla legge per una sorta di pressione meccanica; egli ubbidisce liberamente, razionalmente, in previsione degli esiti futuri della sua condotta.

Ecco perché la legge differisce dal patto: mentre con il patto ci si obbliga, con la legge si è obbligati. E la legge è il contrario del diritto, dato che il diritto è libertà, mentre la legge è la restrizione della libertà di ciascuno. Il diritto è potere, è una qualità *interna* del suo titolare, mentre la legge viene dal di fuori, è il comandamento di un altro. Il diritto non è altro che diritto soggettivo; il suo contrario (il diritto oggettivo) si chiamerà *law*.

In particolare Hobbes ci avverte che la legge si contrappone al *consiglio*. Si è liberi di seguire o no il consiglio, mentre si è obbligati ad ottemperare alla legge; il consiglio ci è proposto nel nostro interesse personale, mentre la legge esprime le esigenze del legislatore; il consiglio è opera scientifica, la

legge è atto di volontà; il consiglio promana dai sapienti, la legge dall'autorità: «*It is not wisdom, but authority that makes law*».

«*Statutes are not philosophy ... but commands and prohibitions; ... a law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects declaring publicly and plainly what very of them may do, and what they must forbear to do*».

Non si potrebbe contraddire più chiaramente la nozione cosmica di legge naturale, di un ordine immanente al tutto sociale, che viene individuato dai sapienti. Ora, è dalla legge che si deduce tutta la dottrina hobbesiana delle fonti del diritto. È chiaro che essa si pone agli antipodi rispetto alla dottrina aristotelica: chiunque consideri la legge non come una ricerca di carattere intellettuale, ma l'opera dell'autorità, *posta* da questa autorità sotto la forma di una regola espressa apertamente - e che non ammette se non simili regole apertamente espresse - può essere considerato un positivista. Nel senso più specifico di questo termine, Duns Scoto e Occam, Suarez e Grozio, e tutti gli stoici erano già positivisti.

Per Hobbes, dunque, il diritto è *regola*, è l'ordine che promana da un potere esterno, che l'ha formalmente promulgato. L'ordinamento giuridico, avrebbe detto Aristotele, è interamente *nomikon*, o, come diciamo noi, positivo. Il diritto è regola, dunque è positivo. Hobbes riprende questa dottrina dai suoi predecessori.

La tradizione, peraltro, riserva l'etichetta di *positivismo* solo alla dottrina hobbesiana e non a quella di Grozio o di Pufendorf. E noi non abbiamo nulla da dire al riguardo. Il positivismo di Hobbes è in effetti più radicale, dato che per lui il diritto non proviene da Dio, ma dalla sola volontà dell'uomo. Hobbes ci invita a distinguere due tipi di legge, a partire dalla loro fonte. «Dalla diversità dei legislatori deriva la divisione della legge in divina, naturale e civile». Le prime due, quella divina e quella naturale, che, per la verità, sono poi la stessa cosa, trasmessa secondo due diverse modalità, hanno come autore lo stesso Dio.

Ora, i predecessori di Hobbes, che prima di lui avevano considerato la legge come l'ordine promanante da un'autorità, si erano rifatti di preferenza alla prima forma di legge: quella che promana dal comandamento di Dio, attraverso o la Scrittura, o la coscienza naturale dell'uomo e il dettato della sua ragione; per costoro la «ragione» veniva a costituire non tanto l'ordine immanente delle cose, quanto i precetti disposti da Dio nella coscienza di ogni uomo. Questa concezione delle fonti del diritto offriva ancora il fianco ad alcuni equivoci: se Dio è la legge, la sua legge è oscura e la ragione più oscura ancora. Chi mai sulla terra sarà l'interprete della legge divina rivelata o del contenuto della ragione? Il «consenso universale»? È anch'esso problematico. I sacerdoti, i grandi spiriti, i sapienti? Si corre così il rischio di ridare alla scienza una competenza, che teoricamente deve spettare solo all'autorità; di ritornare all'osservazione del «cosmo».

L'originalità di Hobbes sta nell'aver riservato la creazione dell'ordinamento

giuridico unicamente alla legge dello stato. Il diritto è posto solo dallo stato e attraverso quella che è la legge per eccellenza, la cui formula cioè è indicata espressamente mediante segni espliciti: e per Hobbes è tale solo la legge civile. È questo l'esito giuridico della sua filosofia. Per quale via vi è giunto? Prima di mostrare come Hobbes fonda il positivismo giuridico moderno, dobbiamo capire la funzione che è attribuita nella sua dottrina alle leggi naturali e divine.

#### IV - Il ruolo della legge naturale

Non si può negare che la *legge naturale* non occupi un posto considerevole nel sistema politico di Hobbes. Ecco perché molti studiosi si ostinano a classificare Hobbes come un «giusnaturalista»: si pensi a Bergbohm, Stammler, Solari ed ancora Strauss, Friedmann, Kelsen. Questi autori, a mio avviso, confondono la legge col diritto. Tenterò perciò di precisare innanzi tutto cosa Hobbes intenda per legge naturale; poi come egli passi a distinguere diversi tipi di legge e come al diritto naturale vigente nello stato di natura si sostituisca nello stato civile un diritto che è solamente positivo.

##### 1. *Essenza e contenuto della legge naturale*

C'è nel pensiero di Hobbes qualche incertezza sull'essenza della legge naturale. In linea di principio egli l'assimila alla legge *divina*, in quanto ha come autore Dio. E ogni legge, come abbiamo appena visto, deve derivare dalla volontà di un legislatore ed essere munita della minaccia di una pena da infliggere a chi la violi: in questo caso la sanzione della legge consiste nelle pene dell'al di là e il legislatore è Dio, il Dio personale dei cristiani: «Omnes leges naturales divinae sunt» scrive Hobbes nel *Leviatano*, mentre negli *Elements of law* leggiamo: «Per ciò che concerne la divisione della legge in divina, naturale e civile, le prime due non sono che una legge sola. Infatti la legge di natura, che è la legge morale, è la legge dell'autore della natura, che è Dio e la legge di Dio insegnata da Gesù Cristo è la legge morale» ... «Le leggi di natura ... devono essere ritenute leggi divine, in rapporto a Dio che ne è l'autore». Hobbes sottolinea con compiacimento le numerose corrispondenze che esistono tra le prescrizioni della legge di natura e quelle del Vangelo: «amerai Dio e il tuo prossimo», «ciò che vuoi che gli altri ti facciano, fallo anche tu agli altri»: ecco il contenuto della legge naturale. Hobbes segue a questo proposito una tradizione cristiana molto antica, che risale a San Paolo e continua nella patristica e successivamente nella teologia scolastica, e di cui troviamo ad esempio la formula nel *Decreto* di Graziano.

Ma la teologia cristiana (di cui Hobbes è a nostro avviso un ottimo conoscitore) gli insegna altresì a distinguere (anche se la loro fonte è comune e il loro contenuto omogeneo) la legge naturale dalla legge divina in senso stretto. Il modo in cui queste due leggi vengono trasmesse è

diverso. Mentre la legge di Dio in senso stretto è rivelata dalla Scrittura, direttamente, in forma esplicita, al solo popolo dei fedeli, la legge naturale viene trasmessa a tutti gli uomini mediante la loro ragione personale, che viene concepita come il luogo in cui Dio pone i suoi comandamenti. A questo riguardo la tradizione cristiana si tinge di neostoicismo. Hobbes è quindi in grado di definire la legge naturale come il comando della *Ragione*: «*lex naturalis praeceptum est sive regula generalis ratione excogitata*». È una formula, questa, che non ha nulla di inedito, ma che avevamo già riscontrato in Grozio e in molti altri autori, teologi e filosofi di ispirazione stoica.

Ma a questo punto Hobbes esita e si allontana dalla scuola razionalista. Come spiegarlo? È un effetto della sua formazione protestante o del suo metodo filosofico? Queste due cause possono anche sommarsi. Secondo la tradizione calvinista, l'uomo toccato dalla grazia può ancora ritrovare in lui la voce pura della coscienza e accogliere la voce di Dio; ma le cose non possono che andare diversamente per l'uomo decaduto, dopo il peccato. Per questo motivo, nella filosofia civile, che astrae dalla fede e dalla condotta illuminata dalla grazia, l'uomo è visto come governato solo dalle sue passioni, dal suo istinto naturale a difendersi e a conservarsi in vita e la ragione appare unicamente come lo strumento che calcola i mezzi adatti a garantire la nostra sopravvivenza. È questo il motivo per cui Hobbes dubita, in alcuni punti della sua opera, che la legge di natura, la legge della ragione, sia davvero assimilabile ad una legge in senso stretto: l'uomo la segue più per evitare future sanzioni che per interesse immediato. E più che imporre al soggetto un obbligo morale, essa ha l'apparenza di un *consiglio* prudenziale, di un «teorema» scientifico: «*Dictamina haec rationis nomen quidem obtinuerunt legum, sed improprie dictarum. Sunt enim de iis rebus, quae ad conservationem hominum conducunt tantum theoremata*».

La legge naturale, dunque, in questa fase dell'indagine, sembra essere una verità di fatto, di carattere scientifico, più che un precetto. Ecco perché la dottrina di Hobbes ammette tante diverse interpretazioni: se Warrender o Hood vi hanno visto (e a mio parere a ragione) il primato della legge morale divina, altri, come Polin, Bobbio, Mac-Pherson, hanno ritenuto di dover vedere nella sua opera una visione scientificistica del diritto, che arriva al limite del fisicismo: la dottrina del diritto sarebbe fondata (come accadrà in Spinoza) su quel *fatto* che è la natura umana, tesa verso l'autoconservazione e capace di agire razionalmente solo in vista della realizzazione di questo fine.

A mio parere, però, per capire la dottrina hobbesiana su questo punto specifico, ci si deve ricordare che l'opposizione tra il *fatto* e il dovere *morale* è relativamente recente e che in quell'epoca non era particolarmente diffusa. Se c'è un elemento che Hobbes ha accolto della filosofia classica aristotelico-tomista, ed anche stoica, è che le tendenze poste di fatto in noi uomini dalla natura, a cominciare da quella all'autoconservazione con

l'aiuto della ragione calcolante, devono essere buone.

Esse vanno considerate come un avanzo nell'uomo della legge divina. E il pensiero definitivo di Hobbes sulla legge naturale mi sembra essere indubbiamente nel senso che essa non sia una legge «in senso proprio». È una legge divina quanto alla sua fonte, ma le manca una dimensione essenziale: quella della piena esplicitazione nei nostri confronti 21. Essa non è altro che una tendenza che riscontriamo dentro di noi; una maniera spontanea di essere, quella dell'uomo che si comporta spontaneamente in conformità alla legge morale divina, senza conoscerne il contenuto specifico. È una qualità, una virtù: «*Lex enim naturalis omnis virtus moralis est, ut aequitas, justitia, gratitudo; quae ... leges proprie dictae non sunt, sed qualitates*», «*not properly laws, but qualities that dispose men to peace and obedience*».

Non minori sono le difficoltà, quando si passa a parlare del contenuto della legge naturale. Che cosa rimane della legge morale promulgata da Dio nella ragione naturale dell'uomo decaduto? Hobbes sembra sulle prime ritenere che non rimanga altro della legge naturale se non l'obbligo (o la tendenza) naturale a conservarsi in vita. Si tratta dello *jus vindicandi* o se *servandi*, che costituiva la prima delle massime dell'etica stoica. Continuiamo a leggere la formula, già citata in precedenza, del Leviatano, in cui si definisce la legge naturale: «*lex naturalis praeceptum est sive regola generalis ratione excogitata qua unisquisque id, quod ad damnum suum sibi tendere videbitur, facere prohibetur - a precept or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do, what is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same*». Il precetto fondamentale della legge di natura (e dal quale probabilmente si deducono tutti gli altri) è quello di difendere la propria vita ed anche (Hobbes aggiunge subito) quello di prosperare e di migliorare.

Ho appena sottolineato che questa regola è una regola morale, anche se la consideriamo come una forza che, presente in noi come un istinto, ci induce a conservarci in vita. Se il desiderio di autoconservazione è in noi da considerare come un istinto fisico, l'autoconservazione va non di meno considerata dal nostro punto di vista come un valore ed un dovere. Non dobbiamo disprezzare questa morale, quella dei doveri verso noi stessi, che né lo stoicismo, né la Bibbia, né l'insegnamento di San Tommaso avevano ritenuto di poter sottovalutare. Tutta la dottrina di Hobbes ne è un'esemplare applicazione. L'uomo in Hobbes si riconosce responsabile; non affida a nessun altro il compito di proteggergli la vita; segue il comandamento della propria ragione, che gli impone di salvaguardare il suo interesse personale. Questo è il nocciolo della legge naturale, che non si deve esitare a ritenere un elemento della legge morale divina, l'unico forse che ancora persista nel cuore dell'uomo dopo il peccato originale.

Esistono anche, però, altre leggi naturali. Prendiamo la lista che ne dà il *Leviatano* nei capitoli XIV e XV: una prima legge naturale ci obbliga a

ricercare la pace, a cercare di organizzare una coesistenza sociale priva di violenza, anche se (seconda legge naturale) per ottenere questo risultato è necessario rinunciare al proprio diritto naturale a possedere ogni cosa. Una terza legge naturale ci obbliga a mantenere le promesse, «that men perform their covenants made». Altre ci obbligheranno alla gratitudine, al perdono, all'assenza di crudeltà, alla rinuncia al nostro orgoglio e all'arroganza ... È possibile che tutte queste regole possano dedursi dalla regola fondamentale, che ci invita a salvaguardare il nostro proprio interesse: infatti è proprio perché lo stato di natura, quello in cui siamo liberi da ogni vincolo giuridico, è uno stato di guerra perpetua, che ci arreca solo miserie, inquietudini, insicurezza, sofferenza, che la ragione ci induce a ricercare la pace. E il calcolo della nostra ragione mostra che per ottenere la pace bisogna adottare determinati mezzi: rinunciare alla libertà, mantenere le promesse, astenersi da ogni violenza e rinunciare all'inutile orgoglio.

Non si può però essere assolutamente certi che tutte queste leggi naturali possano essere rigorosamente dedotte a partire dall'egoistica ricerca dell'autoconservazione.

Si può dire anzi il contrario. Il sistema di Hobbes non è riducibile a un puro sistema logico. Ritroviamo in lui tutti gli elementi dell'etica stoica, che era stata rimessa in voga dall'umanesimo cinquecentesco. Essere socievoli, creare una vita in comune, mantenere le promesse (che è un presupposto della vita in comune), essere riconoscenti, ecc., tutti questi sono doveri della morale ciceroniana, che aveva già costituito la spina dorsale del sistema di Grozio. Hobbes si è anche ampiamente ispirato per completare la tavola delle norme del diritto naturale (come quelle che regolamentano i contratti o i trasferimenti dei diritti) al diritto romano, razionalizzato, sistematizzato in regole «naturali» immutabili, presentato come un mero prolungamento dell'etica stoica, dagli umanisti del cinquecento.

La cosa più importante però, come lo stesso Hobbes ripete continuamente, è che tutte le leggi naturali coincidono con la legge evangelica; esse hanno lo stesso contenuto e la stessa origine di questa; potrebbero riassumersi tutte nella regola aurea del Vangelo: non fate agli altri quello che non vorreste che gli altri vi facessero. Amatevi gli uni gli altri. Cosa comanda la legge del Vangelo? La pace, che è l'oggetto della carità, la sincerità, la dolcezza, l'assenza di orgoglio ... Tutte le «virtù» evangeliche «*ut caritas, gratitudo*», le «*qualities that dispose men to peace and obedience*» sono presenti nell'uomo grazie alla legge naturale. La legge naturale non è altro nella sua essenza che la legge divina, che il Vangelo esprime chiaramente e che la ragione filosofica riscopre faticosamente.

Cosa concludere? In primo luogo che la legge di natura è una legge *morale* e non una legge giuridica. E arriviamo così al nodo della dottrina hobbesiana delle fonti del diritto.

## 2. La funzione della legge naturale nel sistema di Hobbes

Non voglio dire, ovviamente, che il sistema di Hobbes non dia il dovuto spazio alla legge naturale. Al contrario, Hobbes ha costruito il suo sistema, come del resto hanno fatto i suoi predecessori, a partire dalla natura, dalla natura dell'uomo, però, dato che il nominalismo non riconosce la natura delle società. Hobbes riprende dallo stoicismo l'idea (già fatta propria da Montaigne e da Bacone) di una natura umana uniforme e da questa natura umana egli deduce i due fondamenti del suo sistema: lo *jus*, o il potere che spetta a ciascun uomo, e la *lex naturalis*.

Tutto il sistema di Hobbes presuppone l'esistenza della legge naturale. Anche il diritto soggettivo naturale, in un certo senso, presuppone la legge naturale; infatti, se esso corrisponde al potere indeterminato di ogni soggetto, che è possibile dedurre direttamente dalla sua natura, è anche vero che esso viene qualificato come *jus* solo perché il suo esercizio come potere è ammesso dalla legge di natura; e d'altra parte la legge di natura, inducendo l'uomo a mantenersi in vita e a difendersi con ogni mezzo, fa sì che il diritto abbia per oggetto «ogni cosa». Ma anche il contratto sociale e la costruzione della società politica avranno per presupposto la legge di natura: è infatti la legge di natura, quella che obbliga l'uomo a ricercare la pace, a uscire dallo stato di natura, a cedere la sua libertà, ed infine a rispettare il patto sociale.

Va pertanto ripetuto a proposito della legge naturale ciò che nel capitolo precedente abbiamo detto a riguardo del *right of nature*: essa opera incessantemente anche durante la vita della comunità politica; ne costituisce anzi il principio permanente. È perché osservano i precetti della legge naturale ed ubbidiscono alla voce interna della ragione o della coscienza morale che i cittadini del *Leviatano* possono permanere nell'ordine e nell'ubbidienza e possono vivere in un sistema che li obbliga all'onestà reciproca, al rispetto dei contratti, con tutte quelle determinazioni apportate dalla legge civile. Quanto al *sovrano*, che non è obbligato da alcuna legge civile, è essenziale che sia costantemente obbligato dalla legge naturale: è su suggestione di questa, della ragione che è presente in lui come in ogni altro ed anche del timor di Dio, davanti al cui tribunale egli dovrà presentarsi dopo la sua morte, che egli compirà i doveri del suo ufficio; è in virtù della legge naturale che il sovrano distribuirà ai sudditi le loro proprietà o gliene lascerà l'uso; che legifererà, giudicherà con «equità»; provvederà al nutrimento di tutti, all'ampliamento della comunità, alla ricchezza di ciascuno e di tutti; è in virtù della legge naturale che si potrà sperare che egli sia benevolo e pietoso. L'elenco dei doveri del sovrano costituisce un capitolo centrale della politica di Hobbes (come più tardi di quella di Bossuet). Nulla potrebbe funzionare in un simile sistema se non ci fosse una legge naturale.

La legge naturale, peraltro, non è una legge *giuridica*. A parte il fatto che costituisce il fondamento del rapporto che lega i sudditi al sovrano, è impossibile dedurne i rapporti che legano i cittadini tra di loro. Non se ne

può dedurre, cioè, nessuna regola *oggettiva* di carattere giuridico. La legge naturale è una norma di carattere esclusivamente *morale*.

Non dobbiamo far altro che ripetere, a questo proposito, quanto abbiamo già detto altre volte parlando della legge morale stoica o della legge morale cristiana. Dato che la legge naturale nasce da una fonte individuale e si indirizza all'individuo per regolarne la condotta morale, non ci si può aspettare altro da essa se non che fondi un ordine giuridico. Essa è e resta per essenza estranea al mondo del diritto.

Hobbes lo dimostra nel modo seguente.

La legge naturale, sia che la deduciamo dai precetti evangelici, che dalla nostra ragione soggettiva, è *vaga*, priva di quella precisione che è necessaria, quando si tratta di determinare i diritti di ogni uomo. È vero che questa legge detta - a parte il dovere generalissimo di autoconservazione - una serie di doveri verso il prossimo, ma lo fa con formule dalle quali ciascuno potrebbe dedurre qualsiasi conseguenza. Analogamente, la morale del Vangelo proclama il dovere della carità: ama il prossimo tuo come te stesso, fa' agli altri, ecc. Ma sappiamo tutti benissimo che questi precetti si prestano a interpretazioni discordanti: ciascuno sceglie arbitrariamente chi debba essere il suo «prossimo» ed altrettanto arbitrariamente decide cosa debba fare per lui. E anche nei casi in cui il Decalogo ci ordina di non rubare o di non commettere adulterio, ciò non significa niente di preciso, nei limiti in cui non sappiamo ancora quali siano i criteri che delimitano la proprietà del vicino o le condizioni che stabiliscano la validità di un matrimonio. La stessa cosa si può dire della legge della ragione: essa ci comanda sì di «cercare la pace», di creare una coesistenza pacifica tra gli uomini e di mantenere le promesse; ma, come abbiamo visto, solo a *condizione* che tutto ciò serva al buon ordine sociale e sotto il vincolo della reciprocità, così che la nostra condotta risponda al nostro interesse razionale; ma essa non ci indica alcuna azione precisa da compiere. E non c'è alcuna nozione così inconsistente, altrettanto fluida, malleabile, incerta, di quella virtù che si chiama equità.

Non possiamo aspettarci nulla di più né dalla nostra ragione, né dalla legge della Sacra Scrittura. Sui doveri che ci vengono dettati dalla ragione, le opinioni degli uomini non hanno mai cessato di differenziarsi, come è stato già notato dagli scettici dell'antichità, da Montaigne, da Francesco Bacone: Hobbes ritorna più volte su questo tema. Quanto alle massime del Vangelo, sarebbe necessario un interprete autentico; i dottori della chiesa cattolica hanno cercato di assumere questo ruolo e in modo autoritario; ma noi sappiamo che questa via di uscita ripugna al protestantesimo di Hobbes, al suo senso di libertà, di responsabilità che ogni uomo deve avere davanti a Dio e alla propria coscienza.

In secondo luogo, la legge è *immutabile*: essa è valida in ogni luogo e negli stessi termini che Dio ha fissato una volta per tutte. La ragione umana è invariabile. Ecco perché la legge naturale non può rispondere ai bisogni

complessi e mutevoli delle nostre società storiche.

Ancora. La legge naturale governa unicamente le disposizioni interiori degli uomini, non gli atti esterni che essi compiono. Questa è la sua sfera, il suo specifico ambito, che la legge civile non può sindacare. Ed è questa la sua specifica forza; indirizzandosi alle intenzioni soggettive dell'individuo, essa diventa il motore delle sue azioni. Ma in ciò bisogna vedere altresì i suoi limiti; se la legge di natura è in noi una forza motrice interna, una «virtù», essa non è in grado di delineare le azioni che dobbiamo compiere, né soprattutto quelle che noi saremmo autorizzati ad attenderci e a esigere da parte degli altri.

Ancora. La legge naturale, per sua essenza, è *priva di sanzione temporale*. Essa né deve, né può essere munita di tale sanzione. Non c'è autorità umana che abbia il potere di guardar dentro alle coscienze o che sia in grado di valutare le disposizioni interiori degli uomini. Anche in questo caso Hobbes è allergico alle pretese clericali del diritto canonico della chiesa cattolica. Se noi osserviamo i precetti della legge morale naturale, ciò dipende solo *da noi stessi*: sia perché la nostra ragione ci dimostra che in tale osservanza sta in definitiva il nostro interesse personale, sia per la paura delle pene dell'al di là. Non rispettare i precetti della legge naturale è un *peccato*, di cui è giudice Dio; non è un *delitto*, che debba essere giudicato da un giudice terrestre. Nel vecchio linguaggio dei canonisti, Hobbes afferma che la legge naturale vincola l'uomo solo nel *foro interno*. Ma allora, se la legge naturale non vincola l'uomo che davanti a Dio e a se stesso, come potrebbe garantire un ordine sociale e temporale?

Questo è il punto. La legge cristiana non si è mai fatta carico di distribuire i diritti specifici di ciascuno; ciò che c'era di giuridico nella Torah ebraica è stato abolito da Gesù Cristo; la legge nuova del Vangelo, per usare l'espressione di San Tommaso, non comporta *judicialia*. Una volta di più prendiamo Hobbes in flagrante delitto di buona formazione teologica. E *a fortiori* non possiamo aspettarci nulla di giuridico dalla legge intesa come ragione soggettiva: in essa non c'è la distinzione tra il *meum* e il *tuum*, tra le singole proprietà; non c'è giustizia distributiva o commutativa, non c'è subordinazione tra gli uomini ma assoluta eguaglianza reciproca, né c'è la benché minima determinazione del giusto e dell'ingiusto, nel senso proprio di questi termini. «Ubi enim non praecessit pactum ... omnia omnium sunt. Nihil ergo est injustum». Questa affermazione viene costantemente ripetuta da Hobbes.

Non abbiamo nulla da aggiungere a questa analisi. Non è possibile, l'abbiamo già detto tante volte, dedurre il *diritto* dalla legge di natura, a meno che non si intenda con questa espressione (come facevano Aristotele e i suoi discepoli) anche l'ordine naturale delle società politiche e non si ritenga che il contenuto della legge di natura possa essere ricercato mediante l'osservazione di queste società, della loro ricca dinamica, facendo emergere dal loro stesso seno i rapporti giuridici. Ma le cose vanno

ben diversamente in tutte le filosofie, nominalistiche, atomistiche, moralistiche, idealistiche, soggettivistiche, che non hanno alcuna sensibilità per la politica e che sono costruite solo sull'individuo.

Abbiamo già osservato in precedenza che alcuni predecessori di Hobbes, abbandonato il realismo aristotelico tomista, si erano lasciati affascinare dalla filosofia opposta. Essi avevano perduto la nozione cosmica di legge di natura per tappe diverse e sotto diverse forme: ricordiamo la scuola agostiniana, Guglielmo di Occam e i suoi discepoli, Lutero, Calvino e la maggior parte degli scolastici spagnoli e, nel cinquecento, gli umanisti neostoici. Tutti costoro hanno fatto propria l'altra concezione della legge naturale, quella di matrice evangelica e stoica. Ma quasi tutti hanno ceduto, sia pure in misura diversa, alla tentazione di continuare a dedurre il diritto da questo tipo di legge naturale, che non era affatto adatta a questo scopo.

Erano già caduti in questa trappola Cicerone, quando aveva ripreso l'etica di Panezio, e parecchi giureconsulti romani; analogamente capitò a buona parte dei canonisti che partirono dalla morale cristiana; ma questa assurdità toccò l'apice nel diritto colto del rinascimento, quando alla morale cristiana si andò mescolando quella neostoica, alla quale Grozio, come si ricorderà, si rifaceva per formulare i tre assiomi fondamentali del suo sistema.

Abbiamo ripetutamente osservato che questo metodo è destinato al fallimento. Ad esso vanno imputate le insufficienze, le confusioni, le arbitrarietà della giustizia clericale dell'alto Medioevo, prima che San Tommaso restaurasse i veri fondamenti della scienza giuridica. E a proposito di Grozio abbiamo osservato come egli deducesse dai tre assiomi dell'etica neo-stoica un sistema di distribuzione dei beni solo ricorrendo a numerosi paralogismi e al prezzo di distruggere i valori della giustizia sociale.

Hobbes è più lucido e più rigoroso e riconosce subito che questa legge di natura - identica alla legge del Vangelo e alla ragione soggettiva dell'individuo - è priva di ogni contenuto giuridico. Sul piano del diritto, da essa si possono dedurre unicamente la libertà e l'eguaglianza di tutti gli uomini e l'indeterminatezza del loro potere, tutti elementi che non possono sussistere in una società di uomini peccatori, come noi siamo; dalla legge di natura si può dedurre solo quel modo di essere, che non è vivibile, che è chiamato «stato di natura». Hobbes accetta pienamente il fatto che esista una *legge* naturale morale e che essa abbia un ruolo essenziale nel chiarificare il principio delle azioni umane, ma non ritiene che questa legge possa essere considerata *giuridica*. Egli non è gius-naturalista. Il *diritto* naturale deve scomparire nella filosofia moderna; bisogna anzi che ogni ricordo del diritto naturale venga soppresso, tanto più che la nozione di legge naturale conduce, logicamente, all'affermazione dell'opposto principio del primato del diritto positivo. La «scuola del diritto naturale» che era già, per suo conto, molto infedele all'autentica concezione, quella classica, del diritto naturale, è destinata, grazie anche ad Hobbes, a

dissolversi nel lungo periodo.

## V - La legge civile e il giuspositivismo

Fino a qui non abbiamo fatto altro che evidenziare l'aspetto *negativo* della dottrina hobbesiana. Ed è l'aspetto meno originale. Finora abbiamo messo in evidenza il rigore critico del filosofo inglese, non l'inventività del suo genio. Molti prima di lui, del resto, avevano in diverse occasioni affermato che le istituzioni giuridiche, così come sono di fatto, numerose, complesse, articolate, non possono essere dedotte dalla legge di natura o dai precetti della ragione. L'apporto originale di Hobbes sta nell'essere riuscito a costruire - a partire dalla natura, sì, ma non in chiave deduttivistica - un congegno capace di generare soluzioni giuridiche.

La legge di natura ne è il *fondamento*. Tutto il sistema *parte* da questa legge di ragione, che obbliga l'uomo ad autoconservarsi e da quell'altra legge che l'obbliga, in vista della propria autoconservazione, a rinunciare alle proprie libertà, e più precisamente ancora da quella legge che l'obbliga a mantenere le promesse, una volta che siano state fatte liberamente: il patto sarà la fonte di tutta la giustizia, nel senso proprio e nuovo del termine, lo strumento di transizione, di indispensabile mediazione tra la natura e il diritto. Tutto nasce dalla legge di natura, ma non perché sia dedotto kantianamente, «analiticamente», da questa legge. Essa evoca piuttosto la «sintesi a priori» di Kant, o la dialettica di Hegel. È una legge *costruttiva* (che imita cioè le costruzioni geometriche), progressiva, attiva, genetica. Si può anche dire che, quando si rivolge al proprio oggetto, essa ne segue il movimento storico. Per contraddire quanto si è detto in precedenza (con un pensatore così ricco come Hobbes non ci si contraddice mai abbastanza), la legge di natura più che «sincronica» è «diacronica»: essa cioè non fa astrazione rispetto alla dimensione della storia, si muove nel tempo, è essa stessa storia, che attraverso il patto ci fa passare da uno stato di vita ad un altro, dallo stato di natura allo stato civile. È evidente che Hobbes ha ripreso questa tematica degli *stati* successivi dell'uomo dalla teologia cristiana, dalla storia cristiana della salvezza, che descriveva il passaggio dallo stato originario di innocenza alla caduta e successivamente alla redenzione. Il successivo trascorrere da un'«età dell'oro» ad una «età del ferro» è un mito che appartiene anche alla letteratura greca, e che fu coltivato principalmente dallo stoicismo. Ancora una volta possiamo osservare quanto diverse siano state le fonti di Hobbes e come il suo pensiero si radichi nella tradizione ebraico-cristiana.

Dunque, attraverso un salto, la natura produce il proprio contrario. Essa spinge l'uomo ad uscire al di fuori di se stessa, a creare attraverso il patto - che è l'analogo del *fiat* divino attraverso il quale venne creato l'uomo - un altro universo prodotto dall'azione artificiale dell'uomo; una copia del vero universo, una costruzione provvisoria fatta per venire incontro ai bisogni

dell'uomo nel suo attuale stato di distretta: il corpo politico, il *Leviatano*, la cui legge sarà la *legge civile*. E che sarà la fonte del diritto.

### 1. *L'essenza della legge civile*

Possiamo d'ora in poi andare più in fretta. La legge civile, infatti, è solo l'analogo della legge divina, adattata all'uso di questo nostro mondo caduto preda del peccato. Della legge divina è un po' un'imitazione, una grossolana contraffazione (anche se poi di fatto il pensiero di Hobbes ha seguito il cammino inverso, concependo la legge naturale sul modello della legge civile). Può anche darsi (come abbiamo già osservato parlando del diritto civile individuale in relazione al diritto soggettivo naturale) che la legge civile non sia che un modo di rimodellare la legge di natura 39, adattandola alle esigenze di questo mondo terrestre. La legge civile può anche essere considerata legge naturale, perché proviene dalla medesima fonte divina, o dai comandamenti della ragione, con l'unica differenza che essa ha bisogno della intermediazione del patto sociale, «*quia pactum violare et per consequens legem civilem transgredi, legis naturae transgressio est*». Ma per poter divenire applicabile, non più nel mondo dell'assoluta perfezione, al quale si rivolgono il Vangelo e la legge di natura ideale, quello in cui gli uomini potrebbero viverci eguali e liberi senza offendersi a vicenda, ma in questo duro mondo nel quale noi viviamo, essa ha dovuto rinnovarsi. Nel passaggio dallo stato di natura allo stato civile essa si è modificata, si è adattata a circostanze nuove ed è divenuta sotto certi profili l'esatto opposto della legge naturale.

La legge civile non ha più come autore Dio. Dio, come si è già detto, è troppo lontano dalla nostra umanità decaduta. Chi regna effettivamente in questa terra è il Dio fittizio, il Dio «mortale», creato ad opera del patto sociale, modellato ad immagine del vero Dio, *personale* come lui (dato che ogni legge è l'espressione di una volontà individuale) e sovrano proprio come lo è Dio (dato che ogni legge è il prodotto dell'ordine di un'autorità).

Gli uomini quindi non dovranno più interrogarsi sulla legge nel fondo di quella oscura caverna, che il peccato ha privato della luce divina, che è la loro ragione soggettiva; per superare la debolezza della nostra ragione soggettiva, e come espediente necessario, essi hanno fabbricato una «ragione artificiale», che è la volontà del Leviatano.

Va da sé che l'operazione non può effettuarsi senza qualche inconveniente. Infatti ci si può chiedere se questa ragione artificiale è veramente razionale; sotto certi aspetti lo è certamente, nei limiti almeno in cui ci affidiamo alla sagacità del sovrano; ma è anche sotto altri aspetti del tutto arbitraria. Il vantaggio che però si ha da questa operazione è che al posto di una ragione debole, incerta, fragile, abbiamo a disposizione una *regola* assolutamente certa. La legge civile, che è la «ragione» fabbricata dal corpo politico, si esprime in formule nette: «*verbo vel scripto vel allo quocumque voluntatis signo idoneo*» ci dice la definizione hobbesiana, che già abbiamo ricordato.

Sono parole, suoni o lettere, realtà insomma percepibili, che esistono in carne ed ossa, le sole che rientrano in fin dei conti nell'ambito della scienza nel senso moderno dell'espressione. Di conseguenza, ciò che mancava alla legge della nostra ragione per essere «propriamente una legge», e cioè l'essere *promulgata* in modo chiaro ed esplicito, ecco che lo si ottiene attraverso quell'artificio che è il contratto sociale. «Appartiene all'essenza di ogni legge - ad eccezione della legge di natura - l'essere promulgata». La legge civile è «dichiarata»; è antica usanza fissarla in formule esplicite, prima in forma poetica, successivamente in forma di codici scritti: Hobbes vuole che le leggi siano brevi, limpide, accessibili a tutti. Solo così esse potranno *obbligare* in modo veramente effettivo.

Senza dubbio la legge civile è inferiore rispetto alla legge di natura sotto un profilo almeno, per il fatto cioè che la prima non può sindacare le intenzioni soggettive degli uomini, come fa invece la seconda; il potere del Leviatano non arriva fino ai movimenti segreti che agitano il cuore di ogni uomo; ma contrariamente a quelle di natura, le leggi civili possono sindacare e regolamentare rigorosamente le conseguenze estrinseche delle azioni umane. La legge del Leviatano avrà un vantaggio decisivo: quello di essere munita di *sanzioni* effettive; non solo cioè della minaccia (resa vana dall'assenza di fede) delle future sanzioni dell'al di là (come era il caso delle leggi divine) e nemmeno della sola attesa dei danni che possono essere l'effetto di una condotta irragionevole (argomento al quale la nostra ragione malata può anche essere insensibile). Gli uomini, così come essi sono su questa terra, sono privi di fede e poco ragionevoli e non possono essere efficacemente guidati dalla sola *morale*. Bisogna aggiungere alla pressione di questi strumenti di pressione psicologica, che comportino una coazione immediata e reale. Dietro la legge del Leviatano, c'è la spada del sovrano (*the sword*). Ecco il momento in cui la sanzione diviene il criterio del giuridico.

Le leggi civili, così prodotte, saranno leggi nel senso più pieno del termine: *properly laws*; le leggi di cui la caduta del peccato originale ci aveva privato e che è stato necessario riconquistare; non un prodotto spontaneo della natura, ma un germoglio coltivato artificialmente. Dalla natura, che ci aveva dotato di leggi naturali, abbiamo tratto per sovrappiù, e *artificialmente*, con l'aiuto della nostra ragione, essa stessa naturale, ma in grado di trasformare la natura, quelle regole necessarie alle esigenze di un mondo dominato dal peccato, e adattate alle circostanze della vita sociale.

## 2. *Le funzioni della legge civile*

Il ruolo delle leggi civili sarà dunque quello di costituire un ordinamento *giuridico*. La legge divina - l'abbiamo già osservato - non è in grado, per Hobbes, di adempiere a questa funzione, perché colui che ne è l'autore, Dio, non è, per il filosofo inglese, il Dio ordinatore dell'universo della filosofia classica, ma il Dio personale dei cristiani, colui che parla agli

individui, colui che è il legislatore del Vangelo, che promulga una legge solo morale. Né può farlo la nostra ragione soggettiva. Ma ciò che non è in grado di fare la ragione *privata* (che è quella dell'uomo naturale) può ben farlo la ragione dell'uomo *pubblico* (quella cioè del corpo sociale artificiale). Solo il *Leviatano* è qualificato per questo tipo di operazione. Solo il sovrano, perché agisce come capo di un corpo politico, nella nuova situazione in cui lo ha posto il contratto sociale e che lo induce a controllare l'organizzazione del corpo sociale e le giuste relazioni che intercorrono tra i sudditi. Questo è divenuto il suo interesse personale: la sua prosperità, come capo, lo voglia o no, dipende ormai dal buon funzionamento del tutto, al quale egli è preposto. Egli non può venir meno ai suoi compiti.

Il sovrano creerà «buone leggi»; leggi molteplici e mutevoli, adatte alle situazioni di tempo e di luogo, ben altrimenti ricche e sostanziali che non la povera e immutabile legge di natura. Da queste leggi civili deriveranno la distribuzione delle ricchezze, la creazione dei diritti personali, la distinzione del *mio* e del *tuo*; tutto ciò, insomma, che la legge naturale non era stata in grado di fare e che non poteva fare, dato che prima del peccato originale, nello stato di innocenza primigenia, l'umanità ancora non peccatrice viveva in uno stato di comunione dei beni. È stata la malvagità umana a mutare questa primitiva comunione dei beni in *uncertainty* e a rendere necessario ciò che non era richiesto dalla natura, cioè la distribuzione dei beni, la creazione dei diritti civili: «*The distribution of the materials of this nourishment is the constitution of mine and thine and his; that is to say, in one word, propriety; and belongeth in all kinds of commonwealths to the sovereign power ... The introduction of propriety is an effect of commonwealth which can do nothing but by the person that represents it, it is the act only of the sovereign; and consisteth in the laws, which none can make that have not the sovereign power ...*».

La legge civile garantisce, grazie alla sua «spada di giustizia», la proprietà di ciascuno, senza la quale cosa del resto i diritti civili non avrebbero esistenza reale. Allo stesso modo essa dà esistenza ai contratti stipulati dai cittadini privati. Infatti nello stato di natura c'è certamente una legge che obbliga gli uomini a mantenere le promesse, in funzione del loro stesso interesse; ma questa legge naturale non obbliga che sotto condizione, se cioè l'esecuzione della promessa è funzionale all'autoconservazione: il che si dà solo quando si è certi che l'altra parte del contratto manterrà anche essa la parola data. Ora non ci sono molte ragioni di fidarsi dell'onestà altrui (a meno che la controprestazione non sia effettuata con testualmente, come è il caso dei contratti reali previsti dal diritto romano); tutto ci induce a diffidare del prossimo; dunque non siamo mai obbligati a mantenere le promesse che abbiamo fatto ad altri. Gli accordi senza la spada sono solo parole vuote. *Covenants without swords are but words*. Ma la legge civile è provvista di sanzione e ci dà ogni garanzia in ordine al comportamento

futuro dell'altro contraente; contemporaneamente essa obbliga anche noi; noi siamo perciò realmente obbligati a mantenere le nostre promesse. I contratti divengono effettuali, *wirklich*, grazie alla legge civile.

Più in generale, la legge civile fornisce il contenuto ad ogni specifica obbligazione, in quanto che ciò che è buono e ciò che è cattivo (in ordine alle azioni esterne degli uomini) non lo stabilisce la legge naturale, con le sue generiche indicazioni, ma la legge civile. Ma soprattutto non c'è la possibilità di parlare di giustizia nella società civile, se non a partire dalle leggi civili: «*Injustice is the transgression of a statute law*». «It is manifest that before there was a law, there could be no injustice; and therefore laws are in their nature antecedent to justice and injustice ... (I speak of human justice)». «*Neque injustum facit quisquam quod non sit contra legem sibimet ipsi positam*».

Se col termine *diritto* intendo un sistema di rapporti sociali, di obbligazioni e di diritto nettamente definiti (e tale diventa, secondo Hobbes, lo *jus* nello stato civile), questo diritto non è prodotto dalla legge naturale, ma dalla sola legge civile positiva. Ecco perché non ci sembra corretto affibbiare ad Hobbes, come fanno molti studiosi contemporanei, l'etichetta di «giusnaturalista». Noi lo riteniamo invece il fondatore del *positivismo giuridico*.

### 3. Il metodo giuridico

Lo stesso Hobbes ha esplicitato le conseguenze del positivismo giuridico. Su questo punto la cosa migliore da fare è leggere i capitoli dedicati alla legge nei suoi tre grandi trattati politici e soprattutto il *Dialogue between a philosopher and a student of the common law of England*. È un'opera postuma e tra tutte quelle che Hobbes ha scritto è certamente la più giuridica, oltre ad essere tra le più belle.

Il campo di battaglia di questo dialogo è la stessa pratica del diritto. Il «filosofo», che è lo stesso Hobbes, ben provvisto delle armi della filosofia moderna, si confronta con lo studioso che si è formato con la pratica professionale quotidiana della *Common law*; attraverso il discepolo, Hobbes attacca il caposcuola, sir Edward Coke, il grande rappresentante della casta dei giuristi e il difensore delle metodiche tradizionali.

La partita si gioca con molto *fair play*. Ascoltiamo in primo luogo lo studioso di diritto, che si è formato con i vecchi metodi della *common law*; è abbastanza chiaro da quanto andiamo leggendo che la tecnica dei giureconsulti inglesi nei corsi di *common law* era rimasta fondamentalmente quella *classica*. Ancor oggi il diritto inglese è quello rimasto più vicino all'arte casistica tipica dei giuristi romani classici. Il diritto, per lo studioso di Coke, riguarda soprattutto la scienza, o piuttosto la *giurisprudenza*, dato che affonda le sue radici nella natura e procede con lo studio dei singoli casi. Sono gli operatori del diritto a mettere in chiaro quale sia il diritto; ecco perché bisogna riconoscere autorità principalmente

ai *precedenti* giurisprudenziali e a quella sorta di prassi che è nata grazie alla scienza e alla «*prudencia*» dei giuristi del passato, anche se ciò non comporta, ovviamente, che non si debba discutere accuratamente la natura di ogni nuovo caso che si presenti. Non ci si può però dispensare dallo studio delle numerose collezioni delle opere dei giuristi del passato. Sono stati questi uomini sapienti e prudenti che hanno creato progressivamente il diritto, «*because by so many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men*».

Insomma, le ideologie dell'umanesimo giuridico e del razionalismo moderno non sono riuscite a scalfire il metodo dei giuristi pratici inglesi. Non potrei dire che lo *studioso* del dialogo hobbesiano non ne abbia subito l'influenza; egli fa appello alla ragione più che alla «*prudencia*» ed è imbevuto di teorie sulla comunione dei beni nello stato di natura e quindi ideologicamente ha già fatto una buona metà della strada che lo deve condurre alla fine ad arrendersi agli argomenti prospettati dal *filosofo*. Ma il razionalismo moderno non è ancora riuscito a far scomparire il vecchio metodo casistico; la legge della ragione è così elastica, da lasciare ai giuristi pratici un ampio spazio in cui poter esercitare la loro iniziativa, nelle forme dell'interpretazione; la casta dei giureconsulti mantiene ancora il potere di creare, o piuttosto, di dire il diritto: *juristenrecht, judge-made law*.

Così si comportavano i bartolisti nell'Europa continentale; e non si può proprio dire che il rinascimento e l'umanesimo (che hanno sostituito al primato della giurisprudenza quello della dottrina) siano riusciti a scalfire veramente la posizione di primato occupata dai giuristi. Ma vediamo ora quali sono gli argomenti del «*filosofo*», che fa la parte del leone nel dialogo e che dall'alto della sua vecchiaia sconfigge dialetticamente il giovane studioso appesantito da troppe conoscenze scolastiche. La lezione di Hobbes è incisiva. Per la verità, non è troppo lontana da quella del cancelliere Francesco Bacone (ma è meglio argomentata e più circostanziata): essa si incentra sul primato dell'*equità* del sovrano contro la prassi della *common law*: non esiste altra fonte del diritto se non la volontà del principe.

I giuristi usurpano un titolo che non è loro, quando pretendono di essere essi stessi a creare il diritto, o comunque a individuarlo grazie alla loro sagacia personale. La ragione che li guida non è sufficiente a far loro scoprire il contenuto del giusto. Su ciò che è giusto, le opinioni divergono: non c'è di che meravigliarsi, dato che si sa che le filosofie si sono da sempre suddivise in sette ferocemente avversarie tra loro e che anche le dottrine teologiche hanno visto il pullulare di eresie rivali, frutto dell'intrusione nella fede cristiana di filosofie contraddittorie. Non è un caso quindi che anche le opinioni dei giuristi siano discordanti. Quale seguire allora? L'opinione del giurista più saggio, di colui che ha più «*autorità*»? «*It is a hard matter to see which is the wisest in our time*», è

ben difficile capire chi sia il più saggio nel proprio tempo. La pretesa ragione dei sapienti, il loro preteso diritto naturale non sono altro che nomi, che coprono interessi particolari, che sono poi le uniche realtà accessibili alla ragione individuale. Non esiste diritto naturale, se con questa espressione intendiamo parlare di un diritto razionale. Su questo punto il *Dialogue* mostra un vigore ed una nettezza concettuale maggiori perfino di quelli che saranno poi tipici di Bentham, Austin, Hart, Bregbohm, Kelsen e Bobbio, tutti autori che ripetono fino alla noia gli stessi eterni argomenti, di cui abbiamo tutti piene le tasche e che sono tanto più banali, quanto più criticano quella che è solo una caricatura dell'autentico diritto naturale.

Non ci si può aspettare niente, quindi, dalla pretesa scienza dei giuristi; né nulla ci può venire da quella farraginoso letteratura giuridica, da quegli enormi trattati (sia dei bartolisti, che degli autori della *common law*) che dissimulano sotto l'oscurità del linguaggio la vanità delle dottrine. Il diritto non è «filosofia», non dipende dai

«dottori e dagli scribi», «*a multa librorum lectione non dependet*». Hobbes si sofferma a criticare i *books of philosophy*, il che non può non sorprendere in un filosofo così prolisso.

Rivolgiamo piuttosto la nostra attenzione al sovrano, «*It is not wisdom, but authority that makes a law*»: non la sapienza, ma l'autorità crea il diritto. «*It is the king that makes law*», è il re a fare il diritto. Il diritto è *statute* e non *consuetudine*, non *giurisprudenza*. E ricordiamoci che la decisione sovrana non può mai essere *ingiusta*, dato che i sudditi ne hanno riconosciuto in anticipo il valore con il patto sociale. «*There may indeed in a statute law, made by men, be found iniquity, but no injustice*»: la legge statutaria, quella fatta da uomini, può anche essere iniqua, ma non potrà mai essere ingiusta. È anche da escludere che essa possa andare contro ragione: «*It cannot be that a written law should be against reason: for nothing is more reasonable than that every man should obey the law, which he hath himself assented to*», non c'è infatti nulla di più ragionevole dell'ubbidienza che un uomo accorda ad una legge alla quale ha prestato il proprio assenso. «*Legem contra rationem esse non posse*».

Si insegna nelle scuole che esisterebbero altre fonti del diritto. Ma la *consuetudine*, di cui parlano così abbondantemente i giuristi della *common law*, deve essere espulsa dal novero delle fonti del diritto, a meno che non sia confermata da una legge; i precedenti giurisprudenziali, se sono erronei, non valgono nulla per il corretto giudizio di un nuovo caso; la dottrina dei giureconsulti, *jurisprudentia alicuius periti*, è necessariamente nulla di fronte ad una legge che affermi il contrario. Le vecchie fonti del diritto romano, i plebisciti, i responsi dei giuristi, i senatoconsulti, le consuetudini, non avevano, secondo Hobbes, alcuna autorità, se non per il fatto che l'autorità imperiale li avallava: «*non natura sua, sed consensu tacito imperatoris*». È noto che i sovrani si circondano di consiglieri e che firmano i testi che i consiglieri hanno preparato; ma i consigli sono altra

cosa che le leggi e non diventano mai tali se il sovrano non li sanziona. Ecco perché in Inghilterra i consigli del Parlamento non possono pretendere di avere forza di legge.

La legge del sovrano deve essere interpretata e a questa funzione assolvono i giudici; l'interpretazione sarà calibrata sulla volontà del sovrano e principalmente sulla ricerca della *intenzione* del legislatore. Senza dubbio non sarà proibito che il giudice, a titolo sussidiario e nel silenzio dei testi, lasci sfogo ai suoi sentimenti interiori e che giudichi in base all'*equità*: e del resto l'intenzione del legislatore va precisamente nella direzione dell'*equità*. Ma deve restar salvo il principio per il quale il sovrano è giudice dell'*equità*; è l'unico a poter giudicarne il contenuto; è l'interprete perfino delle leggi divine; il sovrano è l'unico che può esercitare quella particolare forma di equità che consiste nel correggere la legge; egli solo può farlo perché è il sovrano delle leggi: *princeps legibus solutus est* - è chiaro che Hobbes ignora del tutto la storia di questo adagio giuridico romano. L'interpretazione delle leggi spetta quindi in definitiva solo al legislatore sovrano, al suo tribunale di equità e non ai «dottori» o ad alcuna dottrina: «*doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem*». Il diritto non viene dedotto dalla scienza giuridica privata, ma dalla volontà pubblica.

Tutte queste teorie le ho apprese ai miei tempi dal mio professore di diritto civile: mancava il substrato filosofico e qualche termine era mutato; ad esempio la legge repubblicana veniva sostituita al monarca assoluto di cui parla Hobbes; c'era anche qualche sfumatura in più, che si riteneva necessario aggiungere al discorso. Ma questo era il nocciolo di quello che abbiamo chiamato la filosofia dei manuali giuridici; è ciò che è giunto fino a noi, attraverso Bentham, Austin, Rousseau o Kelsen e una moltitudine di altri autori; mescolato inizialmente alle vestigia del razionalismo giuridico, poi rescisso dai fondamenti etici su cui Hobbes aveva costruito il suo sistema, e infine dotato di vita autonoma su tutt'altre basi filosofiche o addirittura proprio su nessuna.

È che per i giuristi conta una cosa sola: il *metodo*. Il positivismo, afferma il Prélot, che se ne proclama difensore, è essenzialmente *metodologico*. E qui sta proprio l'essenziale. Poco importa discutere sull'esistenza teorica della legge naturale come punto di partenza del sistema (era questa la posizione di Hobbes, come è ancora oggi quella di Roubier, di Dabin, di Prélot); poco importa negarne recisamente l'esistenza (come fa Kelsen), dal momento che nella prassi ci si mette d'accordo a non tenerne conto, ma a regolarsi unicamente su quella che è la legge positiva dello stato.

Riassumiamo. Per arrivare a questo risultato è stato necessario: in primo luogo un cambiamento di prospettiva filosofica (operato già dallo stoicismo e dal nominalismo cristiano, cioè dalle due grandi forze culturali alle quali si ispira la giurisprudenza umanistica) che ha comportato l'abolizione della vecchia concezione classica del diritto naturale, quella di Aristotele, che

indicava nell'ordine intrinseco delle società l'autentica fonte del diritto. In secondo luogo è stato necessario prender consapevolezza del fatto che la nuova legge naturale, di tipo stoico o cristiano, che ha sostituito ogni riferimento alla natura nel senso cosmico del termine, in quanto «umana» e individuale, è sprovvista di ogni fecondità giuridica; e di conseguenza è stato necessario prima o poi rinunciare alle illusioni di Grozio e della scuola razionalista. Una volta che si è cambiata l'accezione del termine «legge», se ne devono accettare tutte le conseguenze. In terzo luogo, rimaneva ancora da costruire un nuovo sistema dell'ordinamento giuridico, a partire da questa nuova concezione della legge naturale, ma dialetticamente, con una sorta di salto capace di proiettarci al di fuori del regime della «natura».

Hobbes è l'inventore di tutto questo. Come è stato ben messo in luce dallo Strauss, non si era aspettata la nascita di Hobbes per dubitare del diritto naturale e per opporgli le convenzioni positive e arbitrarie degli uomini; c'erano stati i sofisti, gli epicurei e tanti altri e perfino (per ciò che riguarda il *diritto*) il primo stoicismo. Ma si era sempre trattato di una critica in negativo, che concludeva sempre nell'anarchia o nel sogno di una cosmopoli, incapace quindi di sostituire al diritto naturale qualcosa di diverso. Hobbes, nell'epoca della meccanica e delle invenzioni tecniche, ispirandosi senza dubbio alla dottrina del contratto sociale, è stato il primo capace di dedurre un sistema giuridico; il primo a costruire, mediante il patto sociale e il *Leviatano* che nasce da un sistema pattizio, un surrogato al diritto naturale; è stato colui che ha avuto il genio di *rimpiazzare* il diritto naturale, ormai scomparso (e i sospetti simulacri della scuola razionalistica), con il positivismo integrale.

## VI - Conclusione

Non possiamo abbandonare Hobbes senza prima arrischiare un giudizio di valore sulla sua opera. Nella sostanza, il suo sistema è ancora il nostro: è praticamente la pietra angolare del pensiero giuridico moderno.

Si comprende facilmente perché. Nulla è più adatto dell'ingegnosa macchina immaginata da Hobbes a servire gli scopi che l'élite borghese liberale moderna assegna al diritto: utilità e garanzia delle proprietà *individuali*. Che cosa c'è di meglio del Leviatano e della sua legge civile per costituire e garantire i diritti civili soggettivi dell'individuo? Dato che il giudice è obbligato ad attenersi alla legge positiva, alle precise formulazioni di questa, e ad applicarla il più meccanicamente possibile, la *proprietà* di ciascun cittadino viene, in linea di principio, ben garantita. Si può affermare senza difficoltà quello stretto regime di *contratti*, di cui ha bisogno il gioco dell'economia liberale e che rende possibile il potenziale arricchimento di ciascuno. Gli effetti di questo meccanismo sono ormai ben chiari; l'ordinamento giuridico diventa unitario, coerente e sistematico, dato

che deriva da una fonte unitaria, la volontà del sovrano; la scienza del diritto può finalmente essere chiara, facilmente accessibile a tutti e libera da quell'esoterismo che contraddistingueva la vecchia giurisprudenza. L'utilità individuale è servita nel migliore dei modi, una volta che si parte dal presupposto che il massimo vantaggio per l'uomo sia nel pensarsi e nel coltivarsi in piena astrazione dai rapporti che lo uniscono al prossimo e da ogni considerazione di giustizia sociale e che il suo vero interesse sia riposto (come il sistema di Hobbes induce a pensare) nel riportare tutto al proprio interesse. Hobbes fin dalla prefazione del *Leviatano* avverte i lettori che il Leviatano ha per fine quello di garantire la sicurezza dell'individuo naturale, che nello stato di natura è un essere *isolato*: «Homo naturalis, propter cujus protectionem et salutem excogitatus est». I *diritti civili*, che il sistema di Hobbes vuole garantire, non potrebbero esistere se non si presuppone lo stato e il positivismo giuridico.

Non dobbiamo però sopravvalutare il successo del pensiero hobbesiano. Bentham e Austin ne hanno tratto ispirazione, ma non la maggior parte dei giuristi del suo paese; essi hanno preferito Coke ad Hobbes e hanno mantenuto la loro adesione alla *common law*; hanno continuato a credere all'autorità dei precedenti giurisprudenziali e ad una certa indipendenza del giudice nei confronti della legge. Quanto alla Francia, non credo proprio che i suoi migliori giuristi (e in ogni caso i migliori giuristi dell'*Ancien Régime*) si siano inchinati di fronte al sistema. Il positivismo giuridico viene insegnato ufficialmente, ma non è mai messo totalmente in pratica. E al giorno d'oggi le filosofie dell'esperienza giuridica non hanno mai cessato di denunciare la falsità del sistema positivistic.

Sarebbe infinitamente lungo e tedioso mettere in chiaro tutti i limiti della teoria hobbesiana, tutti i punti in cui essa è chiaramente contraddittoria, in cui contraddice la *realtà* del diritto (quella realtà che la filosofia più recente ci insegna a preferire rispetto alle ingannevoli rappresentazioni dei sistemi idealistici): mi limito a ricordare il monopolio che essa riserva al diritto dello stato (quando ci può ben essere un diritto che nasce senza alcun intervento statale), l'arbitrarietà che viene riconosciuta all'agire sovrano, nell'illusione che costui debba sempre agire razionalmente; la semplicistica analisi dell'attività *giudiziaria*; l'oblio, anzi il sacrificio totale della *giustizia* distributiva, ecc. ecc. Ma queste critiche sono state ripetute ormai tante e tante volte, che non c'è davvero bisogno che io ci torni sopra. Hobbes non è riuscito a vincere la scommessa; il sistema socio-giuridico che egli ha elaborato viene insegnato nelle scuole, ma non può essere veramente messo in pratica.

Ciò che si conosce meno bene è il rimedio agli errori hobbesiani. È che il rimedio dovrebbe andare alle radici da cui sono scaturiti gli errori di Hobbes e cioè alle *premesse* della sua filosofia, che sono poi le premesse di tutta la filosofia moderna. Se leggere Hobbes è veramente istruttivo, ciò dipende dal fatto che il suo spirito rigoroso non ci ha celato nulla delle sue

premesse, che vengono chiaramente esposte all'inizio del *De corpore*. Hobbes era perfettamente consapevole di rompere con la tradizione aristotelica e fin dagli inizi del sistema, prima ancora di affrontare le tematiche della politica, aveva fatto le sue scelte a favore di una scienza arbitrariamente mutilata, che rinuncia a vedere nel mondo l'ordine degli insiemi e che postula che solo l'*individuo* esiste, che si chiude gli occhi sull'esistenza di cause finali e si limita a postulare unicamente *cause efficienti*, perché solo in tal modo si può costruire qualcosa di *utile* per l'individuo ... A partire da queste posizioni, tutto quel che viene dopo non è che una conseguenza necessaria. E infatti, una volta che si parte dall'individuo, non si può più arrivare a concepire il diritto come giusta ripartizione dei beni e come proporzione tra i singoli, ma solo come «diritto soggettivo» di ciascun individuo; analogamente, quando si concepisce la legge come l'espressione di una volontà individuale non la si può più ritenere in grado di mettere ordine nei rapporti sociali. Non esiste in realtà alcun modo di forgiare davvero il Leviatano; tra il sovrano e i sudditi continua pur sempre a vigere la legge della giungla. Un diritto giusto, accettabile per tutti, non può per sua propria natura che scaturire da una fonte *sovra-individuale*.

Chiunque costruisca un sistema giuridico partendo dai principi hobbesiani si vota allo scacco. È un'illusione sperare di poter rendere effettivamente praticabile il positivismo facendo qualche ritocco al sistema. Rousseau, ad esempio, ha sostituito il sovrano assoluto di Hobbes con la sovranità popolare: questa, però, non sarà meno tirannica di quello. I liberali, a partire da Locke, si sforzeranno di restaurare le libertà individuali del cittadino nei confronti dello stato, ma non riusciranno ad ottenere il risultato desiderato se non mettendo in pericolo l'ordine pubblico o accrescendo ulteriormente l'ambito dell'ingiustizia sociale. Ci spostiamo da Scilla a Cariddi, dallo statualismo all'anarchismo; ma non è facile correggere Hobbes. Si può sempre cercare di mettere in salvo l'edificio aggiungendovi qualche piano in più o rifacendone il rivestimento. Ma credo che non ci si riesca mai, a meno che non si metta mano alle *fondamenta*.

Il punto è - lo ripeto ancora - che il difetto non sta nella logica di Hobbes; leggendo le sue opere si prova una grande soddisfazione logica e quella sorta di godimento artistico che è dato da una bella architettura. Ma quando si va al di là delle premesse, tutta la bella costruzione di Hobbes crolla come un castello di carta.

Sfortunatamente, sono molto pochi i giuristi che leggono e discutono Occam, Galileo, Bacone o Cartesio. Siamo stati abituati a interessarci alla sola filosofia moderna e ben pochi di noi hanno voglia di pensare ad altro. Anche la maggior parte dei filosofi, che sono peraltro profondamente ignoranti in materia di diritto, preferisce occuparsi della sola filosofia moderna; in questa direzione è sempre possibile inventare qualche tesi

nuova, magari senza scandalizzare troppo l'uditorio. I filosofi amano la fuga in avanti e sono anche loro preda del pregiudizio moderno del progresso.

In queste lezioni mi sono sforzato (anche se in modo troppo teorico e troppo poco polemico) di rimettere in questione i principi stessi della filosofia moderna. E dato che il nostro oggetto di studio è il diritto e che siamo costretti a prendere in considerazione non le vette della morale o le certezze della scienza, ma l'umile realtà dell'ordine sociale temporale, siamo stati obbligati a prendere atto dell'insufficienza della filosofia moderna quando vuol render conto della realtà del diritto. Il pensiero giuridico moderno non ha saputo resistere al fascino di filosofie estrinseche, filosofie elaborate da moralisti, da mistici o da fisici, profondamente ignoranti di che cosa è il diritto, e a partire dalle quali ricostruire la logica del diritto diventa un lavoro di Sisifo; e si è lasciato soggiogare da visioni semplicistiche e estremamente artificiose del mondo, del tutto incompatibili con l'esperienza giuridica. Sono convinto che è necessario continuare a ripetere che la cosa migliore da fare da parte dei giuristi è studiare la storia e risalire fino al secolo in cui si è verificata quella rivoluzione concettuale che è la nascita del pensiero moderno e che ha corrisposto agli inizi di un lungo smarrimento. E ripartire imboccando la via giusta, quella che è stata a torto abbandonata, la via del realismo classico.