Il processo di scristianizzazione del diritto
Per una storia della filosofia del diritto

INDICE

Introduzione
I. Indicazioni generali sulla storia della filosofia del diritto
II. La storia delle dottrine come iniziazione della filosofia del diritto
III. Presentazione del corso: la filosofia del diritto dei teologi cristiani

---

Parte prima. I precedenti nell'antichità greca, romana ed ebraica

Capitolo primo. **Le origini della filosofia del diritto greca**
I. Introduzione
II. Il periodo arcaico
III. La crisi del V secolo
IV. La reazione socratica

Capitolo secondo. **La filosofia del diritto di Platone**
I. Introduzione
II. La definizione del diritto
III. Le fonti del diritto
IV. Conclusione

Capitolo terzo. **La filosofia del diritto di Aristotele**
I. Nozioni preliminari
II. La definizione del diritto
III. Le fonti del diritto: il diritto naturale secondo Aristotele
IV. Le fonti del diritto: la teoria delle leggi positive.
V. Conclusione

Appendice
I principi del diritto romano
I. Stoicismo e platonismo nel diritto romano
II. L'aristotelismo nel diritto romano

***Parte seconda*. La teologia cristiana e la filosofia del diritto dal V al XIII secolo**

Capitolo primo. **La dottrina del diritto di Sant'Agostino**
I. Introduzione
II. La vita
III. Le opere polemiche

IV. Le opere principali che interessano il diritto
V. La città di Dio
VI. Divergenze interpretative. La legge eterna
VII. L'autorità delle leggi profane
VIII. Il primato della giustizia cristiana

Capitolo secondo. **Da Sant'Agostino a San Tommaso**
I. L'agostinismo giuridico
II. La rivoluzione scolastica

Capitolo terzo. **La dottrina del diritto di San Tommaso**
I. La vita di San Tommaso
II. Le opere
III. L'opera di San Tommaso nel suo tempo
IV. La dottrina del diritto naturale
V. La genesi del diritto naturale
VI. I limiti del diritto naturale e la teoria della legge positiva
VII. L'apporto della fede
VIII. Conclusione

II. IL FRANCESCANESIMO E IL DIRITTO

Introduzione
Le fonti scolastiche medievali del pensiero giuridico moderno

Capitolo primo. **La modernità della dottrina giuridica tomista**
I. L'affermazione della dottrina tomista
II. La legge

Capitolo secondo. **Accenni alla scolastica francescana.**
La filosofia di Duns Scoto
I. Orientamenti della scolastica francescana
II. Povertà francescana e diritto

Capitolo terzo. **La filosofia del diritto di Guglielmo di Occam**
I. Biografia
II. La vittoria nel nominalismo
III. Il positivismo giuridico di Guglielmo di Occam

Capitolo quarto. **Prolegomeni allo studio del diritto soggettivo in Guglielmo di Occam**
I. La nozione di diritto soggettivo e il sistema del diritto naturale
II. Lo jus del diritto romano classico
III. Preistoria dell'idea del diritto soggettivo

Capitolo quinto. **La genesi del diritto soggettivo in Guglielmo di Occam**
I. Una teoria occamista del diritto soggettivo
II. I fondamenti del diritto soggettivo nella filosofia di Occam

Capitolo sesto. **Osservazioni conclusive sulla scolastica medievale** 225

III. IL SEDICESIMO SECOLO. AUTORI RELIGIOSI

Introduzione

Parte prima. La riforma protestante

Capitolo primo. **Lutero e il diritto**
I. Introduzione
II. La svalutazione del diritto
III. L'abbandono del diritto naturale classico
IV. Il positivismo giuridico luterano
V. Conclusione

Capitolo secondo. **Calvino e il diritto**
I. Vita e opere di Calvino
II. L'etica sociale di Calvino
III. La dottrina calvinista del diritto

Parte seconda. La filosofia del diritto della riforma cattolica

Introduzione
Capitolo primo. **Nozioni generali sulla scolastica spagnola**
I. Introduzione
II. La restaurazione del tomismo
III. Il ritorno al diritto naturale
IV. L'infedeltà al tomismo

Capitolo secondo. **Francisco de Vitoria**
I. Introduzione
II. L'elaborazione dello jus gentium
III. La dottrina della proprietà
IV. Conclusione

Capitolo terzo. **Francesco Suarez**
I. Un'introduzione a Suarez
II. La dottrina suareziana del diritto

_____

IV. L'UMANESIMO E IL DIRITTO

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

Parte prima. La rinascita delle filosofie ellenistiche

Capitolo primo. **La filosofia dell'umanesimo e le sue componenti**
I. Un nuovo mondo culturale
II. Il ritorno alle fonti antiche
III. La scelta delle fonti. Aristotele, Platone
IV. Il primato delle fonti ellenistiche

Capitolo secondo. **Stoicismo e diritto naturale**
I. Introduzione
II. La giustizia stoica e il diritto
III. La «natura» secondo gli stoici
IV. Verso una nuova definizione del diritto naturale
V. Conclusione

Capitolo terzo. **Lo stoicismo ciceroniano e le fonti del diritto**
I. Il diritto, opera dell'uomo
II. Il trionfo della legge

Capitolo quarto. **Lo stoicismo e il contenuto del diritto. L'influenza sul diritto romano**
I. Le regole fondamentali del diritto secondo Cicerone
II. Lo stoicismo e il diritto romano
III. Conclusione

Capitolo quinto. **La rinascita delle filosofie scettiche**
I. Le ragioni della rinascita dello scetticismo
II. Le filosofie scettiche
III. Scetticismo e diritto
IV. Lo scetticismo di Montaigne e la filosofia del diritto

Capitolo sesto. **La rinascita dell'epicureismo**
I. Il successo dell'epicureismo nel mondo umanistico
II. L'epicureismo
III. L'epicureismo giuridico
IV. Conclusione

Parte seconda. La giurisprudenza umanistica
L'apporto dell'umanesimo alla scienza giuridica moderna

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

V. L'EPOCA DI CARTESIO
Preambolo filosofico
I. Introduzione
II. La cultura del Seicento
III. I caratteri della scienza moderna
IV. Francesco Bacone
V. Bacone e il diritto
VI. Qualche parola su Pascal
VII. Cartesio
VIII. Un giudizio di insieme

Parte prima. I primi sistemi del razionalismo giuridico

Capitolo primo. **L'opera giuridica di Althusius**
I. Osservazioni bibliografiche
II. Il diritto nella «Politica» di Althusius
III. La «Dicaelogia»
IV. Conclusione

Capitolo secondo. **Grozio e il diritto**
I. La vita e le opere
II. Il diritto nel «De jure belli ac pacis»
III. Conclusione

Parte seconda. Thomas Hobbes e la fondazione del positivismo giuridico
Premessa

Capitolo primo. **Introduzione ad Hobbes**
I. Economia e politica
II. Religione e filosofia

Capitolo secondo. **La teoria degli scopi del diritto**
I. Introduzione
II. La nozione di diritto soggettivo
III. Il concetto di diritto
IV. Il primato del diritto soggettivo nel sistema giuridico di Hobbes
V. Conclusione

Capitolo terzo **La dottrina delle fonti del diritto**
I. Introduzione
II. L'ambiguità del termine 'legge'
III. Le definizioni di Hobbes
IV. Il ruolo della legge naturale
V. La legge civile e il giuspositivismo
VI. Conclusione

I. ANTICHITÀ E MEDIOEVO

INTRODUZIONE

1. *Indicazioni generali sulla storia della filosofia del diritto*

L'insegnamento della filosofia del diritto, che è stato introdotto solo da pochi anni nelle Facoltà giuridiche francesi, possiede al contrario un ruolo di grande importanza nelle Facoltà di diritto tedesche, spagnole e italiane e sta acquistando in diversi altri paesi (soprattutto negli Stati Uniti) un'importanza crescente. Nella maggior parte dei casi questa disciplina dà largo spazio alla storia, perché la storia delle dottrine filosofico-giuridiche può essere considerata come un metodo di *iniziazione* agli studi di filosofia del diritto.

1. *Che cos'è la filosofia del diritto?*

Gli «Archives de Philosophie du droit» hanno pubblicato un'inchiesta su questo argomento. Le risposte sono state estremamente diversificate; ogni scuola ha un suo proprio modo di definire questa disciplina, il suo oggetto e le sue relazioni con la scienza del diritto; allo stesso modo è possibile osservare come ogni particolare prospettiva filosofica porti più o meno con sé una particolare concezione della filosofia.

Lo storico della filosofia del diritto, che deve dar notizia di dottrine diverse nel tempo e nello spazio, è obbligato ad adottare una definizione larga e del tutto provvisoria, ma che corrisponda, per quanto è possibile, al contenuto dei manuali che portano questo nome.

2. *Ragion d'essere della filosofia del diritto*

La scienza giuridica, quale viene studiata nelle Facoltà giuridiche, ha in sé qualcosa di insoddisfacente, di incompleto; riposa su principi, di cui essa stessa omette di dare una giustificazione razionale. Ad esempio: i civilisti ammettono come presupposto al loro lavoro, ma senza nemmeno darsi cura di fondarlo, che la *legge* sia la massima fonte del diritto. Ma questo ed altri principi sono tutt'altro che incontestabili; basti considerare i principi contrari presenti in altre culture (ad es., il diritto anglo-sassone, il diritto cinese, l'antico diritto consuetudinario francese, il diritto romano classico).

Si può osservare che quei principi sono un apporto dei filosofi ai giuristi; così il nostro legalismo dominante trova le sue radici nelle filosofie del contratto sociale (Hobbes-Locke-Rousseau-Kant), più o meno, del resto, modificate da altre dottrine nel diciannovesimo secolo.

Sono i filosofi a mettere in luce, a esplicitare, a formulare i principi sulla base dei quali si strutturano le scienze giuridiche. È quindi al livello della filosofia che deve esercitarsi, sotto questo profilo, il lavoro critico.

3. *L'oggetto della filosofia del diritto*

Diremo dunque che la filosofia del diritto ha come propria finalità lo *studio critico dei principi dei sistemi giuridico-scientifici*.

L'esame del contenuto effettivo dei principali manuali di filosofia del diritto dà una conferma a questa ampia definizione. In essi, infatti, vengono tradizionalmente studiati tre gruppi di principi:

a) La definizione del diritto («ontologia giuridica»).

Ogni sistema scientifico-giuridico ha come fondamento una concezione più o meno consapevole dell'essenza del diritto, che ne stabilisce gli specifici limiti.

È necessario uno sforzo di pensiero per comprendere che «il diritto» può essere definito in molti modi diversi e qualche volta anche molto lontani da quelli che vanno oggi per la maggiore.

Ad esempio: il positivismo, che oggi è dominante, tende a concepire il diritto come un *fatto*, un insieme di fatti; come l'insieme delle *leggi* esistenti (si tenga conto che il termine legge può essere preso in un senso più o meno ristretto) o come l'insieme dei *giudizi* (realismo americano).

Il diritto può anche essere concepito come *valore*, come oggetto di una ricerca da promuovere più che come un fatto già realizzato. E ancora, va detto che esistono diversi modi di pensare il valore giuridico. Per Bentham il giurista cerca di massimizzare il piacere di un gruppo sociale (*utilitarismo*). Altri attribuiscono al diritto come fine suo proprio la giustizia e assimilano quindi il diritto al *giusto*: ma ci sono anche modi estremamente diversi di concepire l'oggetto della giustizia. La *giustizia* (e di conseguenza, secondo questa concezione, il diritto) può prendere in considerazione unicamente i rapporti sociali; oppure parallelamente e solidarmente a questi, l'equilibrio spirituale di ogni individuo (ad es.: Platone, Sant'Agostino).

I dibattiti che concernono l'essenza del diritto sono, malgrado le apparenze, ricchi di incidenze pratiche. Da essi dipendono le frontiere degli studi giuridici. Può esistere una *scienza* del diritto, prendendo questo termine in senso stretto, se il diritto è un insieme di fatti: scienza delle leggi dello Stato, oppure scienza delle sentenze dei giudici. Se, al contrario, il diritto non ha una realtà positiva, ma è un valore da ricercare, sembra più appropriato parlare di *arte* giuridica: e di conseguenza saranno differenti l'estensione e il metodo delle ricerche. I programmi di insegnamento del diritto vengono ribaltati da capo a piedi a seconda che prevalga questa o quella definizione degli scopi del diritto, e-come si osserverà-non sembra proprio che siano immutabili.

b) Fonti del diritto (metodologia).

Esistono anche altri dati, d'origine filosofica, che sono ugualmente presupposti nel lavoro del giurista e che concernono le fonti del diritto. E inoltre esistono molteplici maniere di individuare le fonti delle decisioni giudiziarie.

Esempi: i giuristi francesi dell'Ottocento erano avvezzi a considerare la legge dello Stato come la fonte sovrana e pressoché esclusiva del diritto: e questa dottrina derivava, come abbiamo già detto, dalla moderna filosofia del contratto sociale. Ma da allora diverse influenze, come quella di Gény, o quella della scuola del diritto libero, o delle scuole sociologiche, hanno indotto il giurista a utilizzare coscientemente metodi più liberi, che implicano altre concezioni delle fonti del diritto.

Al «positivismo giuridico», che riconosce al diritto fonti unicamente positive, non hanno mai cessato di contrapporsi le dottrine del «diritto naturale», che riconoscono altre fonti superiori alla legge e in generale a qualunque regola dotata di effettività, Si tenga presente che esistono molteplici concezioni del diritto naturale: in alcuni casi il giuri sta è invitato a fare riferimento alla «ragione» (ed è la tendenza propria di Kant, il *Vernunftsrecht*), in altri a «idee» (di un altro mondo non sensibile, ma intelligibile), in altri casi ancora, al contrario, a dedurre conoscenze su ciò che è giusto dalla considerazione obiettiva delle cose, del mondo, della natura nel senso ristretto del termine. Quest'ultima dottrina non deve essere ritenuta perente; se ne può riscontrare, al contrario, nell'ambito della filosofia del diritto contemporanea, una rinascita sorprendente e merita quindi di essere esaminata e confrontata con le dottrine opposte. Tutti i nostri metodi di lavoro, almeno nei limiti in cui i giuristi osservano coscientemente un metodo, sono interessati a questo dibattito.

c) Principi che governano il contenuto del diritto (Assiologia giuridica).

Se si ammette, come saremmo indotti a fare, che il compito del diritto è quello di fare da arbitro tra valori concorrenti (il giudice ad es. deve mediare tra gli opposti interessi delle parti nel processo), dobbiamo altresì riconoscere che le decisioni giuridiche si trovano inconsapevolmente fondate su principi assiologici, per la cui esplicitazione è necessario ricorrere alla filosofia.

I giuristi francesi del XIX secolo, ad esempio, erano calati in una visione del mondo *individualistica*, i cui fondamenti razionali erano stati messi in chiaro dalla filosofia moderna: Hobbes-Locke-Hume-Kant-Bentham, ecc.: il valore che si riteneva degno di essere difeso e promosso più di ogni altro era quello della libertà dell'individuo. La tecnica del nostro diritto, la sua stessa struttura (basata tutta sulla nozione dei diritti soggettivi) era rivolta a questo scopo. Ai nostri giorni, i frequenti appelli al «rispetto della persona umana» continuano a portare avanti la stessa tendenza. Se però ci si immerge nel sistema di pensiero della *Repubblica* di Platone, o in quello di Auguste Comte, o in quelli che hanno dato origine al diritto nazista, o al diritto sovietico, si vede proclamata solennemente, e razionalmente giustificata, la superiorità della comunità, o dell'umanità, o del popolo, o della classe del proletariato sull'individuo considerato isolatamente.

E ancora: considerate, all'interno del nostro sistema di diritto civile, la teoria dei beni; alcune culture hanno una concezione molto materialistica dei beni e proteggono soprattutto il possesso dei beni materiali; altre, al contrario, si preoccupano piuttosto di proteggere beni di carattere spirituale, come l'onore, i ruoli sociali, gli uffici, le libertà. Simili conflitti ci riportano ancora una volta alla considerazione di problemi filosofici.

Il campo di studio della filosofia del diritto è quindi immenso ed io mi sono limitato in questa sede solo a qualche accenno. Rimane da parlare del suo metodo.

II. *La storia delle dottrine come iniziazione della filosofia del diritto*

I filosofi hanno fatto ricorso, per la scoperta dei «principi» che reggono i sistemi giuridici (se vogliamo indicare in tal modo l'oggetto della nostra ricerca), a metodi varii: gli uni pretenderanno di raccordarli alla «ragione» soggettiva pura e «a priori», altri al contrario raccomanderanno di ricorrere all'osservazione dell'esperienza.

Il guaio è che nel cominciare il nostro lavoro noi siamo in uno stato di ignoranza; ignoriamo per l'appunto come si debba scegliere tra questi differenti metodi e non abbiamo nemmeno il diritto di scegliere. Ogni scuola filosofica elabora e impone il proprio metodo come se fosse l'unico valido. E le scuole si contraddicono. Il dissenso sui metodi di indagine è tanto grande quanto quello sul contenuto dei principi.

Di fronte a queste divergenze di opinione, il solo atteggiamento intellettualmente onesto consisterà, a nostro avviso, nel tentar di prendere conoscenza delle diverse tesi avanzate: e quindi nel cominciare con un lavoro di ricognizione storica.

Non esiste, a mio parere, alcuna possibilità di studiare seriamente la filosofia del diritto, se non si comincia dalla storia delle dottrine, sia quelle antiche che quelle moderne. Ci dobbiamo infatti difendere contro il pregiudizio del progresso; obnubilati come siamo dal fenomeno eclatante del progresso tecnico, siamo indebitamente indotti a inferirne l'esistenza di un progresso nel campo della filosofia. Ma non c'è nulla che ci autorizzi ad avvalorare il pregiudizio che questo o quello tra i nostri contemporanei sia maggiormente capace di analizzare i principi del pensiero (e del pensiero giuridico) di quanto non lo siano stati Aristotele o Platone. Le conquiste della filosofia non possono essere capitalizzate con tanta facilità come le acquisizioni della scienza e della tecnica. I più grandi pensatori moderni non esitano a ritemprarsi alle fonti della filosofia antica, come quella greca o cristiana del Medioevo.

Platone, Aristotele, Sant'Agostino, San Tommaso, Guglielmo d'Occam, Hobbes, Locke, Spinoza, Leibniz, Rousseau, Kant, Fichte, Hegel, Auguste Comte, Marx, ecc.-pensatori che han tutti cercato di formulare i principi del diritto--saranno le nostre fonti, così come gli autori contemporanei. E ciò per lo meno in un primo stadio di *iniziazione* e forse anche più avanti: infatti, quando si tratta di cercare i *principi* dei ragionamenti, il ragionamento deduttivo non serve più a nulla, mentre al suo posto si impone il confronto dialettico delle opinioni.

Due atteggiamenti ci sembrano pericolosissimi per la nostra disciplina: quello dei puri tecnici del diritto, che non vogliono nemmeno immaginare che possano pur esistere altri principi diversi da quelli a partire dai quali essi lavorano; così si nega l'esistenza stessa dei problemi della filosofia del diritto; l'atteggiamento, questa volta frequente presso i «filosofi del diritto», di coloro che si cristallizzano in un sistema solo, e che edotti di una sola filosofia, ad es. quella di Kant o quella di Marx, cercano di applicarla al diritto, senza voler sapere nulla del resto e che sono quindi incapaci di mettere in discussione il loro proprio metodo, i loro principi.

Il dubbio, soprattutto quello che ha per oggetto i principi stessi, mi sembra la caratteristica della filosofia. Socrate, Cartesio sanno dubitare, almeno a fini metodologici. Il dubbio, l'apertura alle dottrine altrui (anche se sono urtanti contro i pregiudizi della nostra casta o del nostro tempo) mostrano la grandezza dell'uomo, la libertà, la carità della sua intelligenza.

Dobbiamo certamente sperare che cammin facendo il confronto delle dottrine ci permetta di uscire a poco a poco dall'incertezza e ci conduca a fare una scelta: che insomma possiamo giungere a risultati certi. Ma anche se questa speranza non trovasse compimento e noi dovessimo piuttosto soffrire per la difficoltà dei problemi e per l'incapacità della nostra intelligenza di giungere alla loro soluzione, avremmo comunque ottenuto un risultato positivo grazie allo studio della storia, quello di esserci in qualche modo liberati dalla tentazione, presente in ognuno di noi, del dogmatismo. Se, in filosofia del diritto, la verità si rivela al di là delle nostre pretese di conquistarla, la storia in ogni caso ci permette di comprendere meglio il pensiero altrui e si dimostra in tal modo la chiave migliore e più utile per lo studio del diritto comparato e della storia del diritto.

III. *Presentazione del corso: la filosofia del diritto dei teologi cristiani*

Sono tre le obiezioni che vengono alla mente contro la scelta di un simile tema. In primo luogo, la nostra incompetenza in materia teologica.

Questa obiezione può peraltro essere avanzata contro tutte quelle ricerche che vengano condotte in zone di frontiera, in quella *no man's land* che è adiacente ad ambiti specialistici diversi, come è appunto il caso della filosofia del diritto. Discipline come questa, proprio a causa del loro carattere composito, sono necessariamente affrontate da non specialisti.

Ma la teologia, in modo particolare nella Francia moderna, è ormai una disciplina estranea al mondo universitario. Essa infatti è coltivata ormai, almeno nel mondo cattolico, solo da sacerdoti, che la studiano con ben poca simpatia per la storia: le variazioni della dottrina (in cui in definitiva viene a consistere ciò che essi chiamano eresia) non attraggono l'attenzione dei teologi se non in via del tutto occasionale. Ne segue che non abbiamo a nostra disposizione manuali soddisfacenti per lo studio della storia della teologia.

Sulle origini e sul significato del termine *Teologia* si veda l'articolo del P. Congar. Vi si leggerà che è un termine molto antico, che è usato regolarmente dai grandi

filosofi greci e che da allora è stato inteso in molte accezioni diverse. Lo storico è quindi obbligato a usarIo in un senso molto ampio.

Sembra poi che l'oggetto della teologia sia assolutamente estraneo al diritto. Questo argomento può essere rafforzato dall'esame dell'indice di un trattato di teologia «dogmatica» cattolica contemporanea, come quello di Mons. Bartmann (1938): vi si tratta della creazione, del peccato, della redenzione, della grazia, dei fini ultimi, ecc.

Ma, da storici, noi consideriamo la teologia nel suo sviluppo attraverso i secoli; in tal senso, le sue frontiere hanno conosciuto notevoli variazioni (come, del resto, l'ambito di applicazione e l'importanza del diritto canonico). La teologia è «discorso su Dio»; tutto può essere preso in considerazione dal punto di vista di Dio (*omnia sub ratione Dei*, scrive San Tommaso); una *Somma teologica* come quella di San Tommaso costituisce una sorta di enciclopedia universale. I problemi del diritto vi sono ampiamente trattati.

D'altra parte, tutti i grandi problemi della filosofia del diritto sono connessi a quelli della teologia, anche a quelli della teologia «dogmatica»: il problema del diritto naturale alla natura della «creazione» ed anche agli attributi di Dio; la funzione della forza nel diritto al «peccato» e all' «antropologia cristiana». Razionalismo, relativismo, positivismo, sociologismo, individualismo, comunismo: tutte queste posizioni dottrinarie corrispondono a tesi teologiche ...

Al giorno d'oggi la teologia tende nuovamente a penetrare nell'ambito dei problemi «sociali»; sia nel mondo cattolico che in quello protestante le dottrine teologiche occupano uno spazio significativo negli orientamenti della filosofia del diritto contemporanea.

Sembra infine che la teologia si opponga alla filosofia sia nei metodi che nelle fonti.

La filosofia non farebbe appello che a fonti puramente razionali, umane; la filosofia, insomma, argomenta. Al contrario, la teologia riposerebbe sulla rivelazione e deriverebbe quindi da fonti sovrannaturali. Essa dovrebbe essere proscritta dal nostro insegnamento, in quanto laico.

Peraltro, se siamo attenti alla storia, non possiamo accettare una simile separazione radicale.

La *filosofia*, nella sua storia, non ha sempre rifiutato l'aiuto che le poteva venire dalla conoscenza religiosa. Il cristianesimo è apparso ai Padri della Chiesa orientale come la «vera filosofia» (Gregorio Nisseno). Più di recente, nel grande dibattito sulla «filosofia cristiana» (1930-1935), molti filosofi (Blondel, Maritain e soprattutto Gilson) hanno nuovamente preso le difese, in modi diversi, dell'esistenza di una filosofia cristiana, non interamente separata dalla teologia. Diversi filosofi contemporanei sono ormai abituati a non rifiutar più aprioristicamente di tener conto dell'*esperienza religiosa*, che ha potuto modificare l'uomo, la sua intelligenza e la sua vita sociale.

Storicamente, poi, è falso affermare che la teologia abbia sempre manifestato una profonda diffidenza nei confronti della ragione profana. Fu un grande argomento di disputa nel Medioevo quello del rispettivo ruolo della fede e della ragione nella

teologia. Nel XII e nel XIII secolo è grande la considerazione per l'uso della ragione (Abelardo e la *dialettica*), così come per quello delle dottrine profane (Alberto Magno, San Tommaso e la rinascenza aristotelica). Viene accuratamente ricercato un accordo tra i dati della fede e quelli della ragione, ma l'uso della ragione in quanto tale non è in nessun modo condannato.

A fortiori, la «teologia» di Aristotele o anche quella di Spinoza sono teologie razionali. Uno storico non può restringere arbitrariamente il senso del termine teologia. Grozio, Pufendorf, Locke, Wolff, Rousseau manifestano forti preoccupazioni teologiche.

Il laicismo universitario ci ha indotto a non vedere come la filosofia del diritto nella storia europea abbia conservato molto a lungo una dimensione religiosa e come i suoi problemi siano stati affrontati all'inizio dal punto di vista teologico.

Nel tardo Impero romano, non si dà vera riflessione filosofico-giuridica che negli autori pervasi di spirito religioso: i Padri della Chiesa greci e latini. Importante, nel mondo latino, l'opera di Sant'Agostino. Nel Medioevo la cultura è nelle mani dei teologi: si ricordino le scuole religiose del XII secolo (Chartres, Laon, Parigi), e le Università del XIII e del XIV secolo. Sono poche le filosofie del diritto così celebri, così notevoli come quella inclusa nella *Somma teologica* di San Tommaso. Così come sono pochi gli avvenimenti così gravidi di conseguenze come l'avvento della Scolastica francescana (Scoto, Guglielmo di Occam). Ma il fatto che per lo più è misconosciuto, è che l'opera moderna ha conservato, anche se la cultura è passata fondamentalmente in mano al mondo laico (per i protestanti, poi, ha addirittura perso ogni senso la stessa distinzione tra chierici e laici), motivazioni religiose e teologiche. Il XVI secolo non è un'epoca di incredulità e la filosofia del diritto è rappresentata in questo periodo essenzialmente dai teologi spagnoli della Riforma cattolica (Vitoria, Suarez, F. Vazquez). Lutero, Calvino, i calvinisti danno un considerevole apporto al pensiero giuridico. Grozio, Pufendorf, Locke, Spinoza, Leibniz, Wolff e Kant hanno scritto tutti opere teologiche, che, nella loro epoca, non furono tra le meno celebri della loro produzione. Solo i «philosophes» francesi del settecento cominciano a fare eccezione, anche se non erano affatto privi, sia pure in chiave negativa, di preoccupazioni religiose.

Corrisponde dunque alla verità storica restituire alle dottrine di questi antichi maestri in ordine al diritto questa *dimensione religiosa* che era per loro essenziale. Ma si noti, per concludere, che «la filosofia del diritto dei teologi cristiani», dato il ruolo essenziale della ragione profana nella loro opera, copre pressappoco tutta la storia della filosofia del diritto dell'Europa fino al XVIII secolo.

PARTE PRIMA

I PRECEDENTI NELL'ANTICHITÀ GRECA, ROMANA ED EBRAICA

Capitolo primo

LE ORIGINI DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO GRECA

I. *Introduzione*

La maggior parte dei teologi cristiani non ebbe mai alcuna difficoltà nell'ispirarsi a fonti di pensiero profane; è quindi opportuno cominciare col riassumere il portato della filosofia del diritto antica e specialmente quello delle opere, rimaste classiche in quest'ambito, di Platone e di Aristotele.

La filosofia del diritto greca deve essere presa in considerazione per prima; essa ha raggiunto uno sviluppo ed una profondità straordinari.

Questo fenomeno può essere parzialmente spiegato dalle condizioni di vita politica e sociale ateniesi. Atene è nel quinto e nel quarto secolo avanti Cristo (se si fa eccezione per qualche periodo di governo aristocratico) una democrazia diretta. Ogni cittadino prende ampiamente parte alla vita pubblica: partecipa alla vita dell'*agorà*, al *Consiglio* (se vi è eletto), o esercita le funzioni di magistrato, quando la sorte lo designa. Gli capita molto spesso di prendere parte alla vita giudiziaria: il tribunale più importante era quello dell'Eliaia: 6000 giurati erano reclutati ogni anno col sorteggio. Davanti a questo tribunale venivano discussi processi di diritto privato, diritto pubblico o, come diremmo oggi, di diritto costituzionale (*graphé parà nomon*).

In tal modo le discussioni sul diritto e sulla politica sono affare di tutti - di tutti, cioè del popolo guidato dagli *oratori*: Demostene, Isocrate, Lisia si fanno carico di ogni tipo di processo; lo gestiscono senza troppi tecnicismi, per rendersi accessibili a un uditorio popolare, pur elevando spesse volte il tono del dibattito; riscontriamo, sparsa nella loro opera, una filosofia del diritto. Lo stesso va detto per i grandi *tragici*: Eschilo, Sofocle, Euripide. E per gli storici: Tucidide o Senofonte. Quanto ai filosofi, essi si mescolano strettamente alla vita cittadina; i più antichi filosofi greci non sono dei saggi che vivono in ritiro una vita assolutamente privata. Pitagora, Protagora, Platone sono stati veri legislatori. La *filosofia* greca del diritto possiede una ricchezza prodigiosa; nel clima di libertà che offre la vita pubblica ateniese, possono fiorire le tendenze speculative più diverse: si danno, tra i filosofi greci, i partigiani della democrazia e i suoi avversari, i nazionalisti ateniesi e i fautori dell'unione di tutta la Grecia o addirittura del cosmopolitismo. È in Grecia che troveremo i germi della teoria del diritto naturale, ma vi si potrebbero trovare ugualmente i germi del positivismo giuridico, del relativismo e addirittura del sociologismo.

A dire il vero, è solo per conformismo alla moda oggi dominante che cerchiamo di spiegare il magnifico sviluppo del pensiero greco con l'analisi delle condizioni della

vita sociale; probabilmente sarebbe ben più corretto spiegare la democrazia ateniese grazie all'alto livello speculativo dell'epoca. Lo sviluppo della filosofia greca è stato, come si è detto, un miracolo. I cristiani non hanno esitato a vedervi un miracolo: è un'opinione frequente nei Padri e nel Medioevo.

Peraltro, a partire dal IV secolo, una parte della filosofia comincia a disinteressarsi della vita pubblica. Le nuove condizioni della vita civile, dopo le conquiste di Alessandro Magno, non sono più favorevoli alle libere discussioni sulla politica. Epicurei, cinici e stoici si interesseranno piuttosto alla morale individuale e solo secondariamente alla logica e alla fisica. Zenone scrive sì un'opera intitolata *Politica*, ma si limita ad usare un titolo tradizionale; il contenuto sembra che sia stato cosmopolitico e morale. La politica degli stoici ci appare di importanza secondaria e di limitata rilevanza filosofica. È vero che ogni concezione generale del mondo implica una concezione del diritto, ma questa è più o meno calibrata a seconda se sia più o meno costruita a partire dall'osservazione diretta del diritto e della vita politica.

Le opere veramente grandi, nate da una profonda esperienza della vita sociale e capaci di influenzare il mondo del diritto (e in particolare i teologi cristiani), furono essenzialmente due, quella di Platone e quella di Aristotele. Ma per esaminarle adeguatamente, è indispensabile collocarle nel loro contesto culturale. Ricorreremo al riguardo alla tradizionale suddivisione della storia della filosofia greca del diritto (:6.00 a Platone) in tre periodi: quello delle origini, quello della crisi scettica del v secolo e quello infine della reazione socratica.

II. *Il periodo arcaico*

De Francisci (nei suoi *Arcana Romani imperii*) ha proposto di caratterizzare la politica greca con il termine *nomocrazia*. È rimarchevole il culto che il popolo greco, fin da epoche molto antiche, ha tributato al *nomos*: questo termine, fino ad epoche relativamente recenti, non va tradotto con «legge scritta», ma allude piuttosto ai costumi propri di una città, all'ordine sociale, al diritto. Spesso il Greco si contrappone ai Barbari per il suo culto consapevole del *nomos* e della giustizia (si pensi alla figura di Ulisse nell'*Odissea*).

Il senso della giustizia si esprime inizialmente sotto una forma teologica, *mitologica*. Così ad es. in Esiodo, nelle storie di Themis, di Dike, di Eunomia, di Irene e Nemesis, delle Erinni. Platone resterà ancora attaccato a questo linguaggio mitico, che bene si adatta ad esprimere il carattere trascendente del diritto.

I filosofi dell'antica Grecia laicizzano la nozione di giustizia ed elaborano la nozione di ordine naturale: la loro filosofia riconosce nell'universo degli astronomi, nel corpo studiato dai medici e nella comunità cittadina lo stesso modello di un ordine oggettivo (nel linguaggio di Augusto Comte, si potrebbe parlare di teoria metafisica della giustizia). È quindi proprio in questa antichissima filosofia greca che bisognerebbe ricercare i germi dell'idea di diritto naturale.

III. *La crisi del V secolo*

A partire dal VI secolo, si determinano in Atene grandi modificazioni sociali, economiche e politiche. Prendono il potere nuove classi sociali, in particolare la classe commerciale. Cambiano le leggi: Solone e Clistene si fanno promotori di riforme costituzionali. Alla costituzione di Atene verranno contrapposte le costituzioni di imperi o di città vicine. È uno stato di crisi, favorevole allo sviluppo della filosofia del diritto.

Alle costumanze tradizionali, al *nomos* di Atene, al suo diritto, sempre più si tendono a contrapporre - in una sorta di crisi di fiducia - o la giustizia (*dike*) o la *natura* e il suo ordine (*physis*). Ecco due esempi di tali contrapposizioni.

a) Il testo dell'*Antigone* di Sofocle 4.

Comunemente, esso viene citato come una delle prime testimonianze in favore del diritto naturale. A dire il vero, la famosa apostrofe di Antigone non riguarda esattamente il *diritto*, ma il rito religioso funerario. E d'altra parte Antigone non fa affatto appello contro il decreto di Creonte all'ordine naturale (*physis*), ma espressamente alla *Dike* e a *Zeus*, cioè a leggi religiose, che ciascuno porta con sé nella coscienza e che peraltro sono qui citate come leggi non scritte (*agraphoi nòmoi*).

Anche se c'è un uso in tal senso, che corrisponde ad una dottrina tradizionale della legge di natura, sembra improprio parlare in questo caso di diritto naturale.

b) Diversi sofisti, secondo la presentazione di Platone.

Più interessante, per noi, è la reazione di certi sofisti, che sembra si siano appellati, secondo i dialoghi di Platone, alla legge di natura (*physis*) contro la legge della città.

Già il sofista Protagora, che è peraltro un apostolo della giustizia (v. il mito di Epimeteo), ha di questa una concezione del tutto soggettivistica; la giustizia, secondo quel famoso mito, è un sentimento iscritto nel cuore di ogni uomo; e Protagora trae da queste premesse conseguenze democratiche.

Nel dialogo *Gorgia*, Platone fa intervenire parecchi sofisti o politicanti corrotti dalla sofistica (Polo, Callicle), che denunciano il carattere convenzionale della giustizia e le oppongono l'a legge di natura, che vuole il trionfo del più forte, dell'audace che non esita a rovesciare i codici della morale tradizionale.

Nella *Repubblica*, tesi analoghe sono sostenute dal sofista Trasimaco, e successivamente dai due fratelli di Platone, Glaucone e Adimante, che rappresentano in questo contesto una giovinezza ardente, piena di buone intenzioni, ma turbata dal nichilismo dei circoli intellettuali di Atene. Nel discorso di Trasimaco si può leggere una buona descrizione, di timbro estremamente positivistico, di quelle che da allora sono state chiamate «le forze creatrici del diritto». E nelle parole di Glaucone una teoria dell'origine convenzionale delle idee giuridiche. Si può trovare in esse il germe della teoria del contratto sociale.

La medesima posizione critica dell'ordine sociale tradizionale, con appello alla natura, si esprime in diversi altri testi della medesima epoca: in Tucidide, nel famoso discorso agli abitanti di Melo, in cui gli Ateniesi giustificano un'aggressione contraria al diritto, invocando la legge di natura. In tal modo la riflessione critica ha

condotto i circoli intellettuali del V secolo a perdere fede nel *nomos*, nel diritto di Atene.

IV. *La reazione socratica*

Si risale all'insegnamento di Socrate attraverso le citazioni di Platone e di Senofonte; la sua vita stessa è una testimonianza.

Socrate ama discutere, come i sofisti e più ancora dei sofisti; la sua dottrina nasce quindi dal ragionamento; all'ubbidienza religiosa verso le costumanze ancestrali si va ormai sostituendo, dopo la crisi sofistica, una *filosofia del diritto*. Nei *Memorabili*, Senofonte fa difendere contro i sofisti la giustizia e le leggi da Socrate; Socrate, peraltro, si riferisce in questo contesto più che alle leggi positive scritte alle leggi «non scritte», quelle che, ad esempio, proibiscono l'incesto.

Nel *Gorgia* e nella *Repubblica* Socrate confuta le idee eversive dei suoi avversari sofisti in ordine al carattere arbitrario e convenzionale delle credenze sulla giustizia.

Soprattutto è la vita stessa di Socrate, quale ci è narrata da Platone e confermata negli eventi essenziali da altri autori, che costituisce una testimonianza della sua filosofia. Socrate è un buon cittadino, anche se ama discutere; è rispettoso dell'ordine pubblico, buon soldato e giudice integerrimo. Nell'*Apologia* egli si vanta di essere stato il cittadino più utile al bene comune e di meritare di conseguenza di essere nutrito al Pritaneo a spese dello stato. Ma Socrate viene accusato, è condannato a bere la cicuta (e si verifica così la profezia di Glaucone nella *Repubblica*: «il giusto sarà crocifisso», «impalato», secondo altri traduttori). Secondo il *Critone*, Socrate rifiuta di evadere dalla prigione, applicando al proprio caso la sua dottrina del rispetto delle istituzioni.

Ma Socrate, da buon dialettico, non ha dato forma alla sua dottrina.

Il suo insegnamento resta ambiguo. Alcuni dei suoi discepoli, come Alcibiade, sembrano seguire le lezioni di Callicie, più che quella del *Critone*. Tra le correnti filosofiche che si rifanno a Socrate, diverse si orienteranno di fatto verso l'*apolitismo*; forse disgustate dallo scacco temporale del maestro, esse si indirizzeranno verso una morale puramente privata (Aristippo, Antistene) o verso lo scetticismo (la scuola megarica), a cui poteva pure condurre il Gnothi seauton (conosci te stesso).

Socrate sembra peraltro aver innestato una reazione a favore del diritto e aver tentato per la prima volta di fondare razionalmente (in risposta alla crisi scettica della sofistica) l'autorità delle norme di diritto; non è facile mettere in chiaro se egli si sia mosso in favore delle leggi dello Stato o di una giustizia superiore: senza dubbio i due termini si confondono in questa visione profonda delle cose, che è così lontana dalle prospettive contemporanee; ma la sua dottrina non è che un abbozzo, i rapporti del giusto e della legge non sono messi esattamente a fuoco. Non troveremo una dottrina completa della natura, delle fonti e del vero contenuto del diritto che in Platone e in Aristotele, che senza dubbio furono i più fedeli continuatori dell'opera di Socrate.

Capitolo secondo
LA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI PLATONE

I. *Introduzione*

1. L'uomo

Non c'è bisogno di indugiare sugli eventi principali della vita di Platone (427-347): fu allievo di Socrate e fondatore dell'Accademia, fece diversi viaggi in Sicilia; fu il filosofo delle *idee*.

Il punto su cui bisogna insistere (dato che il termine *filosofo* evoca ai nostri giorni un'immagine molto differente) è che in Platone predominano gli interessi *politici*: «Platone è giunto di fatto alla filosofia solo attraverso la politica e per la politica» (Diès).

Nella sua famosa settima lettera, ritenuta dalla critica contemporanea autentica, Platone racconta come egli sia stato chiamato a partecipare alla vita politica per la sua appartenenza ad un'influente famiglia aristocratica. Deluso dal governo dei Trenta e dagli abusi dell'oligarchia, lo fu altresì, in seguito, dal regime democratico che condannò a morte Socrate. Egli giunse a rendersi conto che un'azione politica diretta è onestamente impossibile anche nella città di Atene, ma deve passare attraverso la mediazione dell'educazione dei futuri cittadini destinati a far parte di un'élite; e proprio per realizzare questo scopo egli fondò l'Accademia. Peraltro egli non abbandonò la speranza di poter giocare un ruolo politico in una colonia, più aperta a sane azioni di riforma; di qui i suoi viaggi a Siracusa, che costituirono un'ulteriore motivo di delusione e la sua amicizia per Dione di Siracusa. Tutta la sua attività letteraria e filosofica è orientata verso la politica e il culmine di essa è senza dubbio costituito dai dialoghi della *Repubblica*, opera della maturità, e delle *Leggi*, la sua ultima opera, il legato ultimo del suo pensiero. *Platone è diventato filosofo solo attraverso e per la politica*.

2. L'opera

La dottrina di Platone costituisce un tutto unitario. Ma in questa sede non dobbiamo esaminare né la formazione della sua teoria delle idee, né la teoria dell'amore (esposta nel *Convito*), né quella dell'immortalità dell'anima (*Fedone*), né infine quella dell'origine del mondo (*Timeo*), anche se sono tutte collegate al suo pensiero politico.

Studieremo più direttamente: il *Protagora*, il *Gorgia* (di cui abbiamo già detto qualcosa, a proposito della teoria del diritto dei sofisti, che viene esposta in questo dialogo), ma soprattutto le tre opere fondamentali: la *Repubblica*, il *Politico* e le *Leggi*.

Cominciamo dalla *Repubblica*. La lettura di questo libro meraviglioso si impone, prima di ogni altra, allo studioso di Platone.

Si tratta di un dialogo sulla giustizia e sul diritto (le due nozioni, come vedremo ben presto, sono indissolubili); sulla giustizia nell'individuo (è il punto di partenza del dialogo) e, in seguito, letta in «lettere maiuscole», nello stato. A questo punto

Platone descrive l'idea della città-modello, dei suoi principi costituzionali (il filosofo-re), dell'organizzazione delle classi, soprattutto di quella dei *custodi* (messa in comune dei beni, così come delle donne e dei bambini) e soprattutto del sistema educativo e del tipo di uomo corrispondente a questo regime ideale. Ma Platone, oltre che di immaginare l'ideale, è ben capace di osservare la realtà; dopo la descrizione di questo stato perfetto (che non esiste in nessun luogo) viene quella dei regimi politici imperfetti e degenerati (timocrazia, oligarchia, democrazia e tirannia), delle rivoluzioni che conducono fatalmente da un regime all'altro e dei tipi di uomo che vi corrispondono. Il dialogo si conclude con il mito di Er il Pamfilo, e cioè con l'evocazione dell'idea dell'immortalità dell'anima, sanzione suprema della giustizia.

Più rapido discorso si può fare per il *Politico*, opera che è considerata dalla critica più recente come una delle ultime scritte da Platone. È un dialogo che si suppone avvenuto tra lo «Straniero» e «Socrate il giovane» in merito all'essenza della scienza politica; vi vengono esaminati la funzione del monarca, la giustizia e il ruolo delle leggi.

Le *Leggi* sono il testamento di Platone, la sua ultima opera, rimasta incompiuta.

Lungo una strada di Creta, in cammino verso un santuario, vanno e conversano tre vegliardi: un Ateniese, filosofo, che ha il ruolo del maestro, uno Spartano e un Cretese. Il Cretese, in particolare, deve partecipare alla fondazione di una colonia, alla quale darà un sistema di leggi.

Sulle prime la discussione viene ad avere per oggetto lo scopo e i fondamenti dell'autorità e i mezzi necessari alla scoperta di quali leggi siano buone. Poi, cammin facendo, si passa ad immaginare una legislazione completa. Si notano delle differenze con il quadro della città ideale disegnato nella *Repubblica*: sembra abbandonato il comunismo, così come il sogno troppo utopico di affidare il governo ad un solo filosofo. Quest'opera della maturità è contrassegnata da un maggiore realismo.

Gli storici del diritto antico vi ritrovano una quantità di preziose informazioni per la conoscenza delle istituzioni antiche. Quanto a noi, dobbiamo trarre da questi dialoghi solo ciò che concerne i principi. Qual è per Platone l'essenza del diritto? Attraverso quali fonti è possibile conoscerlo? A quali principi generali si deve rifare il suo contenuto?

II. *La definizione del diritto*

È il problema più astratto e più difficile di tutta la filosofia del diritto. È difficile comprendere che esistono concezioni estremamente diversificate del diritto e che le divergenze relative alla definizione del diritto non sono prive di interesse pratico.

Noi non partiremo dal presupposto che esista un'essenza del diritto, che l'«ontologia giuridica» cercherebbe di esplicare; ma riteniamo che non sia un'impresa assurda, come molti oggi sembrano ritenere, andare alla ricerca di una definizione «reale» di ciò che il diritto è. In ogni caso esistono diverse modalità di individuare le frontiere dell'arte del diritto, in relazione con altre arti, o con altre scienze (ad es. la morale, la religione, l'economia politica, la scienza dei costumi) e

l'attività giuridica dipende appunto da come viene preliminarmente compiuta questa individuazione: il contenuto della legislazione, l'ambito di operatività del giudice, i programmi di insegnamento del diritto.

E il fatto è che questa delimitazione delle frontiere del diritto è variata enormemente nel corso della storia e non ha cessato di continuare a variare.

Platone ha trattato davvero questo problema, ha mai cercato di definire il diritto? In un passaggio del *Politico*, che commenteremo più avanti, egli ci parla dell'arte dei giudici, quale si esercita nelle città imperfette, quelle in cui noi viviamo (*dikastiké*) e ce ne dà una sommaria descrizione. Ma generalmente egli preferisce trattare temi politici; il trattato che porta questo nome (*politikòs*) è dedicato alla definizione della scienza politica. Vi leggiamo che la missione dell'uomo politico è la scoperta del *giusto* e secondariamente anche delle *leggi*: *dikaion, nomoi*. Lo studio di queste due nozioni è l'oggetto dei due grandi trattati: la *Repubblica* (*Politeia*) e le *Leggi*. È ben possibile tradurre questi due termini con la parola *diritto*. Platone studia l'ordine giuridico, che a suo avviso deve attirare ogni attenzione da parte dell'uomo politico; cerca di definire la sua essenza e le sue specifiche frontiere.

Il concetto platonico è molto lontano dal nostro pensiero attuale.

Se Platone affronta il tema del diritto, ce ne presenta però una nozione che per noi è sorprendente, assolutamente.

È del tutto evidente, innanzi tutto, che per Platone il ruolo del giurista non è solo quello di applicare o di studiare le leggi esistenti, le leggi scritte dello Stato. Se il brano già citato del *Politico*, relativo alla *Dikastiké* dei regimi degenerati, potrebbe far sorgere dei dubbi, tutto l'insieme della sua opera ci induce a pensare altrimenti. Nello stesso *Politico,* Platone paragona i decreti ingiusti dell'assemblea popolare, così come quelli emanati dai tiranni, a ricette mediche provenienti da un'assemblea di ignoranti qualsiasi; esse non andrebbero propriamente nemmeno considerate ricette. Nel trattato dedicato alle *Leggi* troviamo una formula che è stata ripresa parecchie volte: una legge ingiusta, una legge malvagia non è una legge, non è diritto.

Platone rifiuterebbe con vigore la definizione giuspositivistica secondo la quale il diritto sarebbe l'insieme delle regole positive emananti dallo stato; e che il compito del giurista consisterebbe nel conoscere (proprio come avveniva nelle facoltà giuridiche francesi agli inizi dell'Ottocento) e nell'applicare i testi di legge. Il suo programma di studio è ben più vasto; come il medico va alla ricerca del rimedio più utile, così il giurista va alla ricerca della soluzione ottimale dei problemi giuridici.

Né è da pensare che Platone sarebbe più favorevole alle definizioni dell'utilitarismo moderno, secondo le quali il giurista sarebbe una sorta di «ingegnere sociale» (*social engeneering*: Pound), che si industria di trovare le leggi più convenienti, secondo i desideri della sua clientela, di «massimizzare il piacere» degli individui (Bentham), la potenza o il progresso dei gruppi sociali. Ricordiamo il brano del *Gorgia*: alle arti malsane, quali la cucina, la «cosmetica» o la retorica, che si propongono di soddisfare i *piaceri* del popolo, Platone contrappone le arti autentiche, come la politica, che persegue il *bene* degli uomini e della città. Lo scopo del diritto non è quello di soddisfare la cupidigia umana, di promuovere

l'arricchimento generale o individuale e nemmeno l'ordine e la sicurezza sociali (soluzione, questa, che ci riporterebbe vicino al positivismo giuridico). Il compito del giurista è quello di perseguire il bene, che in questo caso è la *giustizia*; il che implica un programma di studi più esteso e difficile di quanto non lo sia oggi, secondo le concezioni dominanti.

La lingua greca possiede un solo termine (*dikaion*) per indicare il diritto e il giusto: l'identificazione di questo con quello appare quindi in qualche modo inevitabile. E dobbiamo ancora precisare cosa Platone intenda per giustizia.

Ben presto, quando affronteremo la celebre analisi aristotelica della giustizia, vedremo che per il filosofo la giustizia nell'accezione più stretta del termine concerne unicamente i rapporti sociali. La giustizia rende o distribuisce «a ciascuno ciò che gli spetta» all'interno di un gruppo sociale, della comunità civile.

Platone consacra tutta la *Repubblica* allo studio della giustizia: anche per lui, come si dice fin dalle prime pagine dell'opera, la giustizia è quella virtù che attribuisce a ciascuno la parte che è sua: *suum cuique tribuere*. Ma la giustizia, a suo avviso, deve essere esercitata sia nell'interiorità dell'uomo (in cui dobbiamo leggerla «a lettere minuscole»), sia all'interno della comunità («a lettere maiuscole»).

Il dialogo della *Repubblica* ha un tratto che sconcerta gli interpreti moderni: esso affronta sia temi politici, che temi attinenti alla morale individuale. Si apre con una discussione su chi sia l'individuo giusto; si seguita con la descrizione di una città giusta e in seguito interi libri sono dedicati alla pedagogia; si continua con il parallelo tra le comunità degenerate e gli uomini degenerati che vi corrispondono e si finisce col trattare dell'immortalità dell'anima.

Si mutila il pensiero platonico se, come fanno molti interpreti contemporanei, si considerano nella sua opera quei soli elementi politici e giuridici rilevanti in senso moderno. Un equilibrio analogo a quello interiore, in cui consiste la giustizia nell'individuo (sottomissione degli istinti sensuali al cuore e di questo alla ragione), è alla base della giustizia nella città (subordinazione gerarchica delle classi lavoratrici ai guerrieri e di questi ultimi ai filosofi). *Le due dimensioni sono indissolubili.* La comunità politica, infatti, ci dice Platone, è fatta con un materiale umano e non con pietre e metalli. Il giusto regime costituzionale è solo quello in cui gli uomini accettano la subordinazione dei sensi al coraggio e alla ragione. L'oligarchia plutocratica corrisponde al predominio nell'uomo dell'appetito sensuale.

Di qui l'ampiezza sconcertante dei programmi legislativi che sono contenuti sia nella *Repubblica* che nel trattato sulle *Leggi*; scopo delle leggi è la virtù, ci dice questo scritto (e non solo la guerra, la proprietà, la potenza militare e nemmeno la prosperità). La legislazione avrà per oggetto, oltre che le successioni, la proprietà, i contratti, anche la pietà, i buoni costumi, l'educazione e cioè la ginnastica, la musica, la geometria, la dialettica, gli spettacoli. Il primo compito del diritto è pedagogico.

Le frontiere del diritto (*dikaion*) vengono tracciate in tale prospettiva e il compito del giurista corrisponde a questa ambiziosa missione. Non siamo affatto autorizzati

ad isolare, come se corrispondesse a un mestiere particolare, i problemi che concernono i rapporti sociali. La definizione del diritto non è arbitraria; c'è per Platone un'essenza dell'arte politica e del diritto, così come c'è dell'arte dell'architetto o del calzolaio.

È molto difficile comprendere a fondo una concezione così lontana dal nostro modo di pensare.

Forse merita di essere criticata, dato che abbiamo ottimi argomenti per ripudiare il totalitarismo che consegue a una simile confusione del diritto con la morale; ma forse è la nostra concezione più ristretta del diritto, come avente ad oggetto solo i rapporti sociali (il che comporta per i giuristi un programma di studio ben più limitato), che si fonda su di una cattiva astrazione, che può a lungo termine risultare rovinosa. Forse la nostra concezione fallisce i suoi scopi, proprio perché regola i rapporti sociali e fa astrazione dagli esseri che compongono la società, isolando il diritto dai costumi e dall'educazione. Montesquieu, Rousseau e Augusto Comte sono stati a volte di questa opinione.

In ogni caso la nozione amplissima e ambiziosissima del diritto che Platone sviluppa mi sembra che sia di immensa importanza per la storia. La ritroveremo, ad esempio, in Sant'Agostino e nel diritto dell'alto Medioevo, che è indistintamente applicato ai rapporti sociali esterni e alla vita morale privata, alla pietà, alla virtù, alle intenzioni soggettive. Senza dubbio la concezione platonica ci potrebbe aiutare, nel diritto comparato, a comprendere le istituzioni di alcuni popoli contemporanei.

III. *Le fonti del diritto*

Non meno sconcertanti delle precedenti, per la cultura contemporanea, sono le tesi platoniche sul metodo e sulle fonti di conoscenza del diritto, anche se va detto che per Platone il problema fondamentale è quello della conoscenza del giusto (sinonimo di diritto), mentre i giuristi contemporanei hanno pretese meno ambiziose. Ma Platone non si è limitato a fornire un'ampia dottrina sulle fonti del *dikaion*: egli è in grado di essere un perfetto realista e ci dà anche una saggia teoria delle *leggi positive*.

1. *Fonti di conoscenza del giusto*

È questo uno dei temi principali della *Repubblica*; ma più che i risultati della ricerca platonica (il progetto di una costituzione modello), ci interessano le procedure di questa ricerca.

La posizione di Platone, per cui il lavoro del giurista ha come scopo quello di scoprire il giusto, è sicuramente ben lontana dal positivismo giuridico al quale siamo abituati. Platone, come abbiamo visto, deride i decreti dell'assemblea popolare; gli sono completamente estranee le dottrine del contratto sociale, del volontarismo, della democrazia moderna. Il solo *diritto*, ciò che solo merita il nome di *legge*, è ciò che è stato scoperto dall'uomo in possesso di un'arte ben precisa, che non si basa su tentativi empirici, ma, come vien detto all'inizio del *Politico*, si fonda su di una scienza speculativa, la scienza del *dikaion*.

Ma quale ne è il metodo? Si è soliti inserire Platone nel novero dei sostenitori del diritto naturale; termine equivoco che nella maggior parte dei lettori non evoca affatto un metodo preciso. Il giusnaturalismo sembra adattarsi al metodo descritto e raccomandato da Platone solo fino a un certo punto e non se è preso nel senso più ristretto del termine. È vero che Platone ci invita a ricercare il giusto mediante l'osservazione del mondo, l'osservazione *obiettiva*; il suo metodo di ricerca è cosmico, si alimenta cioè alla visione del cosmo, all'universo che ci circonda. Platone non procede affatto nel modo tipico ad es. di Kant, che pretende dedurre da se stesso, dalla sua ragione soggettiva, i principi della giustizia (e in tal modo giunge a elaborare un *Vernunftsrecht*, un diritto razionale, ma non certo un *Naturrecht*, un diritto naturale).

In questa chiave sembra sensato parlare, a proposito di Platone, di diritto naturale. Platone a dire il vero non ha usato, per qualificare la sua dottrina, questa espressione (*nòmos katà physin, dikaion physikòn*), perché, senza dubbio, essa evocava alla sua mente le tesi dei sofisti, di Callicle o di *Gorgia*, tesi che egli ripudiava recisamente. Peraltro, esiste un passaggio delle *Leggi*, in cui proponendo di riformare contro il materialismo dei sofisti il senso dato al termine *natura*, Platone sviluppa una teoria del diritto dedotto dalla natura (*physikon*). Esistono anche diversi passi in cui Platone cerca di dedurre il diritto dalla natura delle cose.

Nella *Repubblica* e nelle *Leggi*, Platone difende un programma legislativo audacemente femminista invocando il fatto che nell'essenziale (la ragione, il cuore, la struttura dell'anima) uomini e donne hanno la medesima natura (*physis*), come i calvi e i non calvi. Nelle *Leggi* Platone propone di condannare la pederastia come «contro natura», invocando a tal proposito l'esempio dei costumi sessuali degli animali. Il metodo platonico sembra dunque partire dalla *natura*, o per lo meno dall'osservazione obiettiva degli esseri del mondo esteriore.

Peraltro il modo in cui Socrate nella *Repubblica* raccomanda e pratica l'osservazione del mondo è ben diverso da quello posto in essere dagli scienziati moderni. Ma certamente non è dallo scienziato (nel senso moderno del termine), per esempio dal sociologo, che Platone si attende la scoperta del giusto.

L'unico ad avere competenza per questo compito (è questo uno degli assiomi fondamentali della *Repubblica*) è il *filosofo*. Socrate stesso, che guida la discussione nella *Repubblica*, è il filosofo per eccellenza. Il legislatore ideale della Repubblica sarà un filosofo, come quello delle *Leggi*.

Nel corso della *Repubblica* veniamo ad apprendere quali siano le qualità richieste al filosofo-legislatore; ciò che bisogna intendere per filosofo. Nell'opera è contenuto, nei libri quinto, sesto e settimo, un trattato dedicato all'educazione dei futuri custodi destinati al reclutamento dei filosofi: lunghi studi di *matematica*, quindi di *dialettica*, studi grazie ai quali l'allievo si eserciterà a svincolarsi dalle forme sensibili e mutevoli per elevarsi al vero essere, alla *forma* delle cose, alle *idee*. Nessuno può entrare nella casa di Platone (nell'Accademia), «se non è geometra»: solo la geometria ci insegna ad elevarci al di là delle apparenze, verso le forme intelligibili.

Nel settimo libro della *Repubblica* è dedicata al medesimo obiettivo (la formazione dei futuri custodi della città) la famosa allegoria della caverna. I prigionieri della caverna non vedono che le ombre delle cose. Ma attraverso una dura ascensione, che è una figura della dialettica, alcuni evadono dalla caverna e riescono a percepire le cose nella loro verità e il sole che le illumina (il bene, la giustizia, Dio). Si tratta dunque di evadere dal mondo delle apparenze sensibili che è quello percepito dal corpo, vero e proprio ostacolo al vero conoscere (*Fedone*), per elevarsi al mondo delle *idee* intelligibili. Questo è il metodo imposto all'uomo politico per la scoperta del giusto.

E nelle Leggi questa dottrina riceve una coloritura *religiosa*. È al termine di una lunga ascesa purificatrice, è sotto l'ispirazione divina (a cui nell'opera si fa costante allusione), che il filosofo, innamorato del mondo delle idee, scopre le leggi. Il giusto risiede in un altro mondo, più vero del nostro, e in cui noi forse abbiamo vissuto in una vita anteriore e di cui ci *rammentiamo* (*Fedone*). Non è certo dagli eventi fenomenici che ci offre sulle prime lo spettacolo della natura che Platone intende dedurre il giusto, ma dalle *idee*, alle quali, certamente, ci conduce l'osservazione della natura, a condizione che la mera osservazione non sia che un punto di partenza e che mediante uno sforzo dialettico noi si sia capaci di distaccarci da essa. Il diritto di Platone è quindi definibile piuttosto come un diritto *ideale*, che come un diritto naturale. Per terminare, possiamo fare due osservazioni.

Un'importanza rilevante nel pensiero platonico è data alle sue fonti religiose, sulle quali insistono sempre più gli studiosi più recenti, come Schuhl e Festugière. Questa dimensione della dottrina di Platone verrà recepita e trasferita nel cristianesimo. Ad esempio, la filosofia del diritto di Sant'Agostino dovrà molto a quella platonica (si consideri che le opere del filosofo furono significative per la sua conversione). La cosa è ancor più rilevante, se si pensa che il neoplatonismo dell'epoca tardo-romana ha accentuato questo carattere mistico della dottrina platonica e in particolare il ruolo dell'estasi.

Individuando nell'ideale le fonti del diritto, e quindi ben lontano dal mondo così come esso è, Platone concepisce norme giuridiche molto esigenti, molto lontane dalla prassi, e quindi un diritto *pesantemente normativo*. La proposta costituzionale di un filosofo-re, il comunismo, il femminismo (ed anche la condanna della pederastia, almeno per la cultura greca) hanno un carattere utopico. Spesso gli autori che si rifaranno a Platone saranno utopisti: lo sarà sotto un certo profilo Sant'Agostino e nel XVI secolo Tommaso Moro e Campanella. Quali che siano le critiche che possiamo fare, da giuristi, a questa teoria delle fonti del diritto, resta però il fatto che le utopie hanno avuto una grande importanza nella storia.

Comunque il genio di Platone era troppo completo per accontentarsi di questa ambiziosa dottrina delle fonti del diritto; egli ha saputo riflettere anche sul fenomeno delle leggi positive.

2. Teoria delle leggi positive

Per quanto grande possa essere la sua ricchezza e la sua rilevanza storica, la dottrina di Platone in ordine alle fonti del diritto va considerata, nei limiti in cui

l'abbiamo presa in esame, utopica e impraticabile. Essa si fonda sull'ipotesi che il potere stia nelle mani di un filosofo dotato di un potere assoluto: il che, Chiaramente, non corrisponde alla realtà. Nella pratica, i giuristi devono occuparsi delle leggi positive, più che dell'idea pura della giustizia. Qual è dunque l'insegnamento platonico relativo alle leggi?

Si insegna di solito che la sua dottrina ha conosciuto una certa evoluzione nel tempo. Nella *Repubblica* Platone manifesta una netta ostilità per la legislazione scritta. Al contrario, nei due dialoghi della vecchiaia, nel *Politico* e soprattutto nelle *Leggi*, contrassegnati da un maggior realismo, egli avrebbe chiaramente riconosciuto la loro necessità.

Non credo che esista una vera e propria contraddizione tra le tesi che emergono da queste diverse opere. È vero, peraltro, che la dottrina platonica insiste su due punti diversi, che vengono sottolineati l'uno successivamente all'altro: all'inizio Platone ha richiamato l'attenzione sulla *imperfezione* delle leggi, successivamente sulla loro *necessità* pratica, nel mondo così come noi lo conosciamo.

3. *Dimensioni critiche*

È nella *Repubblica* in particolare, che Platone ha mostrato i limiti di ogni legislazione scritta. Questa critica è il corollario della tesi del filosofo-re: il filosofo, al termine di una lunga ascensione dialettica, di uno sforzo prolungato di ascesi e di contemplazione mistica, giunge a percepire l'*eidos*, l'idea della giustizia. Ma il filosofo è incapace di comunicare alla gente comune il frutto della sua ricerca, di far beneficiare della sua visione illuminante i prigionieri della caverna. Di fronte al popolo che (nell'ipotesi) gli è sottomesso egli è obbligato a ricorrere a *menzogne*: in particolare alla menzogna sulla diversità di origine delle anime (che sarebbero formate in certi casi dall'oro, in altri dal ferro, in altri ancora dal fango), per far accettare a una popolazione egualitarista le necessarie differenze tra le classi sociali, e agli inganni sui sorteggi (ad esempio in quelli che determinano i matrimoni).

La giustizia non può essere assolutamente rinserrata in formule scritte ed ogni legge scritta si rivela ingiusta quando viene applicata. Il fatto è che il mondo degli uomini, ai quali deve applicarsi il diritto, è perpetuamente in movimento, mentre la legge è statica. Ad esempio, nel diritto costituzionale sarebbe ingiusto prevedere un regime fissato una volta per tutte, quando le circostanze imporrebbero in certi casi un governo monarchico (se la città dispone di un solo, vero filosofo) e in altri casi un governo aristocratico (se esistono invece molti filosofi, di livello pressoché eguale). Nel diritto privato sarebbe ingiusto stabilire che il deposito debba sempre essere restituito, dato che in certi casi può trattarsi del deposito di un'arma fatto da un folle. Questa dottrina è diventata classica e gli stessi esempi sono stati ripresi da Aristotele e da San Tommaso.

Migliore appare dunque la giustizia vivente e perfetta del filosofo-re, dotato di poteri assoluti. È la tesi della *Repubblica*, ma si può leggere la stessa dottrina nel *Politico*. Platone giunge fino all'apologia dell'illegalità, del colpo di stato contro le leggi emanate da un dittatore (nel presupposto che autore del colpo di stato sia un

filosofo): forse intendeva in tal modo difendere il suo amico Dione, che aveva assassinato il tiranno di Siracusa, violando le leggi della stessa città.

4. *Necessità pratica delle leggi*

La critica su cui ci siamo soffermati non vale, peraltro, che nella ipotesi della città perfetta, ideale, che non esiste affatto. Nello stesso *Politico*, Platone ci offre una nuova classificazione delle costituzioni, che testimonia un notevole approfondimento della sua speculazione. In testa resta il governo chiamato *reale*, in cui il filosofo è re: è il regime perfetto, ma le sue possibilità di incarnarsi nell'esistenza sono nulle. Quella del filosofo è infatti una «merce» molto rara; il «filosofo per natura» potrebbe ritrovarsi in un membro della città che avesse avuto l'opportunità di essere sottratto alla cattiva educazione dominante in quella città; ma in ogni caso i suoi concittadini ne rifiuterebbero con ogni probabilità i servizi. Lo stesso Platone non ha creduto possibile la costituzione di un regime giusto, se non nell'ipotesi veramente eccezionale della fondazione di una città nuova, nella quale il tiranno acconsentisse a cedere i suoi poteri a un filosofo.

Per di più, all'interno di questa ipotesi, resta sempre il fatto che il filosofo non è immortale, né onnipresente; non potrà restare per sempre al potere. Se vuole che la sua azione si possa prolungare nel tempo, egli dovrà farsi *legislatore* e lasciare alla città, valga quel che valga, una costituzione scritta, così come un medico prescrive al malato, dopo averlo visitato, alcune ricette.

I governi di rango inferiore sono tre e sono i soli storicamente capaci di durare nel tempo. Sono caratterizzati da tre tipi di *costituzione*: monarchica, aristocratica e democratica. Le tre corrispondenti perversioni di questi regimi sono caratterizzate dal fatto che le leggi costituzionali sono violate da chi detiene il potere: si ha così la tirannia, l'oligarchia e la cattiva democrazia, In tal modo l'idea di *legalità* viene a conquistare un posto importante nel pensiero politico di Platone. È a questo punto che egli è indotto a costruire una teoria positiva delle leggi scritte.

5. *Origine delle leggi*

Le leggi non dovrebbero procedere dalla volontà popolare; nulla è più lontano dalla mentalità di Platone della dottrina del contratto sociale e del moderno volontarismo; egli ritiene nulle e prive di valore le deliberazioni dell'assemblea popolare.

Le leggi provengono dall'alto, procedono dal filosofo, che, se non può farsi re, si fa legislatore; egli detta per quanto possibile una volta per tutte dei sistemi completi di leggi, dei *codici* (*syggrammata*).

Egli emana le leggi autoritativamente, un po' al modo degli oracoli: dato che l'idea perfetta del giusto non può essere comunicata alla massa, *quod principi placuit, legis habet vigorem*. Comunque, come il medico che ha in cura uomini liberi si fa carico di spiegar loro nei limiti del possibile le sue prescrizioni, non sarà male che il legislatore ricorra nei riguardi dell'élite dei cittadini anche alla persuasione, facendo precedere le leggi, per quanto possibile, da un *preambolo*. I cittadini più rozzi

invece ubbidiranno per costrizione. In tal modo il popolo parteciperà, attraverso la mediazione delle leggi, alla giustizia del filosofo.

6. *Valore e autorità delle leggi*

In tal modo Platone è indotto a raccomandare, nel mondo storico così come è fatto, una stretta ubbidienza alle leggi.

È indubbio che il filosofo, per quanto lo concerne, non sarà affatto tenuto ad osservare le leggi; esse non sono che una brutta copia della perfetta giustizia ed anzi in parecchi casi la contraddicono. Le leggi non possono obbligare colui che le ha poste: *princeps legibus solutus est*. Ma il popolo, che non ha alcuna conoscenza di filosofia, che non sa nulla della giustizia se non per questa intermediazione delle leggi, è tenuto ad una rigorosa ubbidienza. Si deve in effetti supporre che le leggi siano per lo meno la copia del giusto e provengano da un filosofo; fino alla fine questa teoria mantiene un sapore utopico. E ancora non si tratta, in questi casi, del regime perfetto; è piuttosto il regime delle costituzioni inferiori. Platone si meraviglia di come le città possano sopravvivere, per effetto di una qualche volontà provvidenziale, ridotte come sono ad accontentarsi di un surrogato, così mediocre, della vera giustizia.

I giudici, così come noi li conosciamo (dato che bisogna pur ricorrere ai loro bassi servizi), saranno tenuti a seguire letteralmente il testo delle leggi scritte della città. Dopo aver dunque parlato del *dikaion*, che è il vero diritto, Platone si risolve a trattare la *dikastiké*, l'arte giudiziaria, così come essa funziona nelle nostre comunità politiche degenerate. Il tema emerge in un passaggio del *Politico*.

È notevole che Platone, partito da tali altezze, venga ad arenarsi in fin dei conti in una sorta di positivismo giuridico abbastanza grossolano.

IV. *Conclusione*

Questo è in effetti il limite di questa dottrina troppo ambiziosa, troppo ideale. Per aver voluto guardare troppo in alto, essa ripiomba fin troppo in basso. Sarebbe necessario che il diritto emanasse solo da un filosofo; ma, dato che non esiste un vero filosofo, o che, se esiste, non è al potere, si affida il diritto alla dittatura di un principe. Molti sovrani assoluti, a cominciare dagli imperatori romani, hanno usurpato a loro profitto la dottrina platonica.

Potremmo verificare questo fallimento del diritto ideale di Platone esaminandone il contenuto; esso è troppo elevato, troppo esigente, quindi impraticabile. Predica un comunismo perfetto, perché sia così sradicata totalmente la radice dell'egoismo: ma abolendo in tal modo ogni dottrina giuridica della proprietà non si lascia aperta la porta alle violenze dei più forti? Si sopprime la famiglia, perché nessun cittadino abbia preoccupazioni di carattere privato: non si ottiene forse in tal modo di massimizzare il disordine sessuale? Si postula un primato dei sapienti, della classe dedita ai bisogni speculativi: ma non si rischia in tal modo sulla base di questi bei principi di lasciar opprimere il popolo da parte delle classi più fortunate?

Si può ancora rimproverare al sistema platonico il fatto di essere troppo unilaterale, di non vedere che un lato solo delle cose: obnubilato dall'idea

dell'armonia sociale, esso sacrifica l'individuo; le classi lavoratrici sono a loro volta sacrificate dall'idea del primato della speculazione filosofica. Siamo forse così giunti alla radice dell'errore, e cioè alla teoria platonica della conoscenza, alla filosofia delle idee, genitrice di false astrazioni.

La dottrina del diritto di Platone è di una importanza estrema nella storia del diritto; essa rappresenta una tendenza permanente nello spirito umano ed è l'antenata di parecchie dottrine rivoluzionarie e utopiche e di tutte le dottrine impregnate di forti esigenze ideali. Ma per quanto ci concerne, preferiamo la dottrina di Aristotele.

Capitolo terzo
LA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI ARISTOTELE

I. *Nozioni preliminari*

1. L'uomo

La vita di Aristotele è esposta da Aubonnet nella prefazione alla traduzione francese della *Politica*. Dovranno altresì essere consultate le opere fondamentali di Robin, di Jaeger e di Ross.

Mi limito a ricordare che Aristotele (384-322) nacque a Stagira, in Macedonia e che fu allievo di Platone ad Atene, dal 367 al 347. Visse poi in Asia minore e in Macedonia, dove fu chiamato dal re Filippo che gli affidò l'educazione del figlio Alessandro. Poi ritornò ad Atene, dove fondò la sua scuola, il Liceo.

Anche Aristotele, quindi, ha partecipato alla vita pubblica, non in modo casi diretto e appassionato come era stato il caso di Platone (i bei giorni della democrazia ateniese erano ormai lontani), ma come consigliere di diversi regnanti (tra cui il tiranno Ermia, in Asia minore), come educatore di Alessandro, come ricostruttore e senza dubbio anche legislatore della sua città natale di Stagira, e infine come amico di Antipatro (reggente di Macedonia e della Grecia).

Aristotele, però, fu essenzialmente uomo di studi. Una delle tesi tipiche della sua etica è quella della superiorità della vita speculativa sulla vita attiva. Egli diresse il Liceo come un centro di ricerche scientifiche, coltivando la metafisica, la psicologia, la logica; è ben noto come egli abbia progressivamente preso le distanze dalla dottrina del suo maestro (*amicus Plato, sed magis amica veritas*) e alla fine ripudiato l'idealismo. Platone ha gli occhi rivolti verso il cielo, il preteso cielo delle idee, mentre Aristotele guarda la terra e riabilita l'esperienza sensibile (si rammenti l'affresco di Raffaello). È un metodo ben diverso da quello di Platone, quello che Aristotele applica allo studio della politica e del diritto.

2. *Opere principali di politica e diritto*

Sono parecchie le opere di Aristotele, che non sono giunte fino a noi e che sembra abbiano trattato di diritto e di politica: i dialoghi giovanili sulla *politica*, la *giustizia*, un'opera sui costumi dei barbari (*nòmina barbarica*), un trattato sul potere giudiziario, uno sulla sovranità; Alessandro o le colonie, una raccolta di testi giuridici (*dikaiomata*) e infine la raccolta, compiuta nel Liceo, delle costituzioni delle città greche.

Soltanto una parte della produzione aristotelica è giunta fino a noi.

Di questa utilizzeremo:

1) Le *Etiche* e soprattutto l'*Etica Nicomachea*. Sull'evoluzione della dottrina morale di Aristotele, si veda il fondamentale lavoro di Hamburger. Aristotele cerca di determinare in che cosa consista la *felicità* dell'uomo, che è lo scopo ultimo della sua condotta morale; definisce la *virtù* come un *giusto mezzo* (essere temperanti significa non mangiare né troppo, né troppo poco, essere liberali significa tenersi in equilibrio tra avarizia e prodigalità). A noi interessa in particolare il quinto libro

dell'*Etica Nicomachea*, che contiene una completa analisi della giustizia e del diritto; utili anche i libri ottavo e nono dedicati alla *philia* (l'amicizia, la vita sociale, l'essere in comunità) e il libro sesto, che studia la *prudenza* e le virtù intellettuali.

2) La *Politica*. Servendosi della sua teoria della giustizia, Aristotele va alla ricerca di quali siano le costituzioni migliori, quelle che meglio si adattano all'essenza dell'uomo e alle mutevoli condizioni della vita sociale; analizza le esperienze degli stati del suo tempo e svariati progetti di costituzione.

3) La *Retorica*. In questo trattato, dedicato all'arte oratoria, Aristotele dà largo spazio all'analisi dell'eloquenza forense; egli studia gli argomenti di cui può fare uso l'avvocato, come l'appello al diritto naturale, alle leggi positive, all'equità.

Lo stile di queste opere non può essere lodato come quello degli scritti di Platone; sono scritte in modo farraginoso e in un apparente disordine, il che può essere spiegato se si considera quanto imperfettamente ci siano state trasmesse. Infatti, non possediamo di Aristotele che opere *esoteriche*, non dirette al grande pubblico in quanto consistenti fondamentalmente di appunti destinati alle lezioni orali; qualcosa di analogo alle moderne dispense universitarie e per di più redatte con negligenza. Un libro come la *Politica* sembra composto di pezzi e di brani raccolti senza ordine logico alcuno, al punto tale che il Prélot ha potuto mutarne l'ordine tradizionale delle parti. Sembra anche che questo libro risalga a diverse epoche della vita di Aristotele e che addirittura possa essere almeno in parte opera dei suoi allievi.

Ciò non toglie che un'attenta lettura metta subito in chiaro le qualità prodigiose di quest'opera: la probità, la modestia, l'ardente culto per la verità, la stessa reticenza a trarre rapide conclusioni, il disordine, i ripensamenti di cui il libro è pieno sono tutti segni di verità. A nostro parere, la filosofia del diritto di Aristotele è meravigliosamente calibrata sulla base dell'esperienza; in nessuna altra dottrina si potrà rinvenire la chiave di ciò che si possa intendere con l'espressione, fin troppo misconosciuta, di diritto naturale.

II. *La definizione del diritto*

Abbiamo riscontrato come Platone abbia elaborato una nozione molto ampia del diritto e non differenziata da quella della morale. È grande merito di Aristotele aver sviluppato, nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, una nozione ben più precisa del diritto, destinata ad avere una considerevole importanza storica.

Questa rigorosa nozione del diritto Aristotele non l'ha inventata, né se la è arbitrariamente costruita come in un sogno, alla maniera degli idealisti, ma l'ha tratta dall'esperienza e dall'osservazione del linguaggio, che è un riflesso dell'esperienza. Aristotele esplora il *senso* del termine *dikaion*, che noi possiamo tradurre ugualmente bene sia con «giusto» che con «diritto». Le parole ricevono nel linguaggio comune le accezioni più diverse, data la povertà del vocabolario (*plura sunt negotia quam vocabula*). Ma un'analisi attenta dei termini ci libera da ogni possibile confusione, ci consente di distinguere il senso proprio delle parole dai sensi derivati e mette in rilievo nel significato di un termine quello più ristretto e

più autentico. È questo il metodo con cui vengono circoscritti l'oggetto specifico e il campo di applicazione della virtù della giustizia e successivamente il rapporto che intercorre tra diritto e giustizia.

1. *L'oggetto della giustizia: la distribuzione*

È frequente veder designata come giusta (è con questa osservazione che s'apre l'analisi aristotelica) ogni condotta che sembri conforme alla legge morale; in questo senso la giustizia include tutte le virtù, è essa stessa la virtù universale. Aristotele non ha criticato questa nozione così ampia di giustizia; ha mostrato la sua ragion d'essere e perché noi siamo a volte indotti a qualificare ogni virtù, perfino la temperanza ed il coraggio, con il termine giustizia, in particolare quando consideriamo l'esercizio di queste virtù in funzione della loro utilità sociale (si pensi ad es. al coraggio quando si associa al compimento di un dovere patriottico).

Ma si può mettere in rilievo anche un'accezione più ristretta del termine, che corrisponde poi al suo significato fondamentale, quello che merita la massima attenzione: la *giustizia particolare*. L'oggetto proprio di questa virtù è dare a ciascuno il suo - *suum cuique tribuere* - secondo la formula tradizionale, già citata da Platone e che si trova ripetuta in tutta la letteratura che si rifà ai classici. Bisogna procedere ad una adeguata divisione dei beni, in modo che ognuno non riceva né di più né di meno di ciò che esige una giusta misura. Aristotele applica dunque anche in questo caso la sua teoria generale della virtù come ricerca del giusto mezzo: ma qui il giusto mezzo è nelle cose stesse, che sono distribuite a ciascuno in una quantità né troppo grande, né troppo piccola, ma intermedia tra i due estremi opposti (*medium rei*). Torneremo tra poco su ciò che c'è di rilevante in quest'ultima osservazione.

In tal modo l'oggetto della giustizia non viene più a confondersi con l'insieme della morale e noi possiamo cominciare a farci un'idea più specifica e precisa di cosa propriamente sia l'arte giuridica.

2. *Distribuzione e permuta*

Lo scopo che Aristotele si prefigge è quello di ottenere o di preservare una certa armonia sociale, di perseguire ciò che il filosofo chiama un'eguaglianza, un *ison*. Ma per comprendere in che cosa consista questa eguaglianza, è utile distinguere due diverse *operazioni*, in entrambe le quali entra in gioco la giustizia.

a) Il compito principale della giustizia è quello di presiedere alla *distribuzione* dei beni, degli onori, delle cariche pubbliche tra i membri della collettività. È in questo ambito che la giustizia trova la sua applicazione più tipica, è in questo che essa soprattutto opera.

Ora, in questo caso, l'*eguaglianza*, di cui stiamo andando alla ricerca, va considerata piuttosto come una *proporzione*, un'eguaglianza «geometrica», o eguaglianza tra due frazioni. La giustizia ad esempio cercherà di instaurare un medesimo rapporto tra gli onori che tributiamo a Mozart e a Puccini e le qualità della musica di questi due compositori, o, per fare un altro esempio, tra i salari del calzolaio e dell'architetto e il valore, la quantità o la qualità del lavoro di questi due

soggetti. La proporzione può quindi essere raffigurata nel modo seguente: prezzo della casa/prezzo delle scarpe = lavoro dell'architetto/lavoro del calzolaio

b) In secondo luogo, la giustizia controlla la correttezza degli scambi. Supponiamo che tutti i beni, gli onori, le cariche pubbliche siano stati distribuiti e che la consistenza dei patrimoni sia già stata preliminarmente determinata secondo la formula precedente. Può capitare che questo equilibrio venga turbato, perché viene sottratta ad un patrimonio una frazione che gli era stata attribuita. Questa frazione passa ad un altro patrimonio: mille franchi escono dal tuo portafoglio ed entrano nel mio. Bisogna allora correggere questo squilibrio (giustizia «correttiva», *dikaion diorthotikòn*), il che si può fare solo restituendoti un biglietto di banca equivalente a ciò che hai perso. L'operazione, in fin dei conti, corrisponde ad uno scambio (*commutazione, synàllagma*).

In questa seconda ipotesi, l'eguaglianza di cui andiamo alla ricerca si esprime mediante una formula più semplice (eguaglianza «aritmetica»). Compito del giudice è quello di calcolare un risarcimento eguale al danno che tu hai subito. Se la tua automobile è passata in mio possesso, sia che io l'abbia rubata, sia che tu voglia vendermela, sia che tu abbia subito un esproprio a beneficio mio per pubblica utilità, sarà giusto che io te ne risarcisca il prezzo: 1 automobile = 50.000 N.F.

La distinzione tra questi due diversi ambiti di applicazione della giustizia e dei due diversi e conseguenti metodi di analisi della giustizia, stessa è stata di grande fecondità. Alcuni studiosi vi vedono la fonte della distinzione (elaborata successivamente) tra diritto pubblico e diritto privato. Se si ritiene che lo stato e il diritto pubblico abbiano la competenza per applicare la giustizia nel primo dei due significati, e cioè per distribuire i beni, si può pensare che spetti ad una scienza autonoma il compito di regolamentare gli scambi: questa sarebbe la funzione del diritto privato, che la dottrina giuridica avrebbe sviluppato a partire dal principio di eguaglianza semplice o aritmetica. E infatti i giuristi romani hanno metodicamente applicato questo secondo principio (teoria dell'arricchimento senza causa, mutuo, giusto prezzo, *damnum iniuria datum, condictiones sine causa*).

Non dobbiamo mai dimenticare (come purtroppo si fa usualmente) che in fin dei conti il compito della giustizia è quello di una sana distribuzione dei beni, *distribuzione* che in caso di scambi successivi si tratterà solamente di mantenere. L'*eguaglianza*, nella quale viene a consistere lo scopo ultimo della giustizia, è in senso proprio null'altro che *eguaglianza proporzionale*.

3. *Il campo di applicazione: il dikaion politikòn*

Su che cosa si esercita la giustizia, in quale ambito essa cerca di dare a ciascuno il suo? Per Platone, che non opera alcuna distinzione tra diritto e morale, la giustizia ha anche il compito di dare un equilibrio interiore all'individuo, subordinando il coraggio alla ragione e gli istinti sensuali al coraggio.

Aristotele non ignora che esiste un significato ampio di giustizia, una sua accezione morale. Si dice di un sapiente, di un uomo coraggioso e temperante che è giusto. Ma si tratta unicamente di un significato derivato e «metaforico». Aristotele mette in evidenza un'altra accezione del termine *giusto* e che per lui è la principale:

il *giusto* è piuttosto l'equilibrio, realizzato nella collettività, tra i diversi cittadini che ne fanno parte. La collettività è composta da uomini liberi, che hanno interessi diversi e si disputano onori e beni: è tra costoro che entra in giuoco il giusto politico (*dikaion politikòn*), la forma principale della giustizia.

Non che non sia possibile, in maniera più o meno corretta, parlare anche di una giustizia che si esercita nei gruppi più ristretti e in particolare all'interno della famiglia. Anche nella famiglia si dà una certa ripartizione dei beni, fatta dal capo della famiglia, tra la moglie, i figli ed i servi. Si può dire che questa ripartizione tenda anch'essa alla giustizia (*dikaion patrikòn, oeconomikòn*). Ma l'impiego di questi termini in tal caso è improprio: infatti nella famiglia non ci sono interessi davvero separati e tali che ci sia bisogno di procedere ad una ripartizione rigorosa dei beni. Il figlio «appartiene in qualche modo al padre», non è «altro rispetto al padre», l'uno e l'altro non hanno patrimoni distinti; e lo stesso si può dire del servo, secondo la concezione dell'antichità. La famiglia, diremmo noi, è una comunità, non una società; non esiste nel suo seno un vero diritto, né giustizia nel senso proprio del termine. E lo stesso va detto dei gruppi amicali, ai quali Aristotele dedica gli ultimi libri dell'*Etica*. Né diversamente bisogna pensare della città ideale, platonica, nella quale regnerebbe la carità.

Non esiste *dikaion*, diritto, nel senso proprio del termine, che nei rapporti tra cittadini. Questa tesi confuta le recenti, e confuse, argomentazioni di Gurvitch, che ritiene di individuare una dimensione giuridica nei gruppi infra-etici; ma anticipa la distinzione tra *Gesellschaft*, società, e *Gemeinschaft*, comunità; Aristotele ne aveva perfetta consapevolezza molto prima dei sociologi tedeschi del XX secolo. Gli storici del diritto non si sono serviti adeguatamente della dottrina aristotelica: a Roma non si trova diritto nei rapporti tra il *pater familias* e i suoi figli, né a maggior ragione tra il padrone e i suoi schiavi. Questa non è una ragione per accusare il mondo romano di inumanità; l'assenza del diritto non comporta che i figli o gli schiavi non fossero protetti da altri sistemi di «controllo sociale». Nessun testo romano ha mai negato che lo schiavo fosse una «persona»; Gaio, anzi, lo pone tra le persone. È solo che la protezione dello schiavo non attiene all'arte del *diritto*, secondo il linguaggio aristotelico, di cui dobbiamo ancora una volta ammirare la precisione.

4. *Distinzione del diritto dalla morale*

Platone confondeva usando i termini *nomos* e *dikaion* il diritto con la morale. Lo sforzo di Aristotele per evitare questa confusione culmina nei capitoli otto e nove del quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, in cui egli giunge ad una netta messa a fuoco del diritto e della giustizia.

Senza dubbio Aristotele studia il diritto, il *dikaion*, studiando la giustizia; per lui la scienza del diritto è una parte della scienza della giustizia, ma una parte ben distinta.

Aristotele procede nella sua analisi col suo consueto rispetto per l'esperienza e con particolare attenzione al linguaggio: esiste una differenza tra l'essere giusto (al maschile, o al femminile) e fare il giusto (al neutro), tra *dikaios* e *tò dikaion*, lo posso compiere il *dikaion*, e cioè azioni giuste, senza essere io stesso *dikaios*, e cioè

intimamente giusto. Io posso, ad esempio, restituire un deposito non per spirito di giustizia e senza che la mia intenzione sia retta, ma soltanto per paura di un'azione legale contro di me. Allo stesso modo posso compiere atti ingiusti per errore o per esservi costretto da una qualche violenza o intimidazione, ma senza essere soggettivamente ingiusto.

La scienza del diritto, del *dikaion*, ha per oggetto l'effettualità, i risultati esteriori, l'eguaglianza nelle cose, nei rapporti tra i cittadini: il *medium rei*, che tra poco definiremo come l'*oggetto della giustizia*. Al moralista lasceremo il compito di indagare le intenzioni. Non che il giurista non si ponga in situazione ausiliaria rispetto a quella del moralista: egli infatti indica al moralista ciò che l'intenzione deve perseguire. Egli però non si interessa che dell'*oggetto*, non dell'intenzione con cui il soggetto perseguirà il suo oggetto. *Jus obiectum justitiae*, dirà San Tommaso.

Così il diritto si pone all'interno della morale, ma in un ambito specializzato. Conseguentemente le leggi puramente morali si distinguono da quelle giuridiche: non si può più sostenere che *ogni legge* sia, in quanto tale, giuridica, come voleva Platone. La scienza del diritto ha conquistato l'autonomia, in base all'esame dell'esperienza, analizzata con tanta profondità e tanta finezza nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*.

Per quanto astratte possano apparire queste analisi, esse hanno avuto un'importanza estrema nella storia del diritto, anche se il fenomeno non è stato messo in risalto quanto si sarebbe dovuto. Ci sono epoche che confondono diritto e morale, così come faceva Platone e come ha fatto il Medioevo, seguendo il pensiero di Sant'Agostino. Ce ne sono altre che, maggiormente attente alle scoperte aristoteliche, sanno delimitare un ambito giuridico specifico e distinguere rispetto allo studio della giurisprudenza quello di virtù di diverso genere (carità, liberalità, misericordia), che appartengono ad un ordine diverso rispetto alla giustizia, perché procedono dall'esame dell'intenzionalità del soggetto. Il diritto romano classico è stato costruito a partire da una definizione ristretta di diritto e il diritto europeo moderno si è modellato sul pensiero di San Tommaso; e S. Tommaso ha conosciuto l'*Etic*a aristotelica. Il contenuto della scienza del diritto, le sue fonti, il suo metodo, il suo spirito, dipendono largamente dai confini che si vogliono assegnare alla giurisprudenza.

III. *Le fonti del diritto: il diritto naturale secondo Aristotele*

Non meno utile e suggestivo è lo studio del pensiero aristotelico in ordine alle fonti del diritto; è nell'*Etica*, nella *Politica* e nella *Retorica* che bisogna andare alla ricerca del significato della nozione di *diritto naturale*. Nozione che in genere è criticata da coloro che non sanno più esattamente che cosa essa significhi.

I giuristi al giorno d'oggi distinguono il «diritto positivo» da ciò che essi chiamano il «diritto naturale»; secondo questa alternativa o il diritto si deduce dalle leggi positive, o lo si deduce da altre fonti, come i pretesi assiomi iscritti nella ragion pratica dell'uomo, fonti di ciò che i neokantiani chiamano oggi diritto naturale.

Questo dualismo non è possibile riscontrarlo in Aristotele. Senza dubbio egli distingue due forme di giusto e di diritto, il giusto naturale e il giusto positivo e prevede anche che in certi casi ci si possa ridurre ad accontentarsi di quel diritto informe, in embrione, che è il *dikaion physikòn*. Il diritto naturale acquista in questo caso una sorta di esistenza autonoma, ma è comunque destinato a restare molto imperfetto. La soluzione giuridica di un caso concreto deve, normalmente, essere ottenuta attraverso il ricorso *congiunto* a queste due fonti, che non vanno considerate opposte, ma complementari: da una parte lo studio della natura, e in un secondo momento la precisa determinazione del legislatore o del giudice. Non c'è dunque opposizione tra il giusto «naturale» e le leggi scritte dello stato; al contrario, le leggi dello stato esprimono e completano il giusto naturale. La dottrina aristotelica del diritto naturale non misconosce affatto l'importanza del ruolo del legislatore.

Passiamo ora ad analizzare il primo momento dell'elaborazione del diritto; si, tratta di un momento intellettualistico, teorico, speculativo. Da una parte, il diritto procede dallo *studio della natura*. Dobbiamo cercare di comprendere in nome di quale filosofia Aristotele può pretendere di dedurre il diritto dall'osservazione della natura e vedere poi come, nella *Politica*, egli applichi al concreto il suo metodo.

La filosofia del diritto di Aristotele

1. *I principi*

Dato che, di fatto, siamo un po' tutti discepoli di Kant, ci è divenuto difficile immaginare come a partire dallo studio dei fatti si possano dedurre conseguenze in ordine a ciò che deve essere, come si possa giungere al *Sollen* dal *Sein*. Il punto è che la nozione aristotelica di *natura* va al di là del mero insieme di quei «fatti», all'osservazione dei quali si limita la scienza moderna; l'essere, così come lo concepisce Aristotele, è ben più che il *Sein* kantiano; e, infine, il metodo di osservazione raccomandato da Aristotele è ben più complesso di quello degli scienziati di oggi.

a) *La natura*.

Aristotele ha troppo rispetto per il linguaggio comune per ignorare che sia la parola natura (*physis*) che la parola diritto (*dikaion*) sono polisense. Natura può significare, in una prima accezione, l'insieme del mondo esterno, nel quale noi viviamo; ora questo *cosmos* è ordinato, implica un ordine; il mondo, nella visione di Aristotele, è opera di un'intelligenza, o piuttosto di un artista demiurgo; si sa che Aristotele lo paragona al prodotto di un ceramista, che lavora l'argilla per darle una *forma*. Il mondo è fatto non solo grazie a cause «efficienti» o a cause «materiali» (che sono poi le uniche che la scienza moderna tiene in considerazione), ma anche a cause *formali* e *finali*. Proprio come il vaso fatto dal ceramista, il mondo è *formato* in funzione di una *finalità*. Si capisce perché il cristianesimo abbia ben volentieri dato spazio a questa filosofia, che ben si accorda con l'idea di un Dio creatore.

Si può dire altresì che ogni essere particolare ha una sua «natura». E questa natura è ciò che egli *deve* essere, la sua forma, il suo fine, secondo il piano della

Natura nel senso universale del termine. «La natura di ogni essere è il fine a cui essa tende». Per ciò che concerne gli esseri viventi, ne segue che la loro natura non corrisponde a quella che viene letta dalla scienza moderna. L'uomo, ad esempio, non raggiunge immediatamente la pienezza del suo essere; dunque la sua *natura* non si riscontra esattamente in ciò che egli è oggi «in atto», ma piuttosto in ciò che egli tende ad essere, in ciò che egli è «in potenza» e cioè nella sua *forma*, nel suo *fine*. Un architetto che gioca al bridge durante una serata mondana non cessa certo di essere architetto, non perché lo sia in atto, ma perché lo è in potenza, perché può costruire case. Analogamente l'essere dell'uomo non lo si riscontra né nel lattante che piange nella culla, né nel malato o nel minorato, ma nell'adulto giunto al suo più pieno sviluppo. Nella «natura» degli esseri viventi c'è ben più di quanto non si rilevi allo stato attuale: c'è il loro essere finalizzati a giungere a una pienezza totale, a un loro fine, che corrisponde altresì alla loro felicità.

In un senso analogo a questo, il termine *natura* può anche designare il principio, la forza, l'istinto presente in ogni essere, che secondo la filosofia aristotelica lo spinge a realizzare la propria finalità. In questo caso si è più vicini al linguaggio moderno, che per *natura*, designa un dato originario grezzo. Ma nella dottrina di Aristotele, anche se intesa in tal senso, la nozione di natura implica un riferimento *ai fini*, tale da poter dedurre da essi conoscenze di carattere normativo.

b) L'osservazione della natura.

Per Aristotele osservare la natura significa molto di più di quanto non comporti la mera osservazione dei *fatti* propria della scienza moderna. Non si tratta, infatti, di un'osservazione neutra e passivamente descrittiva, ma implica il discernimento attivo dei valori.

Riconoscere la natura degli esseri presuppone che si faccia una scelta tra i fenomeni. Ci sono al mondo *mostruosità*, entità che non hanno raggiunto il vero livello dell'essere (come ad esempio i cocci informi che il vasaio butta tra i rifiuti, le piante mal formate che non riescono a crescere, gli animali con solo tre zampe, i fratelli siamesi, i neonati sordo-muti o ciechi, i malati e i menomati). Una scienza compiuta della natura (che è essenzialmente scienza dell'ordine e delle cause finali) sa *distinguere* da questi fallimenti i veri esseri sani, conformi a natura.

Ci sono uomini *barbari*, che non raggiungono il medesimo grado di sviluppo della natura umana, conseguito dagli uomini civilizzati; ci sono famiglie mal formate, che non riescono a garantire né la vita né la sussistenza del gruppo e città destinate alla disfatta e all'anarchia interna. Un'osservazione completa ci deve condurre a discernere gli uomini e i gruppi sociali costituiti secondo il piano della natura da queste deviazioni malsane, così come il naturalista distingue l'aborto dall'essere normale. Bisogna saper distinguere ciò che è giusto secondo natura da ciò che, nella stessa prospettiva, appare innaturale ed ingiusto.

2. *L'applicazione dei principi*

Aristotele ha messo alla prova i suoi principi nella *Politica*, in cui egli elabora le soluzioni ottimali di problemi giuridici, in particolare costituzionali. Il suo metodo è ben diverso da quello di Platone, che nella *Repubblica* perseguiva il medesimo

scopo. Cercheremo di mettere in chiaro il metodo aristotelico con qualche esempio particolare.

a) *Il regime politico*.

Nel primo libro della *Politica*, Aristotele comincia con lo stabilire una tesi fondamentale: l'uomo è un *animale politico* (*zoon politikon*). Ciò significa che l'uomo è fatto per vivere nelle *città*, cioè in entità politiche né troppo grandi come gli imperi o gli stati moderni, né però troppo piccole. Aristotele preciserà anche quali debbano essere le dimensioni e il numero degli abitanti di questo gruppo politico naturale.

In che modo egli giunge a questa conclusione? Osservando, ad esempio, i selvaggi: essi vivono più o meno isolati, o in piccoli borghi, e non hanno conseguito quello sviluppo culturale che sembra essere postulato dalla natura, che conferisce all'uomo, a differenza delle bestie, linguaggio ed intelligenza, senza dubbio perché vengano coltivati. Ma anche i vasti imperi non sono in grado, secondo i risultati dell'esperienza, di condurre l'uomo a pienezza, a felicità. Solo le città hanno saputo produrre, specialmente in Grecia, le lettere, le arti, la filosofia. La città deve essere come una nave, che non potrebbe compiere la funzione per cui è stata costruita, se fosse troppo piccola da non poter contenere un numero adeguato di passeggeri, o troppo grande da non poter entrare nel porto: in questo caso, anzi, essa non meriterebbe neppure il nome di nave.

Solo la città, dunque, è naturale (*physike*). Ciò non significa affatto che tutti gli uomini vivano in città, né che all'origine della storia esistessero già le città. Al contrario, bisogna pensare che «i fondatori delle città sono stati grandi benefattori dell'uomo». L'uomo è un animale politico solo in potenza e tende pertanto a divenirlo in atto.

b) *La schiavitù*.

Nel medesimo primo libro della Politica Aristotele, oltre ad altre tesi come quella dell'autorità del padre sui figli e del marito sulla moglie, sostiene il carattere *naturale* della schiavitù. In questo caso non si tratta più di un problema giuridico, di *dikaion politikòn*, ma di «economia», cioè di organizzazione della famiglia; a noi questo poco importa, dato che il metodo è il medesimo.

Aristotele giunge a questa conclusione, peraltro non senza dubbi ed esitazioni 19, partendo dall'osservazione dei fatti. La produzione necessaria allo sviluppo del gruppo familiare non deve ostacolare il suo sviluppo civile: di conseguenza appare necessaria in base all'esperienza una divisione di compiti tra padroni e schiavi 21. D'altra parte, la natura ha creato razze diverse, così che alcune di queste sembrino proprio destinate a fornire mano d'opera.

Da ciò non consegue però la giustificazione di ogni forma di schiavitù: ci sono schiavitù ingiuste, fondate solo sulla violenza e dunque contrarie a natura. Aristotele ha personalmente dato la libertà, per testamento, a tutti i suoi schiavi. Né si può ritenere che l'autorità del padrone sullo schiavo sia assoluta, identica a quella che si esercita sugli animali: Aristotele si sforza di mostrare che, se si comanda all'animale imponendosi a lui con la mera forza, si deve invece, per volontà della natura, persuadere il servo, in quanto uomo, e che tra lui e il padrone deve stabilirsi

un'*amicizia*. Ugualmente fondata sulla natura è la differenza tra l'autorità maritale e quella del padrone sullo schiavo; l'esperienza prova che alcuni popoli barbari, che ignorano questa differenza, ne pagano il fio.

Non ci affrettiamo troppo a ritenere sorpassata questa teoria. Anche se urta e turba i nostri ideali egualitari, bisogna pur ammettere che esistono ancora servitori, che esiste una gerarchia tra dirigenti, assistenti e operai che ubbidiscono (*doulos* significa servitore, piuttosto che schiavo nel senso ottocentesco del termine). C'è anche una differenza nelle capacità degli uomini, legata in parte, come già osservava Aristotele, al clima. Notiamo soprattutto che le conclusioni di Aristotele non pretendono affatto di essere definitive: «se i telai si muovessero da soli» egli scrive «non ci sarebbe bisogno di schiavi». E, soprattutto, che non sono affatto così perentorie come vengono presentate di solito.

c) *Il regime politico migliore*.

Gli altri libri della Politica, consacrati al diritto, potrebbero fornirci centinaia di altri esempi di applicazione del medesimo metodo: ad es. l'età e le condizioni del matrimonio, la limitazione delle nascite, la ripartizione tra beni pubblici e privati, ecc.

Scegliamo la conclusione più importante dell'opera, quella che attiene al diritto costituzionale. È qui, soprattutto, che Aristotele pratica il suo metodo di osservazione e più ancora nei passaggi che, secondo gli specialisti, sembrano essere di tardiva redazione. Insieme agli allievi del Liceo, Aristotele ha analizzato all'incirca cento costituzioni diverse di città e stati del suo tempo. Questo lavoro sta alla base della *Politica*. Queste esperienze sembrano dare la prova che il regime più adatto a rendere felici, saggi e civili i cittadini - il che non si può dire degli Spartani, che hanno il torto di vivere solo per la guerra - è un giusto mezzo tra aristocrazia e democrazia; è cosa buona che ogni cittadino partecipi alla vita pubblica, ma una sana distribuzione degli onori e delle cariche pubbliche terrà conto altresì della ricchezza, delle capacità, e dell'età. L'esperienza prova altre si che è «naturale» (cioè a dire utile, in rapporto allo sviluppo della natura dei cittadini) che non rimangano sempre al governo gli stessi uomini.

La dottrina aristotelica è sempre estremamente prudente. Il miglior regime, secondo la teoria, può non essere tale in un'ipotesi particolare. L'esperienza prova che in una città di guerrieri, in una fortezza, è bene che ci sia più potere aristocratico; in una città agricola, più potere democratico. «L'acropoli è oligarchica e la pianura democratica».

3. *Aristotele e il diritto naturale*

Aristotele è il padre della «dottrina del diritto naturale»; ha messo in evidenza il termine (*dikaion* o *physikon*); ne ha costruito la teoria, l'ha messa in pratica; è insomma il fondatore di una dottrina alla quale innumerevoli giuristi, nel corso dei secoli, avrebbero aderito. Ma il diritto naturale di Aristotele è cosa ben diversa da ciò che i più tendono ad immaginare.

La maggior parte dei nostri contemporanei immaginano che le soluzioni di diritto naturale siano *dedotte* da alcuni principi, sia che si tratti di principi *a priori* della ragion pratica (scuola kantiana), sia di definizioni astratte sulla «natura umana» (scuola del giusnaturalismo moderno). Abbiamo appena visto che non c'è nulla di tutto questo nel pensiero del fondatore del giusnaturalismo. Realista e per nulla idealista, Aristotele pratica un metodo fondato sull'osservazione: come un botanico, egli raccoglie le esperienze degli imperi e delle città del suo tempo. Egli anticipa il diritto comparato e la sociologia del diritto. *Il diritto naturale è un metodo sperimentale.*

Un'altra idea fatta è che il diritto naturale sia composto di regole immutabili e definitive e pertanto inadeguate al movimento storico delle nostre società moderne, alle circostanze sempre diverse di tempo e di luogo. È un altro errore. Platone, col suo metodo idealista, disegnava il regime di uno stato ideale, una volta per tutte, con risultati francamente utopici. Ma Aristotele non giunge né pretende di giungere a risultati così consolidati; le sue teorie sono, per dir così, esitanti, sempre aperte a possibili smentite che risultino da esperienze nuove, e addirittura vaghe e più o meno fluttuanti.

Potremmo addirittura sentirci delusi, davanti ad alcune affermazioni così timide. A meno che un ulteriore vantaggio di questa dottrina non sia proprio quello di aver riconosciuto i limiti del diritto naturale.

IV. *Le fonti del diritto: la teoria delle leggi positive*

Un controsenso, abbastanza diffuso, è quello di pensare che la dottrina del diritto naturale fomenti la disubbidienza nei confronti delle leggi. La verità sta esattamente nel contrario: Aristotele, nello stesso spirito di Socrate, è un fermo partigiano delle leggi positive. Egli ne ha lucidamente riconosciuto la necessità, ne ha studiato l'origine e ne ha valutato l'autorità.

1. *La necessità delle leggi: i limiti della scienza del diritto naturale*

Li abbiamo appena messi in evidenza. Il primo stadio, quello della ricerca di ciò che è giusto attraverso l'osservazione della natura, non conduce che a risultati incerti. Riassumiamo le cause principali di questi limiti.

Il metodo di Aristotele dipende dall'osservazione. Ma l'osservazione è sempre, necessariamente, incompleta, perché dipende dall'esperienza, che è di per sé mutevole e che può sempre arricchirsi di nuovi fatti. Aristotele basa la schiavitù su questa constatazione di fatto, che «i telai non possono muoversi da soli»: ma che succederà dopo l'invenzione delle macchine tessili? Egli giunge all'interdizione dell'usura, dopo aver studiato la funzione della moneta nella città greca; ma quale sarebbe l'opinione in merito degli economisti moderni?

Un principio proprio della logica aristotelica è che ad ogni oggetto debba corrispondere un particolare tipo di conoscenza, dotato di un suo grado di rigorosità. C'è poca rigorosità nella conoscenza giuridica. Aristotele ci avverte che lo studio del diritto non è, se si vuol parlare propriamente, una *scienza* (*episteme*): è

scienza unicamente quella conoscenza sicura che si deduce da principi certi. La conoscenza matematica è certa, perché noi la *deduciamo* da assiomi che postuliamo come evidenti. Ma il giusto? Se avessimo accesso al piano del divino artigiano della natura, se possedessimo la formula che definisce l'essere dell'uomo ci sarebbe possibile dedurne conclusioni sicure. Ma non è questo il nostro caso. La natura è una sconosciuta, del cui segreto noi andiamo instancabilmente alla ricerca attraverso l'esperienza sensibile. Il diritto è l'oggetto di una ricerca, di una ricerca mai conclusa, che viene portata avanti attraverso la *dialettica* e sulla base dell'*osservazione*. Lo studio del diritto non può che arrivare, in ogni caso, che a risultati provvisori.

C'è poi una ragione più profonda, per la quale il diritto naturale non può incarnarsi mai in regole fisse. È che il diritto deve sempre adeguarsi a circostanze mutevoli. Non esiste un unico regime politico che si adatti, come abbiamo detto prima, all'acropoli e alla pianura, a Sparta o ad Atene o a Tebe, o all'Atene del quinto secolo e all'Atene del terzo secolo.

Il diritto, per sua essenza, è mutevole. Nessuno ha proclamato questa verità più nettamente di Aristotele e nel più celebre passo dell'*Etica Nicomachea*, là dove egli definisce il diritto naturale. Testo difficile, che sconcerta gli interpreti moderni e che è stato tradotto e inteso in modi diversi. Ma il senso generale è chiaro: «Anche se c'è un diritto naturale, non di meno tutte le regole del giusto sono sottomesse al cambiamento». «Il fuoco brucia nello stesso modo in Persia e in Grecia, ma il diritto è sempre mutevole». Non è perfettamente chiaro, in questo passaggio aristotelico, se le trasformazioni del diritto siano dovute al fatto che, in definitiva, il diritto ha un fondamento convenzionale, oppure al fatto che è la natura stessa che muta. Ma sembrerebbe meglio pronunciarsi in quest'ultimo senso ... «Alcune cose sono mutevoli per natura, altre non per natura. E per quanto entrambe siano mutevoli, tuttavia è facile distinguere quali delle cose suscettibili di mutarsi lo sono per natura e quali invece non lo sono per natura, bensì per legge e convenzione. E anche agli altri casi si adatterà la stessa distinzione. Ad es., per natura la mano destra è migliore, benché sia possibile a tutti divenire ambidestri».

Ne segue che «il giusto secondo natura» non è rinserrato in un testo. Al giorno d'oggi, nel mondo cattolico, si pubblicano periodicamente dei «trattati di diritto naturale», che enunciano le regole che si pretendono caratterizzate da definitività. Tali regole potrebbero creare un certo imbarazzo al giurista, se si confrontassero con le norme del diritto positivo: in caso di contrapposizione, quali scegliere? Kelsen ha ragione di denunciare, a questo proposito, un ingombrante dualismo. Ma Aristotele non ebbe mai la pretesa di porre norme di diritto naturale. Il «giusto» naturale (*dikaion*) non ha la forma esplicita della legge. È vero che nella Retorica il filosofo raccomanda agli avvocati di fare appello, quando la legge scritta non è favorevole alla loro causa, alle «leggi naturali» (*nomoi katà physin*); ma, se si legge attentamente il testo, ci si accorge che non si tratta che di leggi in senso metaforico, di leggi non formulate, *non scritte,* di *nomoi àgrophoi*.

L'osservazione della natura non è in grado di condurci a soluzioni concrete dei nostri problemi; lo studio non, è che un primo momento dell'elaborazione del

diritto, capace di fornirci solo vaghi quadri di riferimento. In linguaggio aristotelico, lo studio della natura non ci dà altro che una *materia*, che deve ancora ricevere una *forma*.

2. *La ragion d'essere delle leggi*

In una città ordinata e civile è necessario, nell'opinione di Aristotele, che ai dati teorici informi del diritto naturale si aggiunga, come complemento, la redazione di leggi precise.

Nella *Retorica*, Aristotele avanza due ragioni per la redazione delle leggi scritte e per preferire la soluzione da esse prospettata a quella che non avrebbe altra fonte se non l'osservazione della natura.

La prima è che in una città si troveranno più facilmente legislatori prudenti, avvertiti e saggi, che non una molteplicità di giudici dotati delle medesime qualità. E bene che in una società i cittadini migliori siano di guida agli altri.

La seconda è che bisogna diffidare dell'imparzialità dei giudici, il cui giudizio può essere deformato da simpatia o da timore. Il legislatore è relativamente al sicuro da queste tentazioni. «La legge è intelligenza senza passione».

Si possono addurre anche altre ragioni, come il fatto che è utile che in una città ci sia un ordine uniforme e certo. In ogni modo, i principi vaghi, generici, esitanti del diritto naturale non sono sufficienti a darci opportune soluzioni giuridiche: i processi non vanno celebrati in generale, ma in riferimento a *quella tale* città, a *quella tale* famiglia, a *quei* motivi particolari. Di qui la necessità, al di là delle direttive che possono provenire dagli studiosi, dell'intervento supplementare del legislatore o del giudice.

3. *La genesi delle norme giuridiche*

Non siamo in grado di dire con assoluta precisione chi debba essere l'autore delle leggi. Infatti la dottrina aristotelica è relativistica: ci sono città in cui il potere deve essere posto nelle mani di un'oligarchia, mentre in altri casi è meglio un regime democratico e in altri ancora monarchico. Il regime migliore è quello misto, il che non semplifica certo le cose, perché in questo caso il potere deve essere diviso.

Detiene il potere legislativo, o il potere giudiziario, colui che in una città si trova per la sua situazione stessa (la sua ricchezza, il suo livello di cultura, la sua rappresentatività, ecc.) ad essere responsabile dei pubblici affari; in fin dei conti, chi detiene il potere lo detiene per natura e non per il voto della maggioranza. Non c'è in Aristotele una teoria del contratto sociale.

Come analizzare l'opera specifica del legislatore o del giudice, che dalla materia evanescente del giusto naturale traggono norme o sentenze positive? In base a che cosa si realizza questo nuovo apporto? Non si tratta più, a questo livello, di un lavoro dell'intelligenza, ma di un'opera della *volontà*. Ciò che viene aggiunto ai risultati dello studio del giusto naturale per dar vita al diritto positivo è in gran parte arbitrario; o, per lo meno, non se ne può dare una giustificazione razionale. Secondo la celebre definizione dell'*Etica Nicomachea*, non si può «conoscere in

anticipo» il contenuto del giusto legale, del giusto positivo; esso dipende da una decisione *volontaria* del legislatore.

Uno dei grandi principi della dottrina aristotelica è che legislazione e giurisprudenza attengono non all'intelligenza e al ragionamento discorsivo, ma alla *prudenza*. La prudenza è precisamente quella virtù intellettuale che decide, in vista dell'azione, su situazioni contingenti, senza avere il tempo né il modo di fornire delle ragioni. È la virtù per eccellenza del legislatore e del giudice, che stabiliscono qual sia il diritto in ordine a circostanze particolari. «La politica e la prudenza hanno la stessa disposizione». La prudenza è «nomotetica», o «dicastica», cioè legislatrice e giudiziaria; ecco perché i Romani parleranno di *giurisprudenza*.

Quanto al resto è duplice il complemento che la decisione del legislatore apporta al giusto naturale:

a) il legislatore pone una *conclusione* alla ricerca del giusto naturale, che altrimenti non conoscerebbe mai fine, poiché lo studio non termina mai, almeno in quest'ambito caratterizzato dall'incertezza; abbiamo visto come questa dottrina sia sempre aperta ad esperienze nuove, a nuove discussioni; come sia dialettica, altalenante, sempre provvisoria. Bisogna pur concludere, bisogna pur arrestare la ricerca per dare una costituzione ad Atene, una soluzione a ogni particolare controversia giudiziaria. In sé la scienza non arriverebbe a concludere più dell'asino di Buridano. E qui è necessaria la volontà del legislatore o del giudice;

b) il legislatore aggiunge ai dati del diritto naturale quelle *determinazioni* precise, necessariamente arbitrarie, alle quali la scienza non sarebbe in grado di giungere. Per esempio, il fatto che per un certo delitto sia necessario sacrificare, a titolo di ammenda, «una capra e non due pecore»; o che il giusto prezzo di un certo oggetto sia fissato in quella certa quantità di argento: quanto alla sua precisa determinazione, infatti, il giusto prezzo dipende dal giusto positivo. Resta il fatto che bisogna sapere chi debba essere chi lo determina: i magistrati, in un regime autoritario, o il popolo in un libero mercato. Gli uni e l'altro devono, nel regime misto di Aristotele, collaborare tra loro.

Così, in fin dei conti, il diritto deriva sia dalla natura che dalla convenzione, poiché, secondo la dottrina aristotelica, il legislatore parte sì dal giusto naturale, ma aggiunge a questo dato qualcosa in base alla sua propria volontà, per renderlo completamente giusto.

4. *Valore e autorità delle leggi positive: la forza obbligatoria delle leggi*

Le analisi precedenti hanno avuto il merito di averci spiegato la ragione dell'autorità delle leggi. Le leggi scritte hanno normalmente il valore della giustizia perché esse si fondano (o almeno si presume che si fondino) sulla scienza del giusto naturale, che esse portano alle ultime conclusioni; e, per ciò che attiene alle addizioni arbitrarie fatte dal legislatore, sul potere normativo che abbiamo postulato che gli appartenga per natura.

Dunque, l'insieme del diritto ha validità, in definitiva, perché si fonda sul diritto naturale: gli elementi che procedono direttamente dall'osservazione della natura, e cioè i generici insegnamenti del diritto naturale (*dikaion physikòn*) hanno un valore

universale. Quelli che, al contrario, sono più determinati, perché procedono dalla volontà dello stato (*dikaion nomikòn*) non sono validi ovunque (*pantakou*), ma solo fin dove si estende il potere del legislatore. Essi fanno parte, dunque, del diritto proprio di una particolare città (*nomos idios*).

Entro questi limiti il diritto positivo ha titolo ad essere obbedito tanto quanto il diritto naturale; anch'esso è chiamato *giusto* (*giusto positivo*); per esprimerci nel gergo dei teologi, esso obbliga in coscienza. Io sono moralmente obbligato a tenere la destra e a fermarmi al semaforo rosso, anche se queste disposizioni sono solo di diritto positivo. Non è sufficiente fondare la forza obbligatoria delle leggi sulle pistole della polizia. Quale fondamento è più rispettabile dell'ordine naturale stesso, che tutti possono leggere iscritto nelle cose, che tutti possono e devono riconoscere? Tutti hanno il dovere di inchinarsi davanti al diritto naturale, mentre non si riuscirà mai a provare che io debba riconoscere come autorità i desideri della maggioranza o la volontà di un potere che si pretende fondato su un contratto sociale. La filosofia di Aristotele riesce a dare un fondamento all'autorità delle leggi, cosa che non è mai veramente riuscita al positivismo.

5. *I limiti dell'autorità delle leggi*

Ma il punto in cui la teoria di Aristotele ha sicuramente la meglio sul positivismo è quello che concerne i *limiti* al potere delle leggi.

Abbiamo riconosciuto che le leggi positive hanno un valore solo se le si suppone fondate sul giusto naturale. Questa condizione può essere verificata in molti modi; c'è infatti da presumere che il legislatore non voglia rinunciare a questo fondamento. Non avrebbe del resto alcun interesse a farlo: «la legge è intelligenza senza passione». Per quale ragione il legislatore, dovendo emanare una legge in materia matrimoniale, non dovrebbe andare alla ricerca del regime più conforme a natura, di quello migliore, più adatto alle circostanze di tempo e di luogo? All'infuori di casi del tutto eccezionali, il legislatore è imparziale in questo ambito di questioni.

Abbiamo altresì postulato che il legislatore appartenga all'élite del corpo sociale, cioè sia tra i più colti e i più *prudenti* della città. Anche questa ipotesi non è assurda. Ed anche se il legislatore dovesse cadere in errore su un punto di dettaglio, questa non sarebbe una ragione sufficiente per negargli ulteriormente la nostra ubbidienza; quando capita che il nostro medico commette un errore, non per questo non riteniamo che sia comunque utile per noi continuare ad ubbidirgli in generale.

Ma è evidente che ci sono anche, in casi eccezionali, legislatori che non si prendono cura dell'interesse pubblico, che sono malvagi o ignoranti. E si sa che esistono anche leggi francamente cattive. In questi casi non siamo più obbligati a nulla e il giudice si sottrae all'osservanza di queste leggi assurde o nefaste. La nostra ubbidienza è sempre limitata e condizionata.

Un'altra condizione che ci induce a rispettare il diritto positivo sta nel fatto che esso emana da un'autorità competente, *naturalmente* competente. Quando un'autorità sia tale, non è evidentemente facile a dirsi, almeno in un regime misto, in quello cioè che ha la preferenza di Aristotele. Il regime misto è una sintesi di

democrazia, aristocrazia e (di un po' di) monarchia e non è possibile definire in modo assolutamente netto chi è colui che debba detenere la sovranità, dunque a chi tocchi il potere legislativo e quello giudiziario. In linea di principio questi poteri possono toccare, secondo i casi, ai magistrati, al consiglio dei nobili o anche all'assemblea popolare. Pertanto, non si riscontra nella teoria aristotelica quella sovranità assoluta della legge nel senso stretto del termine (legge cioè come emanazione dell'autorità sovrana), che è tipica della filosofia del contratto sociale. Nulla impedisce che in certe circostanze la consuetudine o la giurisprudenza non conquistino il primato sulla legge dello stato. È quello che si può constatare, a volte, anche nell'esperienza contemporanea, anche se la dominante filosofia del contratto sociale non è in grado di giustificare questo fenomeno.

Per Aristotele, invece, non costituisce alcuna difficoltà ammettere che non sempre la legge dello stato ha un primato rispetto alle altre fonti di diritto. Ma ne risulta una teoria della gerarchia delle fonti estremamente vaga: l'autorità suprema delle leggi dello stato non costituisce un principio basilare di questa teoria.

6. *La teoria dell'equità*

Nell'*Etica Nicomachea* e nella *Retorica* troviamo la celebre teoria dell'equità (*epieikeia*). L'equità che sotto certi profili supera la giustizia (arricchendola di amicizia, di dolcezza, di misericordia) va considerata in primo luogo una *supergiustizia*, la piena realizzazione dell'eguaglianza. La giustizia era considerata da Aristotele all'inizio della sua analisi come il principio della legge. Ma al termine del processo di elaborazione del diritto, la ritroviamo con un compito diverso, quello di *correttivo* della legge scritta.

In effetti, la legge positiva, conferendo a una giustizia, essenzialmente flessibile, la forma di una regola rigida, è necessariamente destinata ad allontanarsi dal suo modello originario. La legge può essere paragonata a un metro di metallo rigido, che non può misurare con assoluta esattezza i contorni di un oggetto sinuoso. Si autorizzerà quindi il giudice a prendersi di quando in quando qualche libertà nei confronti del testo della legge, per adattarlo alle circostanze, per meglio tener conto delle condizioni proprie di ogni causa particolare. Ad esempio, in materia penale si dovrà tener conto dell'età dell'accusato, della sua posizione sociale, del suo passato, delle sue intenzioni... L'equità è dunque paragonabile al metro in uso nell'isola di Lesbo, fatto di morbido piombo, che riesce a modellarsi sulla forma degli oggetti da misurare.

A maggior ragione, se capita che il legislatore sia andato al di là dei limiti del giusto naturale e non abbia quindi agito in funzione del bene comune della città (e in questo caso non può più nemmeno essere detto legislatore: la monarchia, l'aristocrazia, la *politia* che governano nell'interesse di uno solo o di una sola classe sociale e non per il bene di tutti non possono più esser chiamate monarchia, aristocrazia, *politia*, ma regimi falsi e degenerati), allora in questo caso la legge deve essere disubbidita; essa ha perso ogni titolo di validità. *Non è più una legge*: «questo dettato non è una legge, perché non adempie alla funzione propria della legge». Un coltello che non taglia non è un coltello; analogamente una legge che

manifestamente contraddice la giustizia, invece di essere uno strumento a servizio del giusto, non merita più il nome di legge e il giudice non deve tenerne più conto. Si tratta di una formula che abbiamo già trovato in Platone e che resterà celebre nella tradizione classica del giusnaturalismo.

La dottrina aristotelica delle fonti del diritto si caratterizza soprattutto per le sue incertezze. Aristotele dimostra l'utilità pratica delle leggi positive; ma, in ultima analisi, lascia alla prudenza di ciascuno e di ogni giudice la decisione se servirsi o no di questo strumento.

In fin dei conti, l'ultima parola spetta all'*equità*. È una teoria, questa, che al giorno d'oggi ci sembra scandalosa. Peraltro le cose vanno proprio in questo modo nella realtà: anche in pieno positivismo giuridico il giudice sa come manipolare una legge, dicendo di «interpretarla»; e non sono poche le leggi che cadono in desuetudine.

Aristotele conosce bene i limiti dello spirito umano e della condizione umana: «ad ogni ambito di conoscenza spetta un appropriato grado di certezza». Egli ha riconosciuto i limiti della scienza del diritto naturale, che non può raggiungere che conoscenze sempre vaghe e provvisorie, inadatte ai bisogni pratici dei giuristi; ma egli riconosce altrettanto bene i limiti delle leggi scritte; ad esse non bisogna attribuire né un'autorità, né un valore assoluti.

V. *Conclusione*

Avevo già osservato che la dottrina di Aristotele non è affascinante. È certamente meno bella di quella di Platone. Non riesce a soddisfare nessuna delle nostre aspirazioni; non viene incontro né alle esigenze moderne di un diritto rigorosamente confinato all'interno di un codice, né ai nostri desideri di progresso sociale. Ci sono filosofi del diritto che ci propongono un *ideale*: Hobbes, quello di ordine e di sicurezza, Locke, quello di libertà, Rousseau o Kant, quello di eguaglianza, Platone, quello di una città unita e armoniosa. La filosofia di Aristotele non è in grado di proporci nulla di simile.

Quanto ai suoi risultati pratici, le è stato rimproverato di essere piatta e conformisticamente borghese. Aristotele fa la figura del conservatore che non si commuove per le ineguaglianze sociali; egli non cerca certo di superare o di innovare le istituzioni del suo tempo, limitandosi solo a fare una cernita delle migliori (e cioè delle più adatte a massimizzare la felicità dell'uomo); lo si accusa di aver accettato, e giustificato, considerandoli come naturali, la schiavitù, il primato dei ricchi nel governo della città, ecc.

A queste critiche è però possibile rispondere che toccano l'aristotelismo più che Aristotele in quanto tale. Sono stati gli interpreti di Aristotele che hanno trasformato le sue teorie elastiche e probabilistiche in regole giusnaturalistiche rigide. La schiavitù, che egli ha ritenuto fosse di diritto naturale, non ha quei contorni rigorosi, inumani, che secondo i moderni attengono necessariamente a questa nozione. Aristotele non è responsabile dell'assetto giuridico della schiavitù.

Ma soprattutto nessuna delle sue conclusioni aveva la pretesa di essere definitiva; il suo itinerario speculativo non è altro che una *ricerca* piena di esitazioni, di marce all'indietro; è una dialettica, non una dogmatica e resta una teoria aperta, che può sempre trasformarsi in qualcosa di diverso. Questo è ciò che si scopre quando si fa capo direttamente ai testi aristotelici e non ai manuali. Se si vuole essere autenticamente fedeli alla dottrina aristotelica, bisogna continuare la sua ricerca e non falsarla, codificandone una volta per tutte le risultanze.

È vero che Aristotele non ha avuto mai particolare simpatia per l'idea di «progresso», anche perché era poco portato alle utopie. A ciascuno il suo compito e quello della filosofia non solo non è quello di dare una risposta a quesiti giuridici concreti, ma non è nemmeno quello di far progredire la storia. «L'uccello di Minerva spicca il suo volo solo al crepuscolo». Aristotele non è un profeta. Era un uomo speculativo, che non intendeva modificare il mondo, ma solo comprenderlo e descriverlo in spirito di verità. Ciò che è stupefacente è che le sue analisi, almeno per ciò che concerne l'essenza e le fonti (se non il contenuto) del diritto, restano incredibilmente *vere*. Infatti, potrà dispiacerci, ma è del tutto *vero* che su questa terra il diritto è altro dalla morale; e che non è (come sognava Platone) il filosofo a creare il diritto: lo creano in base al dato preliminare di alcune conoscenze teoriche il legislatore e il giudice; è altresì vero che non bisogna pretendere troppo né dalla teoria né dalle scienze del diritto naturale; e che non è affatto consigliabile, né del resto possibile, dare alle leggi positive un'autorità assoluta, ecc.

Aristotele e Platone rappresentano due modi diversi di concepire la filosofia, sia nei suoi metodi che nei suoi obiettivi. Si tratta di due tendenze dello spirito umano: Platone ci offre un ideale, irrealizzabile, ma esaltante; è un tipo di filosofia che piace agli uomini d'azione, che sono portati a credere ai miti e che non hanno altro ideale in testa che quello della verità. È una filosofia, quella di Platone, sempre destinata ad avere dei continuatori. Senza guardare così lontano, senza pretendere che la filosofia possa giungere a dipingere il quadro di un diritto ideale, Aristotele non si prefigge altro scopo che quello di osservare, senza partito preso, la realtà, con tutta onestà e integralmente; equidistante dai sistemi unilaterali dell'idealismo e da un falso realismo moderno, Aristotele ha saputo individuare quello che è il mestiere specifico del giurista e come si elabora il diritto. E resta il fatto che anche le sue analisi hanno avuto una importanza di prim'ordine nella storia del diritto.

Appendice
I PRINCIPI DEL DIRITTO ROMANO

Considerandosi tradizionalmente giuristi più che storici, gli studiosi del diritto romano hanno tenuto a lungo in ombra i *principi* del diritto romano: fino ad epoche recenti, sembrava che il loro interesse fosse rivolto unicamente alle soluzioni dei casi giuridici (ad esempio, quanto ampie fossero le obbligazioni del venditore o quali fossero le condizioni di esistenza del *furtum*, ecc.) e non avevano nessuno scrupolo a trasportare queste soluzioni all'interno del pensiero contemporaneo,

anche se non era possibile farlo fino in fondo, almeno senza adulterare in qualche misura le soluzioni stesse. Vediamo, così, che la manualistica continua a presentare le leggi (*leges*) come la fonte fondamentale del diritto romano classico, il che corrisponde pienamente alla teoria oggi dominante delle fonti del diritto, ma non corrisponde in nulla alle concezioni dei contemporanei di Cicerone ed anche di Augusto e di Traiano.

È quindi di particolare interesse conoscere quale sia stata la filosofia dei giuristi romani: solo questo studio ci consente di riappropriarci della valenza autentica delle loro soluzioni ed anche della ragione profonda della fortuna del diritto romano nel mondo moderno (se il diritto romano ci interessa, non è perché «è in programma», ma perché è divenuto il diritto del mondo occidentale moderno). Su questo tema è da raccomandare soprattutto la lettura del libro di Schulz e, tra i lavori francesi, di quelli di Senn, che ha avuto il merito di risalire fino alle sorgenti filosofiche greche del diritto romano.

La cultura romana dell'epoca che chiamiamo classica era in effetti la cultura greca, così come al giorno d'oggi la cultura dell'élite del Sénegal è la cultura europea. *Graecia capta ferum victorem coepit*. O almeno si può dire che la filosofia dei romani è quella stessa dei greci. Furono molte le opere greche tradotte in latino; in particolare le nozioni di uso comune, elaborate dalla filosofia greca (come quelle di diritto naturale, di equità, di legge in senso ampio) si diffusero in Roma attraverso il canale della grammatica e della *retorica*. Non bisogna pensare, comunque, all'influenza sui giuristi di una dottrina filosofica come a un qualcosa di assolutamente condizionante; le necessità della prassi impediscono al giurista di rinchiudersi nel quadro ristretto di un singolo sistema filosofico; i giuristi possono liberamente ispirarsi a una o a più filosofie, anche senza applicarle scolasticamente e coscientemente.

La scienza giuridica romana, vista nei suoi principi, ci appare come un prodotto della cultura greca. Ma i Romani si sono rifatti contemporaneamente a diverse scuole: lo *stoicismo*, nel quale fu educato soprattutto Cicerone e al quale aderirono numerosi giuristi classici, ha lasciato sul diritto romano un'impronta molto evidente; ed anche il platonismo non ha mancato di lasciar tracce. Ma a nostro avviso è dalla dottrina di Aristotele che il diritto romano, all'inizio del periodo classico, ha recepito i suoi principi costitutivi e il suo eccezionale valore.

1. *Stoicismo e platonismo nel diritto romano*

La scarsità di spazio ci ha impedito di esporre la filosofia stoica. Il lettore può comunque trovare ulteriori indicazioni e bibliografia nelle nostre *Lezioni*.

Veramente lo stoicismo è più una dottrina *morale* che un sistema politico o giuridico. I fondatori dello stoicismo non avevano particolare sensibilità per quel problema della distribuzione dei beni e degli interessi in una comunità, che costituisce lo scopo ultimo del diritto: infatti, nella loro prospettiva, il sapiente deve disinteressarsi della vita pubblica e delle sue convenzioni. La «legge naturale» stoica, che è la ragione universale che regna sul mondo e sulla storia, o la parte di questa ragione che si trova iscritta nella coscienza di ogni uomo, ha una portata

esclusivamente morale. Essa manca di determinazioni; suscita più un atteggiamento mentale di accettazione del destino, che azioni determinate. È una legge molto esigente, adatta in origine solo al sapiente che si è ritirato spiritualmente dal mondo più che ai comuni mortali. È pur vero che in epoca romana i maestri dello stoicismo intermedio, dai quali Cicerone trarrà la dottrina del suo *De Officiis*, hanno praticato la casistica e formulato liste di *doveri* ben concreti ed accessibili a tutti: il dovere di rispettare in ogni uomo, anche se schiavo, la ragione, l'umanità, la sincerità, il rispetto per la parola data, il rispetto degli dèi e la pietà nei rapporti familiari; ma tutti questi doveri concernono, in fondo, più la disposizione d'animo interiore che le attività esterne dell'uomo. Questa morale avrà una grande influenza sul *contenuto* del diritto romano nell'epoca classica: l'umanesimo stoico, che sottolinea la superiore dignità di ogni essere umano e che doveva più tardi ispirare i moralisti cristiani e soprattutto esercitare una grande influenza sulla filosofia morale e giuridica moderna, ha contribuito a rendere più mite la condizione dello schiavo e del non cittadino. Magdelain ha messo anche in risalto come i progressi del consensualismo a Roma ai tempi di Cicerone siano in relazione diretta col precetto stoico della sincerità, come viene ampiamente testimoniato dal *De Officiis*.

In tal modo a Roma si è verificata una sorta di contaminazione della teoria generale del diritto e delle sue fonti con la filosofia morale degli stoici. Nel trattato *De Republica*, che è fondamentalmente dedicato al problema del diritto, Cicerone ad esempio ha inserito la sua celebre definizione della legge naturale, che ha un netto timbro stoico: «Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna; quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat» (c'è una legge vera, che consiste nella retta ragione secondo natura, che si riscontra nella coscienza di ogni essere umano, che è costante, eterna; coi suoi comandamenti ci chiama ad adempiere i nostri doveri; con le sue proibizioni allontana il male). Anche alcune definizioni romane del diritto naturale, che ci sono pervenute nel *Digesto* o nelle *Istituzioni* di Gaio, hanno un timbro stoico.

Un diritto naturale di carattere stoico non esercita una grande funzione pratica: lo stoicismo è rispettoso della provvidenza razionale che governa gli eventi mutevoli della storia e gli ripugna postulare istituzioni sociali permanenti. In questa prospettiva, si deve ammettere che la maggior parte delle istituzioni giuridiche hanno un'origine storica (*jus gentium - jus civile*) e non possono essere ritenute di stretto diritto naturale. Analogamente sembra che abbia una matrice stoica la definizione di Ulpiano, che per diritto naturale intende i rapporti giuridici comuni a tutti gli esseri animati (*quod natura omnia animalia docuit*). Inteso in tal modo, il diritto naturale non concerne più rapporti specificamente umani.

Si può ritenere quindi che lo stoicismo abbia distolto i giuristi romani dal metodo proprio del diritto naturale, inducendoli a prestare molta attenzione al testo positivo, storico del diritto, così come alla ragione soggettiva dell'uomo e al ragionamento deduttivo. Soprattutto sotto questo profilo lo stoicismo ha certamente lasciato la sua impronta sul metodo di interpretazione logica dei giuristi

romani; ma non è a partire da questo. metodo che sono state poste le basi della scienza romana del diritto civile.

Nel diritto romano troviamo altre si traccia dell'influenza di Platone e del platonismo. Cicerone si è ispirato a Platone nella sua *Repubblica* e nelle *Leggi*. L'influenza di Platone cresce soprattutto a partire dal terzo secolo d.C. e diviene più rilevante che quella di Aristotele e degli stoici: ho già ricordato due adagi (*quod principi placuit legis babet vigorem; princeps legibus solutus est*) che possono essere ricondotti a una fonte platonica. Alla fine del terzo secolo si diffonde il *neoplatonismo*, con Plotino, Porfirio, Giamblico, Proclo; è da questi filosofi che alcuni Padri della Chiesa (come Sant'Agostino) apprenderanno la filosofia. Essi diffusero negli spiriti dell'epoca una visione gerarchica del mondo, visto nella sua totalità come processione dell'Uno attraverso gradi discendenti: e, coerentemente a questa prospettiva, il senso di un diritto autoritario e modellato essenzialmente sulla forma della legge. Fu quella l'epoca delle costituzioni imperiali, divenute l'unica fonte del diritto. Ma non è nell'epoca del basso impero, né nel secondo o nel terzo secolo dopo Cristo, che il diritto romano si è strutturato; nei primi secoli dell'era cristiana esso ha conosciuto solo trasformazioni tardive e superficiali di un sistema che aveva già raggiunto la sua pienezza in epoca classica.

II. *L'aristotelismo nel diritto romano*

Credo che il momento in cui il diritto romano si è costituito come sistema scientifico vada situato pressappoco all'epoca di Cicerone. L'influenza di Aristotele era allora particolarmente forte: Polibio aveva tramandato le grandi tesi della *Politica*, Cicerone traduce i *Topici*, dedicandoli al giurista Trebazio; le scuole di retorica diffondono le nozioni aristoteliche di giustizia, equità, legge, diritto naturale; perfino le sette stoiche sembrano in quest'epoca veicolare questa particolare dottrina del diritto. Infatti, gli intellettuali romani del tempo erano inclini all'eclettismo; essi cercavano di istruirsi un po' dappertutto, secondo le materie; e solo Aristotele, come abbiamo già visto, aveva veramente analizzato il diritto e le sue fonti.

a) *La definizione del diritto*.

Schulz, nella sua opera fondamentale che abbiamo già ricordato, loda i fondatori della giurisprudenza romana, per aver saputo assumere come oggetto specifico di questa lo studio dei rapporti sociali obiettivi e per aver quindi lasciato al di fuori del loro campo di ricerca il valore morale delle intenzioni soggettive. Inoltre i giuristi romani avrebbero saputo distinguere fin dall'inizio nettamente il diritto privato dal diritto pubblico. *Isolierung*: distinzione di campi. Mi sembra che il diritto romano sia debitore di questa sua essenziale qualità, in via più o meno diretta, all'insegnamento e alle analisi di Aristotele.

I giuristi romani ben conoscono la definizione di *giustizia* e del suo specifico oggetto che fu elaborata da Aristotele; e proprio questa definizione vogliono mettere in evidenza. La giustizia è quella virtù il cui specifico oggetto consiste nel dare a ciascuno la parte che gli spetta: *jus suum cuique tribuere* (importa poco che la

formula ulpianea sia appesantita da alcune addizioni di matrice stoica). Essi han fatto propria la teoria secondo la quale il diritto deriva dalla giustizia e quella per cui la giurisprudenza è la scienza del giusto e dell'ingiusto, *justi atque injusti scientia* e più precisamente che il diritto è «ciò che è giusto». E sicuramente essi mettono a profitto la distinzione, che già conosciamo, dei due campi di azione del diritto: la distribuzione e lo scambio.

I romani si rifanno con sicurezza a una filosofia che distingue il *giusto* dall'*onesto*; se accettano di far posto a nozioni morali stoiche, come quelle di *pietas,* di *bona fides* e di *humanitas*, non è che a titolo accessorio; e in genere tengono al di fuori della giurisprudenza i rapporti infrafamiliari, ritenendoli fondamentalmente attinenti *al dikaion politikon*.

Credo che stiamo toccando uno dei caratteri specifici del diritto romano, una delle principali ragioni della sua fortuna storica. Altre culture hanno organizzato l'ordine sociale confondendo diritto e morale, e mescolando insieme le prescrizioni relative alla religione, alle buone intenzioni morali, all'educazione con la regolamentazione, in senso stretto, dei rapporti sociali. Questo fu l'obiettivo di Platone nella *Repubblica* e questo fu il caso del diritto ebraico e del diritto altomedioevale, ispirato all'agostinismo. L'unica eccezione è costituita forse dal solo diritto romano (che noi stessi abbiamo adottato), grazie al fatto che i giuristi all'inizio dell'epoca classica, quelli che presero l'iniziativa di costituirlo come scienza, hanno saputo stabilirne in modo preciso le frontiere e garantirne così l'autonomia, grazie agli insegnamenti di Aristotele.

b) *Le fonti del diritto*.

La prima fonte del diritto, secondo quanto ci dicono gli stessi autori romani (e a dispetto delle affermazioni dei manuali moderni) non è la *legge*, ma la *natura* (Gaio, 1.1; Digesto, 1.1). E il diritto classico è soprattutto l'opera di una dottrina che va alla ricerca del giusto secondo natura e più precisamente il risultato del lavoro dei *giurisperiti*: questa parola potrebbe essere, essa stessa, la traduzione di un termine aristotelico. Quanto ai testi legislativi, alla legge in senso stretto, agli editti del pretore o di altri magistrati, ai senatoconsulti (fonti che, conformemente alla dottrina aristotelica, non sono gerarchizzate), essi non fanno altro che stabilire sanzioni precise (*determinazioni*) all'interno del quadro del giusto naturale e in perfetta consonanza con i principi aristotelici.

Il «metodo interpretativo» - o piuttosto di elaborazione del diritto - dei giuristi classici è, quanto all'essenziale, conforme agli insegnamenti di Aristotele: ricorso ai testi, sia che provengano dalla tradizione giurisprudenziale (*jus civile*), sia dal pretore, dai comizi o dal Senato; e comunque, se ce ne è bisogno, correzione del testo in nome dell'equità, tipica nozione aristotelica; libera ricerca *dialettica*, confronto delle opinioni dei grandi giuristi e delle scuole di giurisprudenza; attenzione alle circostanze, uso della casistica (*quaestiones-casus*); ricerca delle regole, che manifestano la giustizia e la coerenza delle soluzioni, ma anche diffidenza nei confronti delle regole, che di per sé non indicano mai il giusto e che non devono essere confuse col *diritto*. Non bisogna illudersi che sia possibile dedurre il diritto dalla regola, ma partendo dal giusto, che esiste, che è nelle cose

(diritto naturale) si può cercare di ricostruire la regola: *Jus non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*.

Non che la logica stoica, più deduttiva di quella aristotelica, non abbia contribuito anch'essa alla formazione logica dei giuristi romani. Ma per l'essenziale essi si sono formati sulla dialettica di Aristotele. L'illustre romanista Max Kaser ha più volte denunciato l'immagine ingannevole che i moderni, a partire dal XVII secolo, ci han dato del diritto romano, adattando le soluzioni dei giuristi classici alla forma del diritto moderno, assiomatico, dedotto dalle leggi, volto soprattutto alla coerenza e all'uniformità; i giuristi romani non avevano alcun timore di contraddirsi; amavano discutere, adattavano le loro soluzioni alle circostanze; la loro arte era una ricerca incessante, brancolante quasi, del giusto. Analogamente, il romanista italiano Riccardo Orestano ha mostrato che la «caccia alle interpolazioni» si è fondata nel XIX secolo su di una falsa credenza in un diritto romano uniforme (come ha potuto essere il diritto francese a partire dal Codice civile). Si può anche far menzione delle osservazioni di Viehweg in *Topik und Jurisprudenz* 16. In tutto ciò non c'è nulla di sorprendente per chi si sia dato cura di studiare preliminarmente la filosofia greca classica del diritto e della politica, quella filosofia nella quale si sono formati i giuristi romani.

Se si paragona, nelle sue grandi linee, il diritto romano agli altri grandi sistemi giuridici, esso sembra apparire nella storia come l'applicazione della dottrina aristotelica. È questo il motivo per cui la stessa sorte del diritto romano è entrata in gioco, quando il neoplatonismo e le nuove visioni del mondo giudeo-cristiane alle quali faceva capo Sant'Agostino, hanno soppiantato la filosofia aristotelica. E la rinascenza del diritto romano nell'Europa moderna a partire dal XIII secolo sarà legata al rinascere degli studi aristotelici.

Parte seconda
La teologia cristiana e la filosofia del diritto dal V al XIII secolo

Capitolo primo
LA DOTTRINA DEL DIRITTO DI SANT'AGOSTINO

I. *Introduzione*

Eccoci di fronte ad una nuova epoca storica. Sant'Agostino è vissuto nel mondo romano, nell'attuale Algeria; in una città del continente africano, che era non di meno un vivo centro di romanità, sia pure di una romanità minacciata, dall'esterno, dai barbari. Nel 430, quando Sant'Agostino morì nella sua città d'Ippona, i Vandali la stavano assediando. È una questione molto discussa, se Sant'Agostino e la Chiesa siano veramente «passati dalla parte dei barbari», o se, come io sarei propenso a credere, siano rimasti fedeli, contro la marea montante dei barbari, alla cultura greco-romana.

I fondamenti del mondo romano, della cultura greco-romana, sono minacciati altresì, nel proprio interno, dai *mistici orientali*, che son già riusciti a trasformare lo stato. E forse sono anche minacciati dal *cristianesimo*; ebrei e cristiani sono stati ritenuti per molto tempo nemici dell'impero; Costantino ha siglato un'apparente riconciliazione tra la potenza dello stato e quella della Chiesa, che però non ha mai potuto essere totale. La patristica greca (Giustino, Clemente Alessandrino, Origene, Gregorio Nisseno) aveva già posto in rapporto la cultura greca e la saggezza cristiana, cercando un accordo o mettendo in risalto contraddizioni irriducibili. Sant'Agostino si troverà di fronte ad un analogo compito.

II. *La vita*

Esistono poche vite più celebri di quella di Sant'Agostino, grazie al successo delle sue *Confessioni*. Se ne può leggere una sintesi e un commento in *Saint Augustin et l'augustinisme* di Marrou.

Agostino è nato a Tagaste, nell'Africa settentrionale, nel 354. Segue il normale corso di studi di un giovane romano colto: studia *grammatica* e *retorica*. La sua carriera di giovane studente lo conduce a divenire insegnante di retorica, a Tagaste, a Cartagine, a Roma, a Milano.

Osserviamo che questi studi non solo rendono familiari ad Agostino i grandi autori latini (Cicerone, Virgilio, Quintiliano), ma gli consentono altresì di avvicinarsi al *diritto*. Il suo intimo amico Alipio, che lo segue a Roma e a Milano, è studente di diritto. La retorica, del resto, si occupa anche dell'oratoria giudiziaria. Recandosi presso la corte dell'imperatore romano, che aveva allora sede a Milano, Agostino progettava di dedicarsi ad una carriera amministrativa.

Ma per un cittadino romano colto, dopo la grammatica e la retorica (che viene mantenuta al suo giusto posto dagli eccellenti metodi delle scuole romane), viene la *filosofia*, cioè la ricerca della verità e della saggezza, il vertice degli studi. La lettura dell'*Ortensio*, un dialogo di Cicerone oggi perduto, conquista Agostino alla ricerca

della verità. Si colloca qui la sua fase *manichea*; egli è sedotto dalla dottrina dei sapienti di questa setta, aderisce ad essa ed entra in rapporto con il manicheo Fausto. È in questo stesso periodo che si colloca la scoperta di Platone e del neoplatonismo; il VII libro delle *Confessioni* dà una testimonianza dello spazio considerevole che manterrà sempre la filosofia di Platone nel pensiero agostiniano. L'idealismo platonico, il senso delle realtà invisibili che lo pervade, hanno avviato Agostino sui sentieri del cristianesimo.

Siamo giunti all'ultima tappa: dalla filosofia pagana Sant'Agostino si eleva alla saggezza cristiana. Ciò avviene per l'influenza di Sant'Ambrogio, di sua madre Santa Monica, che lo ha raggiunto a Milano, e, secondo la celebre narrazione delle *Confessioni*, per l'azione della grazia divina. Sant'Agostino viene battezzato nel 387. Ha ventotto anni; da questo momento in poi, egli abbandonerà la lettura delle opere profane, per meditare la Sacra Scrittura e per sforzarsi di vivere da cristiano. Si apre un nuovo periodo nella sua vita, il più creativo.

La prima intenzione di Agostino, una volta convertito, fu quella di dedicarsi alla vita monastica; dopo aver mandato all'aria un progetto matrimoniale, egli si ritira con un gruppo di amici a Cassiciacum. Qui egli scrive la maggior parte dei suoi dialoghi filosofici, facendo i conti, a partire dalla sua nuova prospettiva, con la filosofia pagana. Elabora una dottrina della conoscenza mediante l'illuminazione divina, di spirito ancora platonizzante, ma cristianizzato. Scrive sulla verità, sull'ordine naturale dell'universo, sull'anima dell'uomo, sul bene, sul libero arbitrio.

Ma le circostanze lo distoglieranno dal suo ideale monastico. Ritornato in Africa, dopo l'estasi di Ostia e la morte della madre Monica, viene eletto vescovo dal popolo di Ippona. Eccolo alla testa di una delle diocesi più vivaci della celebre Chiesa africana, resa illustre da Tertulliano e da San Cipriano; grazie al suo crescente prestigio personale, egli viene acquistando ascolto in tutta la cristianità del mondo latino. Oltre alle sue normali funzioni di vescovo (sermoni, commenti alla Sacra Scrittura, catechesi, amministrazione della giustizia e dei beni temporali della Chiesa) e all'interesse che egli non manca di dedicare alle comunità monastiche (gli sono attribuite diverse *regole*), Sant'Agostino si troverà a fronteggiare i nemici dell'ortodossia. Una parte sempre crescente del suo tempo verrà consacrata alla redazione di epistole e di trattati dottrinari. La sua attività sarà soprattutto quella di un dottore, campione dell'ortodossia.

III. *Le opere polemiche*

Sant'Agostino ha abbandonato il manicheismo. Contro questa setta, particolarmente turbolenta, egli difenderà il cristianesimo, il valore dell'Antico Testamento, la bontà della *natura* e dell'insieme della creazione (*Contra Faustum manicheum*).

Lo *scisma* donatista, nato in occasione di una divergenza di opinioni a proposito della reintegrazione nella Chiesa degli apostati, si diffonde pericolosamente in Africa. Sant'Agostino lo combatte ardentemente; contro i donatisti egli difende

l'unità della Chiesa cristiana e si risolve a fare appello al braccio secolare, elaborando una teoria della funzione dello stato al servizio dell'ortodossia.

Un monaco bretone, che si acquisterà in breve tempo larga fama, sviluppa una morale ascetica, che dà largo spazio alle virtù umane e rischia di presentare l'uomo come un essere capace di salvarsi per i suoi soli meriti naturali. *Contro Pelagio*, Sant'Agostino conduce una lotta lunga e appassionata; egli diviene il teologo della *grazia* e della svalutazione della natura (questo aspetto della sua opera acquistò la massima celebrità nel XVII secolo, all'epoca del giansenismo).

Sant'Agostino ha dovuto lottare anche contro il paganesimo, che non era affatto scomparso nell'impero romano anche dopo la conversione ufficiale al cristianesimo e che conosceva di quando in quando dei ritorni di fiamma. Ha dovuto anche preoccuparsi del pericolo proveniente dai barbari; nel 410 i Visigoti saccheggiano Roma: è in questa occasione che egli scrive la *Città di Dio*. Nel 430 Agostino muore, mentre si preparava a recarsi al Concilio di Efeso, durante l'assedio di Ippona da parte dei Vandali.

C'è ancora un altro aspetto nell'opera di Sant'Agostino. Egli è un *mistico*, portato più alla vita monastica che a quella episcopale, alla preghiera più che alle lotte dottrinali, ha scritto numerose preghiere e i *Soliloqui*. E le *Confessioni*, che restano la più celebre delle sue opere, d'aspetto straordinariamente moderno; sono una meditazione sugli eventi della sua vita, un'opera soggettiva, interiore e piena della presenza di Dio, col quale egli dialoga. La sua fu una vita piena: solidi studi, sia. profani che sacri, che confluiscono, quando egli raggiunge la maturità, in una attività sovrabbondante e che si concludono nella meditazione. La dottrina agostiniana non può essere ben compresa, se non viene ricollegata strettamente alle circostanze all'interno delle quali essa si è venuta determinando.

IV. *Le opere principali che interessano il diritto*

È difficile scegliere, nell'opera sconfinata di Sant'Agostino, i testi che più interessano il nostro tema. Nessuno dei suoi scritti si occupa specificamente del diritto, ma molti di essi hanno con esso un rapporto indiretto. In un dialogo filosofico, il *De Magistro*, Sant'Agostino svilupperà la sua teoria della conoscenza per illuminazione divina, di ispirazione platonica. Questo punto è rilevante anche per noi: se noi conosciamo il vero, il bene, la giustizia, solo grazie a Dio e non grazie all'esperienza sensibile, se la verità, la giustizia sono Dio stesso, allora dobbiamo indubbiamente rinunciare al diritto naturale di Aristotele e dei giureconsulti romani.

Le opere polemiche del santo sono tutte ricche di spunti utili per la teoria generale del diritto. In polemica col manicheo Fausto, egli ha riabilitato la natura (*Contra Faustum*); ha dedicato un trattato alla difesa, nello stesso spirito, dell'istituzione matrimoniale (*De bono coniugali*); in una epistola, scritta contro gli stessi avversari, egli ha difeso la proprietà (lettera 157, *ad Ilario*). Contro i donatisti, elabora la teoria del braccio secolare e delle funzioni ministeriali dello stato nei confronti della Chiesa e la affida ad una serie di lettere (a Marcellino, a Vincenzo, a

Olimpio) destinate comunque ad una pubblica lettura e che costituiscono, ciascuna, una piccola opera perfettamente compiuta: la loro fortuna sarà considerevole nel diritto canonico medievale. Contro i pelagiani, in modo particolare, Sant'Agostino si diffonde nel trattare l'impossibilità, da parte dell'uomo, di giungere per via esclusivamente naturale alla giustizia e la necessità di ricorrere alla rivelazione divina.

Ma allora, se la sola vera giustizia e il solo vero diritto sono quelli divini, nulla di tutto ciò che attiene alle tematiche religiose e quindi nulla dell'opera agostiniana, potrà essere trascurato. Né il *De vera religione*, né il *De ordine*, e nemmeno il trattato *De Trinitate*, che contiene lunghi brani dedicati alla legge divina. Il *De doctrina christiana* (che ha ispirato nel Medioevo l'organizzazione degli studi) ci insegna a comprendere e ad interpretare la legge rivelata nella Sacra Scrittura e a ricorrere alla scienza pagana solo per dimensioni problematiche accessorie. Il commento al salmo 118 ci presenta un'apologia della legge eterna e dimostra il valore della legge ebraica; il commento al discorso della montagna illustra la trasformazione della legge mosaica in legge cristiana evangelica; quello alla Genesi mostra come l'intenzione di Dio si incarni nell'ordine della creazione; il commento all'epistola ai Romani spiega il nuovo significato cristiano della legge naturale ... È da tutte queste opere sparse di Sant'Agostino, di timbro specificamente religioso, che il Medioevo ha tratto la sua visione dell'ordine sociale.

Comunque, se bisogna evidenziare un testo essenziale (il che non si può fare senza una grossa dose di arbitrio), io sceglierei in primo luogo il dialogo sul *libero arbitrio*. In esso Agostino studia la libertà dell'uomo e la concilia con l'onnipotenza divina. In questo dialogo egli ci dà una teoria delle leggi che regolamentano la condotta umana. Ma soprattutto noi faremo riferimento alla *Città di Dio*.

V. *La «Città di Dio»*

Quella che nella storiografia francese è detta la grande invasione, avvenne nel 406. Nel 410, scandalo ben maggiore, Alarico prende e saccheggia Roma. La capitale culturale dell'impero d'Occidente, la città di Cicerone e di Augusto, ma anche di Ulpiano, Paolo e Papiniano, la città che si credeva eterna, è occupata dai barbari.

È la buona occasione per i pagani per riaprire la vecchia questione delle responsabilità del cristianesimo nel declino di Roma, questione che nel II secolo d.C. aveva indotto Celso a scrivere quegli attacchi al cristianesimo, cui aveva risposto Origene. Una disputa, questa, che non verrà mai chiusa. I cristiani hanno rifiutato i culti sui quali si fondava lo stato romano e si sono allontanati dalle incombenze pubbliche per evadere in una mistica sovrannaturale. Era adatto il loro sistema di vita a salvare la città contro l'invasione barbarica, come avevano saputo fare i pagani? O non si deve piuttosto pensare che la nuova religione era incompatibile con l'ordinamento giuridico romano, costruito sulla filosofia classica ereditata dalla Grecia?

Sant'Agostino, nelle sue *Retractationes*, ci avverte delle intenzioni che lo hanno mosso a scrivere la *Città di Dio*; si trattava di difendere la fede contro questi

attacchi, che sempre venivano rinnovandosi; di riconfortare i fedeli immersi nelle difficoltà della vita temporale; di suscitare al contrario partendo dalla vicenda del sacco di Roma nuove occasioni di vita spirituale; e infine di insegnare ai cristiani a giudicare gli eventi della storia a partire dalla loro fede.

Comunque, il contenuto dell'opera è sconcertante. Essa è stata redatta senza un ordine apparente, in modo frammentario, e in un periodo di tempo che si è protratto per quattordici anni. La *Città di Dio* è stata pubblicata e letta brano per brano, come un giornale; consiste in fondo di una serie di commenti religiosi all'attualità politica. S'apre con le riflessioni sulla caduta della capitale e sulle cause di quel disastro; seguono varie digressioni sulla storia di Roma e sulla civiltà, sulla religione, sulla letteratura e la filosofia dei Romani; vengono poi affrontati vari argomenti disparati.

È difficile afferrare qual ne sia il tema di fondo; e in genere i lettori dell'opera la interpretano diversamente. Ai nostri giorni vi si legge soprattutto una *filosofia della storia* o una teologia della storia, ma solo perché la filosofia della storia va di moda. Dio guida la storia, le dona un senso, una funzione provvidenziale, poiché Dio è la causa di tutto e tutta la storia deve essere capita dal punto di vista di Dio e della salvezza. Altri studiosi l'hanno vista invece come una miniera di informazioni sulla civiltà pagana; altri ancora come un'opera dedicata a elaborare una dottrina politica.

Il tema fondamentale è la coesistenza e il parallelismo di due città. Quella che sta sotto i nostri occhi è la *città terrestre*, la cui sorte è in forse e che è rappresentata dall'impero romano. Il suo destino appare fragile, provvisorio; i suoi beni ingannevoli, la sua giustizia falsa. Indubbiamente essa non merita da parte nostra un attaccamento eccessivo. La nostra vera patria è piuttosto la *città di Dio*, espressione usata già dal donatista Ticonio, ma familiare a Sant'Agostino, perché tratta dai Salmi: *gloriosa dicta sunt de te, civitas Dei*. La città di Dio è una realtà mistica, è la comunità dei santi; essa si incarna storicamente nelle comunità umane che hanno come capi Abele, Noè, Abramo e i re giusti di Israele e infine nella Chiesa cristiana. La città di Dio ha la sua giustizia, ha le sue proprie leggi; le è stata promessa durata e vittoria eterne ed è in essa che i cristiani devono radicarsi.

Cosa diviene lo stato in questa prospettiva? C'è nel pensiero agostiniano una condanna dell'esistenza delle nostre società politiche? C'è un rifiuto del mondo imperiale romano, assimilato alla società dei malvagi, alla *civitas impiorum*? C'è un'opzione per una teocrazia, di cui Costantino o Teodosio han gettato i semi, ad imitazione dei santi re dell'Antico Testamento? Anche se qualche residuo manicheo e forse anche l'intransigenza del suo temperamento l'hanno qualche volta avvicinato a simili conclusioni, il pensiero di Sant'Agostino non è mai giunto ad esiti così riduttivi. Finché dura la storia e non giunge a termine il nostro «pellegrinaggio terrestre», finché il loglio e il grano non sono ancora separati, le due città devono continuare a coesistere, a mescolarsi, a intrecciarsi 12. E la città terrestre ha anche essa una sua ragion d'essere nella storia; anche essa è, come tutto, opera della provvidenza divina e adempie alla sua funzione nel nostro cammino verso la salvezza. In tal modo lo stato, le leggi, il diritto delle nostre città, il cui valore è

sempre relativo e va confrontato con quello della città celeste, saranno trattati da Sant'Agostino dal punto di vista della salvezza dell'uomo.

VI. *Divergenze interpretative. La legge eterna*

La letteratura critica sulla dottrina giuridica di Sant'Agostino è molto abbondante. È degno di nota, però, il fatto che essa sia notevolmente contraddittoria. Alcuni interpreti ben pensanti fanno di Sant'Agostino un teorico del *diritto naturale*, concepito alla maniera di San Tommaso: questa, ad es., è l'idea di Giorgianni. Altri vedono in lui l'ispiratore della teocrazia, il profeta di un diritto sacrale, dedotto non dalla natura, ma dalla rivelazione: è la linea interpretativa più antica di ogni altra, quella dell'«agostinismo politico» ed è stata anche la più influente storicamente. Un terzo gruppo di autori ha cercato recentemente di dimostrare (ma anche questa tesi non è del tutto originale) che il vero significato della dottrina agostiniana del diritto andrebbe ricercato nel *positivismo giuridico* (Cotta).

Ciò che abbiamo detto della vita di Sant'Agostino e delle condizioni della sua attività intellettuale può spiegare, almeno in parte, questo ventaglio di opinioni; la sua opera non ha mai avuto nulla di scolastico, dato che egli non trattò mai *ex professo* argomenti astratti, avulsi dal proprio tempo, come quelli che costituiscono normalmente l'oggetto dei nostri corsi universitari. Sant'Agostino si è sempre trovato a dover fronteggiare delle *situazioni*: questa o quella eresia, lo scisma donatista, il sacco di Roma. Non ha mai la pretesa di arrivare in un colpo solo a soluzioni definitive, né teme contraddirsi; nei confronti del manicheismo l'abbiamo visto nei panni di un difensore della natura e della sua bontà e in definitiva dell'esistenza del diritto naturale; nei confronti dell'eresia pelagiana egli sottolinea vigorosamente la verità opposta e cioè la corruzione dell'uomo e la costante necessità di un ricorso alla grazia divina. Ci insegna il primato della città di Dio, ma non perciò misconosce la città terrestre e le sue leggi. La realtà è troppo complessa per essere rinserrata in un sistema e Sant'Agostino onora troppo la verità per non registrarne anche gli aspetti apparentemente contraddittori.

Peraltro l'unità profonda e la coerenza della sua dottrina vengono bene alla luce se noi abbandoniamo il piano della politica temporale, che è quello su cui si muovevano Platone e Aristotele, e cerchiamo di seguire Sant'Agostino sul piano *mistico*, su quel piano cioè che fu veramente il suo. Agostino non ha mai voluto darci ricette d'ordine temporale; non è stato né un professore di diritto né di filosofia del diritto. Ricordiamoci che lo scopo della sua opera è esclusivamente *pastorale* e che l'oggetto della sua meditazione è di ordine sovrannaturale. La chiave della sua dottrina del diritto è Dio stesso. Le novità che si danno nella sua dottrina provengono tutte dal fatto che egli ha saputo elevarsi fino ad una altezza trascendente, fino a quell'altezza da cui tutto deriva. Le *Confessioni* ci danno notizia di questa scoperta: «Io non ero ancora a conoscenza di questa *vera giustizia*, tutta interiore, che non giudica le cose sulla misura delle consuetudini e delle pratiche esteriori, ma su quella della rettitudine immutabile della legge eterna di Dio onnipotente ...».

La giustizia, per Sant'Agostino, dopo la sua conversione, non è niente di meno che Dio stesso, è sinonimo di Dio. «Est plane ille summus Deus vera justitia, vel ille verus Deus summa justitia»; la giustizia è ciò che Dio vuole, «hoc quod vellet ipsa justitia est»; è l'ordine che Dio ha dato alla sua creazione perché Dio ha voluto che tutte le cose fossero perfettamente ordinate tra loro: «ut omnia sint ordinatissima». Tutta la giustizia e tutto il diritto risiedono nella *legge eterna* di Dio: «Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans».

Infinitamente vasta è l'idea di legge naturale. E da questo punto di vista non c'è più contraddizione nel fatto che Sant'Agostino apprezzi le *leggi dello stato* con un rispetto che anticipa quello del giuspositivismo, anche se ad esse preferisce un altro sistema giuridico, quel diritto sacrale, che il Medioevo cercherà di realizzare.

VII. L'autorità delle leggi profane

1. *Premessa*

Sant'Agostino ha dedicato poco spazio al diritto della «città terrena»; anche nel *De Civitate Dei* non è questo diritto a costituire l'oggetto principale delle sue indagini; la sua prima finalità era del resto quella di indirizzare gli spiriti verso un'altra forma di giustizia. Ciò non di meno il suo atteggiamento nei confronti delle leggi statuali non è di poca importanza (se non gli si prestasse la dovuta attenzione si avrebbe una visione falsa ed incompleta del suo pensiero) e soprattutto rappresenta una novità nel mondo greco-romano, una novità paradossale dal punto di vista di una cultura unicamente profana. Questa dottrina si può riassumere in due principi apparentemente contraddittori: le leggi di origine profana non possono attingere alla giustizia, anzi sono essenzialmente *ingiuste*; non di meno esse devono essere ubbidite. Qual è, allora, la ragione della loro validità?

2. *Ingiustizia delle leggi profane*

La *Città di Dio*, l'abbiamo appena detto, contiene numerosi attacchi contro lo stato. In quest'opera Sant'Agostino stigmatizza sia il mondo pagano nel suo insieme, sia molteplici istituzioni particolari, come ad esempio istituzioni sociali tipo la schiavitù 18, le istituzioni giudiziarie, quelle militari, ecc.

È anche vero che il giudizio non è sempre severo. Si corre il rischio di falsificare questa complessa dottrina sottolineandone solo i passaggi polemici. Capita anche che Agostino approvi l'ordinamento giuridico romano; ci parla delle «guerre giuste» di Roma, riconosce nella schiavitù un'istituzione conforme, almeno in certe circostanze, al «diritto naturale». Difende il matrimonio e la maggior parte delle misure penali istituite da secoli a Roma dalla legislazione pagana e ad esempio quella che punisce i costumi sessuali «contro natura». Egli non esclude affatto come vedremo tra poco, e come l'autorità di San Paolo gli avrebbe impedito di fare, che anche presso i pagani esista una certa conoscenza della legge morale e dell'ordine naturale del mondo.

Comunque nel *De civitate Dei* (e anche in numerosi testi antipelagiani) egli mette l'accento sulla critica delle istituzioni temporali. Si possono distinguere due chiavi di condanna. In certi casi Agostino accusa la città terrena di non andare alla ricerca che di beni falsi, ingannevoli, provvisori, disprezzabili. «... Che nulla di sgradevole sia prescritto, che nulla d'impuro sia proibito; ... che le leggi badino ai danni cagionati alla vigna altrui, non a quelli che ciascuno infligge alla propria vita; ... che siano numerose le meretrici ... che si beva, che si vomiti, che ci si sazi»: queste sembra che siano le *finalità* dello stato. Perfino le grandi conquiste militari, di cui l'impero romano si gloria, non gli hanno apportato che vanità, senza dare felicità a nessuno.

Molto spesso, come già si è detto, Sant'Agostino muove a tutte queste istituzioni un'esplicita accusa di *ingiustizia*. Ad esempio, le conquiste romane o quelle di Alessandro Magno, gli stessi grandi reami in sé, non sono altro che grandi brigantaggi. E c'è di più: un celebre passo della Città di Dio denuncia l'ingiustizia su cui è fondato l'insieme dell'*ordinamento giuridico romano*.

Si tratta della famosa discussione sull'*esistenza del populus,* cioè della comunità politica romana. Essa conduce poi alla discussione sulla *giustizia* della città, poiché secondo l'opinione dei pagani (cioè in base alla visione della filosofia classica) una città non è che una comunità politica fondata sul diritto (*jus*), che a sua volta, in conformità alla medesima filosofia, non è diritto se non è giusto (*justum*). E la giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo. Quale giustizia, dunque, se prima di tutto non rende a Dio, autore e padrone di tutte le cose, l'onore e il rispetto che gli sono dovuti? Non può che essere una falsa giustizia, viziata da capo a piedi, un disordine, un contro-regolamento. La ragione, infatti, non ha più titolo per dare ordine al coraggio e agli istinti sensuali, se essa per prima non si ordina a Dio, allo stesso modo che un soldato non deve più ubbidire al suo generale, se il generale non ubbidisce al capo dello stato. Tutta la gerarchia salta, se manca il fondamento. Ecco perché tutto l'ordine pagano è senza giustizia.

Si osserverà che Sant'Agostino, in questa discussione scolastica, è sotto l'influenza di Platone, per il quale la giustizia (come si ricorderà) concerneva non solo l'armonia sociale (la giusta ripartizione dei beni tra i cittadini), ma anche, in stretto collegamento con tale armonia, l'equilibrio, l'armonia interna dell'individuo; quando il disordine si installa nell'individuo, non esiste nemmeno più l'ordine sociale. Sant'Agostino non avrebbe potuto sviluppare, come effettivamente ha fatto, le sue analisi, se avesse conosciuto Aristotele e la sua realistica dottrina del *dikaion politikòn*.

Dunque l'ordinamento giuridico romano, trasmessoci dal paganesimo, non è affatto giusto e resterà ingiusto finché non sarà rifondato a partire dalla fede cristiana e quindi, come vedremo, trasformato in un nuovo tipo, ben diverso, di ordine sociale. Si può dire di più: il diritto romano non può nemmeno essere ritenuto, propriamente parlando, *diritto*. «Dove non c'è giustizia, non c'è diritto ... Non bisogna chiamare diritto le istituzioni umane quando sono ingiuste, poiché sono gli uomini stessi a dire che il diritto proviene dalla fonte della giustizia ...». Sant'Agostino rimane fedele, almeno nella sua terminologia, alla tradizionale

dottrina della filosofia classica greco-romana, per la quale il diritto è il giusto. «jus enim est quod justum est». «Mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit». Capita, certo, che Sant'Agostino designi con l'espressione di *jus humanum* le leggi della città terrena, ma è solo per comodità di linguaggio; propriamente parlando egli ritiene che le istituzioni profane *non siano affatto diritto*.

3. *L'ubbidienza alle leggi profane*

Eppure, dopo aver condannato come ingiuste le leggi profane Sant'Agostino ne sostiene l'autorità. Il punto è di assoluta novità nella storia della filosofia del diritto.

In realtà questa dottrina è perfettamente in linea con la tradizione ebraico-cristiana, così come questa si manifesta non tanto in forma filosofica, ma nell'atteggiamento concreto di Gesù davanti a Pilato e prima ancora in alcuni personaggi dell'Antico Testamento: si pensi ad Ester davanti alle leggi di Assuero o Daniele di fronte al potere di Nabucodonosor. Peraltro, il Cristo sembra nelle sue parabole accettare le costumanze profane del suo tempo: il prestito ad interesse, la schiavitù, il salario, ecc. San Paolo riconosce il potere dell'autorità imperiale e la sottomissione degli schiavi... All'inizio dell'esperienza cristiana, grazie alla meditazione della Bibbia, Sant'Agostino illumina tutto un ambito dell'esperienza giuridica di una nuova luce, ignota ai grandi filosofi classici (anche se in qualche modo anticipata e presagita dallo stoicismo).

Egli insegna con fermezza che bisogna ubbidire a Cesare e alle leggi dell'autorità temporale. Nel suo pellegrinaggio terrestre e fintantoché le due città resteranno inestricabili, il cristiano deve «usare» (egli così si esprime) lo stato profano e le sue leggi ed obbedir loro. E questo dovere di sottomissione egli lo sottolinea anche a proposito delle istituzioni apparentemente più ingiuste. È questo il caso della *proprietà privata*, di cui Sant'Agostino ha voluto prendere le difese, anche se si tratta di un istituto ben lontano dal suo ideale di giustizia; è anche il caso della *schiavitù*. Sant'Agostino resta fedele alla tradizione della Chiesa, che non ha fatto nulla per l'abolizione della schiavitù. «L'Apostolo ammonisce gli schiavi ad essere sottomessi ai loro padroni e ad amarli ... servendoli non per paura delle pene, ma per amore del loro dovere, fino a quando l'iniquità tramonti e ogni dominazione sull'uomo venga annientata e Dio sia tutto in tutti». La soluzione agostiniana acquista un vero significato se si tiene conto che egli non pensa affatto, come faceva Aristotele, che la schiavitù sia giusta e autenticamente naturale.

Ci sono testi di Sant'Agostino che legittimano i bordelli. Ce ne sono altri, ancora più celebri e la cui fortuna storica sarà considerevole, contro l'obiezione di coscienza e volti a legittimare la *guerra*: «Che cosa c'è di male nella guerra? Il fatto che vengano uccisi degli uomini? ... L'uso di questo argomento è proprio di spiriti vili, non di spiriti religiosi. La volontà di nuocere, la crudeltà nella vendetta ... il desiderio di dominio, ecco il vero male che si dà nella guerra ... Ma, quando Dio o la legittima autorità lo comandano, prendere le armi è cosa buona ... Giovanni non ha imposto ai soldati di abbandonare il mestiere delle armi e il Cristo ordina di versare il tributo a Cesare, tributo che serve anche a pagare le spese militari». E si noti che Sant'Agostino non credeva affatto alla giustizia delle guerre dei Romani.

Il capitolo sesto del XIX libro del *De Civitate Dei* denuncia l'ingiustizia della *tortura*, che era allora ritenuta un mezzo indispensabile per corroborare gli elementi probatori. Ma il testo agostiniano continua in questo modo: «In queste tenebre della vita civile, un giudice che sia saggio salirà al tribunale o no? Senza dubbio vi salirà. Infatti, la società civile che egli reputa di non poter abbandonare senza commettere un delitto, lo obbliga a tanto; ed egli stesso non crede che sia un delitto torturare degli innocenti per il misfatto compiuto da altri ... Un giudice non crede di agir male comportandosi in tal modo e compiendo tali mali, poiché egli non li compie intenzionalmente, ma per un'invincibile ignoranza e per un obbligo, che non ammette dispensa, imposto dalla società civile. Ma anche se non li si può accusare di malvagità, resta il fatto che tutto il contesto trasuda miseria umana ...». Non credo che Pierre-Henri Simon, nella sua rassegna storica delle dottrine teologiche, citi questo testo, così autenticamente cristiano, se non addirittura kantiano e che ha avuto una certa fortuna nella storia dell'Inquisizione.

4. *I motivi dell'ubbidienza*

Qual è allora la ragion d'essere della validità di queste leggi, che vengono confermate come valide proprio quando sono proclamate ingiuste, o comunque di giustizia problematica o fortemente imperfetta?

Ci sono nell'opera di Sant'Agostino diverse risposte, che variano secondo le ipotesi e le situazioni affrontate. In certi casi l'istituzione in mancanza di una piena giustizia che essa non riesce a raggiungere (si consideri che Sant'Agostino ha una nozione molto esigente e *ideale* di giustizia), possiede per lo meno un qualche valore e, per dir così, un embrione di giustizia, per il solo fatto che è utile all'*ordine* temporale delle cose. Certo, ci sono diversi tipi di ordine e differenti gradi di pace; Sant'Agostino ha meditato a lungo sulla nozione di pace; ogni attività, a suo avviso, tende ad una qualche pace. Ma al di sotto della pace perfetta, che sarebbe opera della giustizia (*pax opus justitiae*), ci sono paci di ordine inferiore, più o meno ingiuste; ci sono forme di tranquillità provvisoria, come quella che è propria della città terrena. È questo il profitto che è possibile trarre dalle leggi dello stato. E se è vana la pretesa di fondare la città terrestre sul fondamento della giustizia, essa può però essere fondata su questo interesse provvisorio del gruppo sociale all'ordine e alla sicurezza. Analogamente la guerra, la schiavitù e perfino la tortura potranno essere finalizzate a rispondere a questa esigenza. Se il comandamento della Sacra Scrittura che proibisce di uccidere è l'unico che sia giusto, l'unico che meriti il nome di legge, la legge dello stato, che lo contraddica, non perciò non deve essere ubbidita; essa garantisce la pace nella città ed è fatta per proteggere il popolo: «tuendi populi causa lata est». Ordine esterno, sicurezza della vita temporale.

Nelle ipotesi, poi, in cui la legge sia assolutamente malvagia, Sant'Agostino invocherà un'altra ragione di ubbidienza, che è di portata più generale. Il potere fattuale, da cui la legge promana, esiste per decreto della Provvidenza e dalla stessa Provvidenza esso è fornito di autorità. Anche in questo caso Agostino si rifà alla tradizione giudeo-cristiana (e forse anche stoica). La Bibbia sottolinea con vigore e continuità il carattere provvidenziale perfino del potere egiziano e di quello dei

conquistatori assiri («È per mia volontà che i tiranni regnano»), insomma di qualunque potere che si dia sul piano della storia, perfino di quello di Pilato. Il pensiero di Sant'Agostino, più di ogni altro, è compenetrato dell'idea dell'onnipotenza e dell'onnipresenza divina: tutto ciò che succede è opera di Dio ed entra nell'ordine che egli istituisce, anche se in modo per noi misterioso. Ubbidendo alle leggi di Cesare, il cristiano si inchina alla volontà della *legge eterna*. Perfino le ingiunzioni dei tiranni, per quanto ingiuste e malvage, hanno una ragion d'essere nascosta, hanno un significato nella storia della salvezza. Ad esempio, le persecuzioni di cui furono vittime i cristiani e lo stesso Cristo, per quanto ingiuste fossero, servirono alla salvezza dei martiri e dell'umanità; in ciò consiste il loro significato nel piano di Dio. Questa è la visione della storia di Sant'Agostino; egli non deifica la storia, il «senso della storia», come si fa oggi; egli si guarda bene dall'affermare che chi ha il potere è per ciò solo giusto; egli ci insegna piuttosto a rispettare il *fatto storico*, che riflette pur sempre qualcosa dell'ordine di Dio. C'è in questo atteggiamento un certo buon senso, che manca a coloro che amano sognare astratti ideali.

Ecco perché Sant'Agostino, dopo averne negato la giustizia, insegna fermamente la necessità di rispettare le leggi della città terrestre. Si osservi come queste motivazioni siano nuove e non riducibili alla dottrina classica del diritto naturale. Esse ci trasportano, come hanno messo in rilievo alcuni interpreti, nel clima del positivismo giuridico. Ordine pubblico, sicurezza, riconoscimento della fattualità, rispetto della storia saranno i poli del pensiero giuridico *moderno*. Almeno in parte, la dottrina del *De Civitate Dei* avrà a lungo termine questa funzione di veicolare il positivismo giuridico dell'epoca moderna, dandogli, in tal modo, radici cristiane e agostiniane.

Ma qual è, in definitiva, il valore di questo nuovo fondamento dato alla legge? Sant'Agostino ai fedeli dà il precetto di ubbidire a Cesare e di rispettare il diritto romano. Ma nello stesso tempo egli toglie al diritto romano quell'aureola di giustizia, che gli conferiva, agli occhi dei pagani, tutta la sua autorità. Il diritto della città terrestre diviene un insieme di *consuetudini*, di usi fattuali, di cui non è possibile provare il valore, di pratiche giudiziarie, che si sa essere ben lontane dalla vera giustizia celeste, così come lo *jus fori* si oppone allo *jus populi*, o di ordini e comandi arbitrari dei re: *leges regum* opposte al *divinum jus*. Senza dubbio il cristiano troverà nella sua fede nella provvidenza un motivo sufficiente per ubbidire alle istituzioni temporali; le *utilizzerà* (*uti*), ma secondo una dialettica che riscontriamo spesso in Sant'Agostino si guarderà bene dal *goderne* (*frui*), cioè a dire a riconoscere in esse un *valore in sé*. Così i martiri, per la loro salvezza, han dovuto *usare* le leggi dei loro persecutori, pur continuando a disprezzarle. Chi non ha la medesima fede nella Provvidenza e il medesimo distacco dagli interessi temporali c'è da pensare che recepirà solo il precetto del disprezzo.

Gli argomenti agostiniani in ordine alla validità delle leggi rischiano di non essere convincenti per l'uomo qualunque. E per di più mancano di una vera precisione. Il positivismo raccomanda di ubbidire a chi detiene di fatto il potere. Ma chi è che detiene il potere? Colui che ha la massima forza? O colui che è in sintonia col suo

tempo? È Petain o de Gaulle? È de Gaulle o Salan? È Roma o sono i barbari? È questa la domanda che si pone il giurista di fronte a un caso concreto. Sant'Agostino è troppo al di sopra delle banali problematiche dei giuristi per dare una qualche risposta a queste domande.

E inoltre, il raccomandare le leggi positive come degne di stretta ubbidienza, proprio come vuole il positivismo, è una soluzione sufficiente, in tempi normali, solo per i *sudditi*; si tratta di dar loro una regola di condotta precisa, che è poi l'ubbidienza all'ordine costituito. Ma che direttive dare al legislatore? Secondo quale regola, quale criterio, quale metodo dovrà far le leggi? «Sarebbe troppo lungo a dirsi» risponde Sant'Agostino nel trattato sul *Libero arbitrio* «e ridondante rispetto allo scopo che ci siamo proposti», *et plane ad id quod proposuimus non necessarium*. Un chiaro rifiuto di rispondere.

È ben vero che non erano queste le preoccupazioni di Sant'Agostino. Questi problemi non erano quelli di cui egli si considerava competente e senza dubbio egli avrebbe ben lasciato ad altri l'incarico di occuparsene. Ma quali e quanti pericoli per coloro che, nei secoli seguenti, cercheranno in Sant'Agostino la risposta ai problemi della filosofia del diritto! Essi non troveranno nelle sue opere nulla che possa andar incontro ad una scienza laica del diritto, nulla che possa farla vivere e progredire, ma solo un eccesso di rassegnazione davanti all'ingiustizia delle leggi, una noncuranza per il diritto terreno, ritenuto disprezzabile, e abbandonato all'arbitrio del potere o ai capricci della storia.

VIII. *Il primato della giustizia cristiana*

L'opera di Sant'Agostino è testimonianza, più che di un vero attaccamento al diritto romano, di una conversione ad un'altra specie di diritto, che Agostino ha conosciuto attraverso la Bibbia e la religione cristiana. Senza dubbio le leggi di Cesare sono da considerare, nelle condizioni temporali nelle quali esse vigono, un'emanazione della legge eterna e quindi sono in qualche modo giustificate. Ma la mistica convinzione agostiniana dell'origine divina dell'ordine lo induce (come indurrà molti dei suoi futuri interpreti) a risalire alle proprie ed esclusive fonti: nella Bibbia, nell'esperienza ebraica, nello stesso Vangelo Agostino scopre un nuovo tipo di giustizia, l'unico al quale si possono propriamente riferire i termini di giustizia e di diritto e che è ben diverso dal sistema giuridico romano. È così che verrà trasmessa al Medioevo una nuova teoria del diritto, delle sue fonti, delle sue frontiere, del suo contenuto.

1. Le fonti del diritto cristiano

a) *Precedenti biblici.*

Il diritto ebraico, che Agostino dopo la conversione ha studiato meditando lungamente sulle Scritture, non è opera di un legislatore umano, né nasce dalla osservazione della natura. Esso è dettato da Dio a Mosè sul Sinai, in mezzo a folgori e a tuoni o nella sua tenda avvolta da una colonna di nubi, in circostanze storiche

rigorosamente determinate. Il Dio degli ebrei, infatti, è una *persona*, che ha una volontà; non è una astrazione come la natura o l'ordine naturale.

Anche se nel corso della storia di Israele si aggiunge qualche altra rivelazione, il corpo del diritto ebraico è costituito dalla *Torah*, l'insieme codificato dei comandamenti di Dio, che il saggio deve meditare e che i re hanno il compito di rammentare, restaurare, ripristinare. I re non hanno un potere legislativo autonomo. Il giudice segue strettamente il testo della *Torah*. Ci saranno diversi metodi di interpretazione, quelli dei farisei, dei sadducei, dei samaritani, ma saranno tutti sempre rispettosi della lettera o dell'intenzione del testo e decisamente esegetici.

Il Cristo, nel Nuovo Testamento, osserva la Legge; la porta a compimento, l'interpreta, secondo l'uso dei rabbini. E ben vero che egli reagisce contro i metodi di esegesi letterale di alcuni farisei, e che sublima la legge, nel sermone sulla montagna, assumendola nel senso più spirituale. Vi aggiunge anche qualcosa, ma solo nel nome del Padre, oppure, in quanto è Dio egli stesso, è colui «che ha l'autorità». Ma è anche vero che Cristo insegna - e questo precetto è destinato ad acquistare un'importanza nuova - il rispetto delle leggi e delle usanze temporali vigenti. Ma la vera *giustizia* (quella che deve «andare al di là della giustizia di scribi e farisei», quella che è venuta ad annunciare il Cristo, quella che è il Cristo stesso) rimane una giustizia dettata da Dio.

b) *La teoria agostiniana delle tre leggi.*

Sant'Agostino deduce dalla Bibbia e dai commentari della Patristica la sua teoria della giustizia. Nelle sue opere c'è appena una traccia di un'influenza letterale della dottrina platonica e non ce n'è proprio nessuna di Aristotele.

Esistono, egli scrive nel XIX libro del suo *Contra Faustum*, tre tipi di legge, mediante le quali Dio ci fa conoscere la sua giustizia: *sunt autem legum genera tria*. Esse sono: la legge di natura, la legge mosaica e la regge di Cristo.

All'inizio di questa classificazione troviamo menzionata la legge naturale, il che sembra incompatibile con l'idea di un diritto sacro e non esente da reminiscenze platoniche: Sant'Agostino, evidentemente, resta impregnato di formule ciceroniane. Ma non c'è dubbio che è soprattutto l'*Epistola ai Romani*, insieme con alcuni testi della *Genesi*, che l'istruiscono su questa fonte originaria della conoscenza del giusto, consustanziale alla natura dell'uomo fin dall'epoca della sua creazione, comune a tutti, indipendente dalle rivelazioni offerte agli ebrei ed ai cristiani, accessibile finanche ai gentili. Dio crea ogni uomo a sua immagine e quindi provvisto per sua stessa natura di una certa qual capacità di percepire la giustizia.

È questo il luogo per chiederci se Sant'Agostino non abbia aderito alla teoria del diritto naturale, come alcuni studiosi ritengono. E di certo va detto che le basi metafisiche di una dottrina giusnaturalistica non mancano sicuramente a Sant'Agostino: egli ritiene che Dio imponga un *ordine* a tutta la natura e che la giustizia consista in effetti nell'ubbidire a tale ordine naturale. Egli stesso ha stigmatizzato i peccati «contro natura», espressione che da Platone in poi sta ad indicare la pederastia. Né ha negato che i pagani non possano aver scoperto, in base al solo lume della natura, alcune norme di giustizia, che non abbiano usato

giustamente la loro spada, come dice San Paolo, o punito i peccati contro l'ordine naturale; e sembra anche ammettere che alcune delle loro istituzioni possano esser ritenute giuste.

Peraltro, ciò che manca alla dottrina agostiniana, perché possa veramente essere ritenuta giusnaturalistica, è il fondamento psicologico. Una cosa è ammettere che esista un ordine, altra che noi lo si possa conoscere. È a questo riguardo che la consapevolezza agostiniana del peccato dell'uomo si oppone all'ottimismo dell'antichità. Quando San Paolo fa riferimento alla nozione di legge naturale, non lo fa per mostrare la grandezza dell'uomo, come facevano orgogliosamente gli stoici, ma per mostrarne la deiezione, per far vedere come l'uomo ha infranto la legge naturale e come sia incapace ormai di leggere nel proprio cuore. Sant'Agostino cita, in appoggio alle proprie tesi, il Salmo 118, in cui il Signore dichiara che davanti ai suoi occhi «tutti gli uomini sono peccatori». Uno dei temi costanti di meditazione di Sant'Agostino (sviluppato in particolare nel corso della lotta antipelagiana) è la profondità del peccato, la corruzione della nostra natura dopo la colpa adamitica e quindi la corruzione delle nostre coscienze. L'uomo non è più in grado di comprendere qual sia la giustizia; siamo tutti immersi nell'iniquità. Non si tratta più soltanto, come in Aristotele, di una debolezza intrinseca della nostra ragione, di una nostra difficoltà a conoscere il reale, ma piuttosto di una nostra impotenza radicale, cagionata dal peccato originale che ha corrotto la nostra natura.

Sant'Agostino non cita la legge naturale, se non per mostrarne l'insufficienza. Essa poteva bastare all'uomo prima del peccato. Resta l'unica guida di cui dispongono e di cui si accontentano i pagani. È in effetti secondo la formula del *Contra Faustum*, la legge dei pagani, la *lex gentium*. Ma i cristiani, ed anche gli ebrei, hanno un'altra via per accedere alla giustizia.

c) *La legge mosaica e la legge di Cristo*.

Andiamo avanti con la lettura del testo del *Contra Faustum*. Esso segue un ordine cronologico. Dio si impietosisce della corruzione della ragione umana; il primo popolo che lo muove a pietà è quello ebraico. Egli rivela una legge agli ebrei. Contro le dottrine manichee, Sant'Agostino ha difeso parecchie volte la giustizia della *Torah*; il fatto che essa contenga prescrizioni che oggi ci ripugnano, non toglie che essa fosse giusta 67; proviene da Dio e tanto basta. Essa esprimeva le esigenze dell'ordine della provvidenza in quel tempo. Ma essa non aveva valore che per quel tempo; ormai essa è abrogata. È per questo che San Paolo la chiama piuttosto legge del peccato e di morte, «quod peccati et mortis Paulus appellat».

Rimane la *legge di Cristo*, che sarà la *legge dei cristiani*. E questa legge è quella contenuta nei Vangeli, condensata nelle regole auree: «Amerai Dio con tutta la tua anima e il prossimo tuo come te stesso»; «Fa' agli altri ciò che vorresti che fosse fatto a te» (è il tema del discorso sulla montagna). Questa legge è alimentata dallo Spirito Santo. Essa costituisce la sola guida per i cristiani che vogliono conoscere la giustizia (e ricordiamoci che il «giusto» resta nel latino classico e nell'esplicita attestazione di Sant'Agostino pressoché sinonimo di «diritto»). È nella luce del Vangelo che si situerà l'autentico diritto (*jus*), anche se, per la verità, verrà ad acquistare il carattere di una *morale*.

Espressa in tal modo, la tesi agostiniana appare molto audace. Ma di fronte ad asserzioni esplicite di un autore, non abbiamo il diritto di procedere a correggerle, col pretesto che esse ci turbano. Questa tesi, del resto, ben corrisponde alla tendenza agostiniana a limitare la rilevanza della natura e della ragione dell'uomo, a approfondire le conseguenze del peccato e a presentare come unica forma autentica di conoscenza la «illuminazione divina» (un evidente influsso platonico, quest'ultimo).

Nel quarto libro del *De Civitate Dei* Sant'Agostino parla dei templi che i Romani avevano innalzato alla giustizia e alla fede. Per i Romani, la *fides* «non era che una forma, un'applicazione della giustizia. Essa occupa un posto primario anche per noi, che sappiamo cosa significa l'espressione: il giusto vive della sua fede, *justus ex fide vivit*». La *fede* è il principio della conoscenza; questo assioma doveva restare alla base di tutto il regime degli studi cristiani dell'alto Medioevo, che risente dell'impronta agostiniana; e va anche applicato al diritto. Dato che l'intelligenza umana è troppo corrotta per scoprire da sola il contenuto del giusto, il vero diritto va concepito come ubbidienza ad una legge divina positiva, come sostituzione di un diritto sacrale al diritto naturale dei pagani.

2. Natura e contenuto del diritto

a) *Precedenti biblici.*

Una visione come quella che abbiamo appena descritta comporta significative modificazioni nell'intendimento della struttura del diritto. Abbiamo già osservato come il concetto di giustizia (e correlativamente quello di diritto) vari da Platone ad Aristotele e al diritto romano. Quale idea del diritto e del suo oggetto la Sacra Scrittura ha potuto indurre in Sant'Agostino?

È interessante osservare come il «Dictionnaire de Théologie catholique», alla voce *giustizia*, non dica nulla dell'accezione biblica del termine, ma si limiti all'esposizione della sola nozione aristotelica (che San Tommaso ha recepito). Ben più suggestivo l'articolo del P. Lemonnyer alla voce *giustificazione*; molto utili anche gli studi di Tresmontant e di de Vaux.

Basta aprire la Bibbia per vedere come il termine giustizia (*tsedeka*, termine che la versione greca dei Settanta rende con *dikaiosyne* e la Vulgata con *justitia*) è inteso in modo ben diverso da come lo usava Aristotele. Essere giusti significa essere all'unisono con la volontà di Dio e osservare perfettamente la sua legge. È in tal senso che Noè è detto giusto e che sono chiamati giusti Abramo, Giacobbe o il vecchio Tobia; e solo in tal senso è detto che sarà giusto il Messia. La giustizia è un'assoluta *rettitudine* morale.

Nella Bibbia la giustizia attiene, come in Platone e più ancora che in Platone, all'*interiorità* stessa dell'uomo e non solo ai rapporti tra i cittadini. «Amerai Dio *con tutto il tuo cuore, con tutta la tua anima e con tutte le tue forze*». Ecco ciò che fa giusto l'uomo.

Nelle sue applicazioni sociali, la giustizia non è tanto la ricerca di una rigorosa eguaglianza, come voleva Aristotele, ma è piuttosto *carità*, dono gratuito,

generosità. Questo è il precetto del Deuteronomio: infatti la legge comanda in primo luogo di proteggere i deboli, le vedove, gli ospiti, gli orfani, i lavoratori più umili; di riportare il bue che si è smarrito al vicino; di non ingannare il cieco che chiede qual sia la via giusta; di non domandare interessi e di offrire quindi al mutuatario servizi *gratuiti*; di non pretendere nemmeno un pegno; di concedere al povero di spigolare nei campi. Il taglione è previsto nel Deuteronomio solo per punire i peccati contro la carità. I profeti accentuano ulteriormente il carattere *caritatevole* della giustizia.

Non può esistere una sanzione umana precisa ad un simile codice, pieno di prescrizioni così vaghe e indeterminate. La vera *sanzione* della *Torah* è il governo divino della storia del popolo eletto, l'immanente *giustizia divina*, che, quando Israele si comporta ingiustamente, manda al popolo carestia, sconfitte, schiavitù.

Quanto è lontana la giustizia ebraica dal *dikaion* di Aristotele e dal diritto romano! Ben inteso, il contrasto non fa che aumentare se si passa dalla legge antica a quella giustizia che deve «sorpassare quella dei farisei e degli scribi», alla giustizia tutta interiore, tutta ripiena di carità, completamente priva di sanzione terrena, che è annunciata nel discorso sulla montagna e che si riassume nell'amore. È una giustizia nella quale manca ogni calcolo; in cui i debiti devono essere rimessi e per cui bisogna perdonare fino a settanta volte sette. È la giustizia che perdona ai pubblicani e a Maria Maddalena; per la quale l'operaio dell'ultima ora è pagato tanto quanto colui che ha lavorato durante tutta la giornata; per cui la pecorella smarrita vale più di tutte le altre novantanove; per cui i primi saranno gli ultimi e gli ultimi saranno i primi; la giustizia in nome della quale non si giudica, per non essere giudicati, e per la quale si dà a chi già ha e si toglie a chi non ha perfino quel poco che ha; per la quale si lascia crescere il grano insieme col loglio ... Questo è l'ordinamento sociale che nella conclusione dell'*Epistola ai Romani* San Paolo raccomanda ai fedeli, dopo aver affermato che l'unica «giustificazione» viene dalla fede. La giustizia e il diritto non hanno più nulla di quel carattere obiettivo e matematico che presentavano in Aristotele e perfino in Platone.

b) *I caratteri della giustizia cristiana in Sant'Agostino*.

Come pastore d'anime, Sant'Agostino aveva il compito di predicare questa giustizia biblica più che la giustizia della filosofia classica pagana del diritto naturale. «Amerai Dio e il prossimo tuo come te stesso»; dà agli altri ciò che vorresti fosse fatto a te»: questi precetti contengono la giustizia e la legge eterna di Dio creatore; contengono anche il diritto naturale, che la nostra ragione naturale avrebbe potuto conoscere spontaneamente, se il peccato non l'avesse distrutta 93. Ma Sant'Agostino sa bene quanto questa concezione della giustizia differisca da quella dei filosofi pagani.

Sant'Agostino sa che le regole di carità della giustizia cristiana hanno il difetto di non prevedere con certezza alcun comportamento obiettivo: le loro applicazioni possono diversificarsi all'infinito. Non può essere diversamente, perché la giustizia è *spirito*. Non esiste vera giustizia che nell'adesione mistica a Dio: «Etiam nobis fit justitia, cum ei cohaerendo juste vivimus; et tanto majus minusve justi sumus quanto magis illi minusve cohaeremus».

La giustizia, quanto alle sue applicazioni concrete, è *informulabile* ... A dir la verità, questa non è che la ripresa di un tema molto amato dalla cultura antica; un tema propriamente platonico, di cui la morale stoica aveva fatto largo uso e che si riscontra anche nel sistema aristotelico. Ma Sant'Agostino, convinto della trascendenza della giustizia e dell'immensa diversità delle circostanze storiche in cui essa si trova ad essere applicata, lo accentua e vi indugia, a differenza di Aristotele che aveva saputo superarlo. Agostino ama mostrare la mobilità delle istituzioni giuridiche; ad esempio, in un testo delle *Confessioni*, a proposito della poligamia e degli incesti dei patriarchi, o dei precetti della legge ebraica che scandalizzano gli ignoranti, egli scrive: «Mentre la giustizia in sé non può né cambiare né variare, le epoche cui essa presiede cambiano e si succedono le une alle altre, perché questa è la natura del tempo; e gli uomini, poiché la loro vita è troppo corta e il loro spirito troppo limitato per abbracciare tutto l'arco dei secoli, rimangono scandalizzati da questi mutamenti». Nel *De doctrina christiana* egli scrive: «Gli uomini credono che non ci sia giustizia, perché vedono che i costumi variano da gente a gente, mentre la giustizia dovrebbe essere immutabile. Ma essi non hanno compreso che il precetto: non fare agli altri ciò che non vuoi che sia fatto a te, non è cambiato mai ed è rimasto costante nel tempo e nello spazio». Ma non se ne può comunque dare una formulazione applicativa precisa.

È che la giustizia cristiana ha pretese che vanno al di là di quelle della ripartizione sociale dei beni, cui erano indirizzate le formule matematiche di Pitagora e di Aristotele. Essa pretende la rinuncia totale ad ogni interesse temporale.

Abbiamo visto che Sant'Agostino si è assunto la difesa della proprietà privata, come istituzione fondata sulle leggi dello stato. Ciò non toglie che il suo ideale sia comunitario; è il comunismo il modello che meglio corrisponde all'originario diritto di natura ed infatti i primi cristiani, illuminati dal Vangelo, lo hanno restaurato, abolendo la proprietà: «fecerunt illa communes». È questo l'ideale che lo stesso Sant'Agostino ha desiderato seguire nella sua comunità di amici a Cassiciacum e più tardi ad Ippona; è questo il genere di vita che egli pretende dai suoi monaci. L'acquisizione della proprietà privata non trova infatti alcun fondamento nel «diritto divino»; essa corrompe i proprietari, che invece di possedere le cose, vengono di fatto posseduti da esse: *possessus est, non possessor*; bisogna abbandonare i propri beni, per far spazio a Dio «facere locum domino».

Né può esistere una sottomissione violenta, secondo la giustizia cristiana: il veritiero ordine divino, quello delle origini, vuole che il padrone sia lo schiavo dei propri schiavi, che «coloro che comandano si prendano cura degli altri e siano servi di coloro a cui sembrano comandare».

La giustizia è il prestito gratuito, la remissione dei debiti, l'elemosina. È la mercede dell'operaio dell'ultima ora che riceve tanto quanto quelli della prima. È un paradosso permanente. La giustizia si identifica con la *misericordia*: «non enim sic est Deus misericors ut injustus sit; nec sit justus, ut misericors non sit». Sarà un giusto giudice su questa terra, colui che saprà far grazia.

I positivisti moderni, abituati a ritenere che la sanzione costituisca il criterio della giuridicità, accetteranno con difficoltà il fatto che noi pretendiamo, a proposito

della giustizia cristiana, di parlare di diritto, anzi del solo diritto che merita questo nome. I precetti di questa giustizia, per quanto poco precisi nelle loro indicazioni, esigenti fino all'eroismo, rivolti in primo luogo al cuore dell'uomo, alla sua buona volontà interiore, non pretendono certo di essere sanzionati. Sarebbe addirittura contraddittorio se pretendessero di essere sanzionati. Le sanzioni, infatti, non hanno alcuna influenza su colui che rinuncia a rivendicare i propri interessi e del resto indirizzare la propria condotta in un modo o in un altro, a seconda delle pene che sono minacciate o delle ricompense che sono promesse sul piano temporale dai giudici terreni, comporterebbe il divenire pienamente ingiusti e il violare l'ordine evangelico.

È proprio dell'essenza del diritto cristiano non essere sanzionato su questa terra. È questo il motivo per cui il diritto cristiano di origine divina può perfettamente coesistere con le leggi temporali di origine umana; i due diritti non possono contraddirsi e al limite non possono nemmeno incontrarsi, dato che non hanno il medesimo terreno di applicazione. L'uno «ci ordina di distogliere il nostro amore dalle cose temporali», l'altro invece assume proprio come oggetto queste realtà transitorie, il corpo, la fortuna, la famiglia, la libertà nel senso sociale dell'espressione. Che cosa importa al martire, che si situa sul piano della legge divina, che gli si tolga o che non gli si tolga la vita corporale? La legislazione di Cesare non ha alcuna importanza; e proprio perché non ha importanza può pure essere mantenuta in vigore. La sintesi di Sant'Agostino rivela appieno la sua coerenza proprio a questo livello spirituale; essa presuppone, nello stesso tempo, il rispetto e il disprezzo per le leggi temporali; implica l'indifferenza della perfetta giustizia cristiana ai beni terreni, dato che questa giustizia in linea di principio fa a meno di ogni strumento di costrizione. La vita cristiana è vita di libera scelta; è la vita dei monaci, dei fedeli che entrano liberamente nella Chiesa; l'ordinamento della città terrena è invece quello degli schiavi del peccato. Eppure la dialettica agostiniana non è rimasta sempre fedele a questo dualismo; ha cercato di superare pragmaticamente questa divisione e di saldare nuovamente le leggi umane con la legge di Dio.

c) *Lo Stato cristiano*.

Nel suo ardore di promotore della giustizia evangelica, Sant'Agostino doveva alla fine giungere ad elaborare una nuova concezione delle leggi temporali, riconciliate con la piena giustizia divina.

L'uso delle leggi dello stato al servizio della città di Dio è stato teorizzato inizialmente da Sant'Agostino con riferimento alla prima legge cristiana, la più importante di tutte e che costituisce il fondamento del codice della giustizia cristiana: la legge che concerne la fede e il culto. L'occasione si determinò con lo scisma donatista. In una serie di importantissime lettere, tra cui una delle più dense è la lettera 93 *a Vincenzo*, Sant'Agostino ha riassunto tutti gli argomenti in grado di legittimare, contro lo scisma e l'eresia, l'*appello al braccio secolare*. C'è una serie di argomenti scritturistici, tra cui il *compelle intrare* della parabola del festino, e la promessa fatta da Dio del trionfo e dell'espansione della Chiesa cristiana: come potrebbe realizzarsi questa espansione, in assenza dei mezzi dovuti? Il Medioevo

avrà una particolare predilezione per questi testi (un gran numero di essi si ritrovano nella causa XXIII di Graziano, in favore della guerra santa e della repressione dell'eresia). È vero che la fede e l'amor di Dio sono atti essenzialmente liberi e nessuno può propriamente esservi costretto; ma lo stato può e deve punire gli attentati alla solidità e all'unità della Chiesa cristiana ed anche indurre con la forza i *malvagi verso* l'atto di fede. Nei confronti della vera giustizia, la legge umana può essere considerata per lo meno un suo strumento.

D'una portata più generale sono i testi della *Città di Dio*, in gloria degli imperatori cristiani. Essi dovevano esercitare un'influenza altrettanto grande sul pensiero politico dell'alto Medioevo. Gli imperatori cristiani sono lodati, perché personalmente si comportano giustamente (nell'accezione cristiana del termine): «preferiscono dominare le loro passioni piuttosto che le nazioni», danno esempio di devozione (e la devozione è ormai il principale dovere del principe cristiano); Teodosio non si è vergognato di far penitenza nella Chiesa. Ma vanno lodati soprattutto perché «mettono la loro potenza al servizio della maestà divina, per estendere il più possibile il culto di Dio» e perché «Teodosio ha abbattuto le statue delle divinità pagane» e non ha cessato «di aiutare la Chiesa con leggi giuste e clementi contro gli empi» e perché fu misericordioso nella sua giustizia, secondo i comandamenti della legge cristiana.

Ne risulta che, in definitiva, l'ideale di Sant'Agostino è che le leggi umane si allineino alla giustizia cristiana. Questa non è una condizione necessaria della loro autorità; anche se riprovevoli, esse conservano pur sempre una scintilla dell'ordine divino e il cristiano è tenuto ad ubbidire ai loro precetti. Ma meglio ancora se esse sono giuste e nei limiti in cui la nostra intelligenza corrotta riesce ad aver dei lumi, essa non può che individuare come vera giustizia quella indicata dalla fede e dalla rivelazione cristiana. In precedenza, avevamo rimarcato la disinvoltura con la quale Sant'Agostino, discutendo nel *De libero arbitrio* il problema dell'elaborazione delle leggi temporali, aveva rifiutato di affrontarlo fino in fondo; ora siamo invece giunti a renderci conto di quale sia alla fine la sua risposta al problema.

L'«agostinismo politico» non è caduto in equivoco sulle intenzioni profonde del santo. Il suo più intimo desiderio è quello di condurre la comunità dei fedeli il più possibile lontano dall'antica città terrestre, è quello di darle rifugio nella città divina; è che la città terrestre divenga un preludio, o addirittura una copia, della città divina; e che questa possa progressivamente assorbire quella. E che il diritto divenga cristiano. Ecco l'ultima lezione di Sant'Agostino ai giuristi. È ovvio che Sant'Agostino non poteva trarre lui stesso dalla sua dottrina tutte le conseguenze rilevanti sul piano del diritto; le circostanze del tempo, la forza delle tradizioni pagane, l'inesistenza di una cristianità glielo avrebbero impedito. La costituzione di un diritto sacrale e di una teocrazia non potevano costituire, nel quinto secolo, che un sogno, una confusa speranza. Solo in epoche seguenti si rivelarono praticabili. E del resto Sant'Agostino non si interessa alla politica; non scende mai a questo livello. Non è un giurista, ma apre una nuova era nella storia del diritto.

Capitolo secondo
DA SANT'AGOSTINO A SAN TOMMASO

Non bisogna mai illudersi troppo sulla portata pratica della filosofia. L'esperienza ci dice che nessuna filosofia del diritto è riuscita a realizzarsi nella sua integralità; il diritto non ha mai raggiunto una forma corrispondente a quella ipotizzata da un sistema logico pensato secondo principi conseguenti. Per di più le dottrine sono tante e varie e molte di esse si mescolano reciprocamente, anche se i loro postulati sono contraddittori. Ci sono comunque epoche in cui il diritto acquista l'aspetto di un prodotto della ragione; così come ci sono filosofie che, per la loro serietà, la loro profondità, la loro capacità di rispondere ai bisogni di un gruppo sociale, divengono in un certo periodo la forma di pensiero dominante e danno un'impronta significativa al diritto. È stato questo il caso dell'aristotelismo nei rapporti col diritto romano.

È di *capitale importanza* per la storia del diritto il fatto che l'élite giuridica del Medioevo si sia formata nell'orbita della dottrina agostiniana e che a partire dal XII secolo, nei centri di studio dove si formavano legislatori e giudici, ci si sia progressivamente liberati da questa influenza.

I. *L'agostinismo giuridico*

L'influenza di Sant'Agostino sulla cultura ecclesiastica dell'alto Medioevo è troppo conosciuta, perché sia necessario insistervi. Il fatto è che si tratta di una cultura essenzialmente monastica e Sant'Agostino è per l'appunto un grande autore monastico; dato che i monaci medievali ignoravano il greco e si rifiutavano di fare letture profane, cosa restava loro all'infuori della Bibbia (che è la stessa fonte di pensiero di Sant'Agostino) e della patristica latina, di cui egli era il più illustre rappresentante e, spesse volte, anche l'ispiratore? Eginardo racconta che Carlomagno si faceva leggere, come un monaco, durante i pasti, pagine della *Città di Dio*. La maggior parte delle opere prodotte dal c.d. rinascimento carolingio è un mosaico di citazioni di scuola agostiniana. E analoga cosa potrebbe dirsi delle *Sententiae* di Pietro Lombardo, il grande manuale di teologia scritto in pieno XII secolo ... (per altro, non bisogna credere al pregiudizio diffuso, secondo cui non ci sarebbe stata cultura nell'alto Medioevo; è che si è trattato di una cultura molto diversa dalla nostra).

È comunque evidente che non tutto il diritto medievale ha risentito di queste trasformazioni culturali; rimangono influenze del diritto romano, consuetudini ed usi popolari; fenomeni che avevano ogni diritto a sopravvivere anche in una cornice di riferimento di tipo agostiniano. Ma che cosa è il diritto, se non soprattutto il pensiero attuale di una élite organizzatrice in ordine a ciò che *deve* costituire l'ordine sociale? I tratti nuovi e predominanti del diritto della società cristiana del Medioevo portano il segno dell'influenza di Sant'Agostino. Nella nostra epoca ci riconosciamo a mala pena in queste istituzioni nuove, sorte nel Medioevo; il fatto è che esse scaturiscono da un concetto delle fonti, degli ambiti e dell'oggetto del diritto che continua a sconcertarci.

1. *Fonti del diritto*

Una società educata nello spirito agostiniano è convinta che l'unica, autentica fonte del diritto sia la Sacra Scrittura. Sarà sufficiente qualche esempio per dimostrare come questo presupposto sia alla base del diritto medievale.

Ci si occupa piuttosto poco, nei manuali di storia del diritto, del diritto monastico. Eppure la categoria dei monaci, come classe sociale, non era di certo meno numerosa, né meno influente, di quella nobiliare o borghese. E il diritto monastico spesso è servito da modello agli altri diritti e fu comunque il terreno di elezione della messa in pratica della giustizia cristiana.

Sant'Agostino sta alla radice del primo slancio del monachesimo in Occidente. Nel monachesimo egli ha vissuto e nel monachesimo egli ha visto, al momento della sua conversione, la forma normale della vita cristiana. Si spiega così perché egli fu uno dei legislatori del diritto monastico.

Si sa quanto siano numerose le *regole* monastiche occidentali ispirate a Sant'Agostino e che, nell'VIII secolo, dovevano essere codificate da San Benedetto d'Aniane. Scegliamo la più celebre, la *Regula Benedicti* del VI secolo, che contiene non meno di 43 citazioni dalle opere agostiniane. Quale è la fonte dell'ordinamento giuridico di un monastero benedettino?

Basta leggere la Regola: vi possiamo contare 30 citazioni dal Vangelo di San Matteo, 13 da San Luca, 48 dalle epistole paoline e molte altre tratte dai Salmi o da altri libri dell'Antico Testamento: «L'abate non deve insegnare, stabilire o ordinare nulla di ciò che si allontani dai precetti del Signore» (c. 2). «C'è una pagina, c'è una parola di autorità divina nell'Antico e nel Nuovo Testamento che non sia una regola certissima per la condotta della nostra vita?» (c. 73). Alcuni storici hanno ritenuto di poter sostenere che l'autorità assoluta dell'abate sarebbe stata pensata ad imitazione del potere del *pater familias* romano e poi del signore dell'epoca feudale. Si è fatto riferimento alla provenienza romana di San Benedetto e alle strutture dell'economia rurale: un punto apparentemente a favore della scienza storica moderna e del materialismo storico. Ma il de Vogué non ha avuto difficoltà a dimostrare che il diritto monastico non è in alcun modo debitore né di Roma né dell'economia; semplicemente, esso ha preso come modello le regole dei monaci egiziani e, attraverso queste, è risalito al Vangelo. Analogamente, l'autorità dei *decani* non imita affatto le usanze dell'esercito romano, ma si riconnette all'organizzazione del popolo di Israele in marcia verso la terra promessa, secondo la narrazione dell'Antico Testamento. L'unica ragion d'essere dell'istituzione monastica è quella di regolamentare la vita sociale secondo l'insegnamento del Cristo. Quando, nel corso del Medioevo, ci si impegnerà nella riforma della vita monastica, si citerà spesso questo assioma: «la vera regola è il Vangelo».

Passiamo all'ordinamento che concerne l'insieme dei fedeli della Chiesa cattolica. Non è questo il luogo per seguire, a partire dalle origini, la storia del primato della Sacra Scrittura come fonte del diritto canonico, né per rintracciare la presenza nelle grandi raccolte di norme giuridiche dei testi biblici e di quei commenti alla Sacra Scrittura che sono in definitiva i testi patristici. Limitiamoci alla più illustre e alla

più recente di queste grandi collezioni, il *Decreto* di Graziano, del XII secolo. Nelle prime *distinctiones*, che contengono la teoria delle fonti del diritto, venticinque canoni sono tratti da Sant'Agostino (è la fonte più corposa, se si eccettuano le citazioni tratte da Isidoro di Siviglia). Nel corso di questo trattato un punto sottolineato in continuazione è quello della sovranità della Scrittura. Il «diritto naturale» è «contenuto» nella Bibbia ed è riassunto nella regola d'oro del Vangelo (*fa' agli altri...*) secondo quello che è l'insegnamento di Sant'Agostino, ed ha il primato su ogni altra fonte.

Certamente esistono anche i *mores*, le istituzioni di fatto, verso le quali Sant'Agostino impone altresì l'ubbidienza, ma in modo sussidiario: «Infatti Dio ha detto: lo sono la verità e la vita; egli non ha detto: io sono la consuetudine». Consuetudini e leggi umane hanno validità solo in caso di silenzio da parte dei testi rivelati: «in his rebus quibus nihil certi statuit divina scriptura, mos popoli Dei et instituta majorum pro lege tenenda sunt». Quanto al resto, alle citazioni esplicite della Sacra Scrittura si aggiunge il florilegio dei testi che l'interpretano, che l'applicano e che hanno progressivamente dedotto dalla legge divina un sistema di organizzazione sociale: si tratta degli scritti dei Padri della Chiesa, in primo luogo; essi sono la fonte accessoria più rilevante, perché le opinioni dei Padri «sono piene della grazia dello Spirito Santo» e «si rifanno alla testimonianza della legge divina». Vengono poi i Concili, perché il Cristo ha promesso di essere in mezzo ai fedeli che si radunano nel suo nome; quindi le Decretali dei papi, perché proclamano il contenuto della legge divina. In Graziano, la funzione dei papi ancora non è legislativa, ma essenzialmente giudiziaria: essi proclamano il diritto, ne stabiliscono le applicazioni, come voleva Sant'Agostino, adattandolo alle circostanze mutevoli della storia temporale, ma non saprebbero né potrebbero aggiungere o togliere alcunché alla legge divina. «Alle decretali emanate da tutti i vescovi bisogna preferire la Sacra Scrittura»; se una decretale è contraria *evangelicis praeceptis* va annullata 14. Graziano non si pone mai il problema di una legislazione innovatrice, ma solo quello del rispetto di un messaggio immutabile, che ha la sua fonte nel Vangelo e che va di preferenza dedotto dalle fonti più antiche.

Il decretista Etienne di Tournai, nella prefazione alla sua opera, spiega tutta l'opera di Graziano col desiderio di restaurare, contro l'ignoranza e gli errori di origine umana, lo *jus divinum*. Il Medioevo ha pensato il diritto canonico come fondato direttamente sulla rivelazione divina.

Ma il diritto canonico, nella visione delle classi dirigenti, non era solo il diritto dei chierici; era il diritto di tutti i fedeli. San Paolo comandava ai cristiani di non ricorrere più ai tribunali dello stato e Sant' Agostino ribadisce questa proibizione. Quando l'istituzione imperiale, dopo una lunga concorrenza con la Chiesa, degenera nel X secolo e infine cede all'epoca di Gregorio VII alla crescente ostilità ecclesiastica, i chierici arriveranno a sostenere la *competenza universale del diritto canonico*. Il fatto è che la società del tempo, nella sua totalità, ammette che la fonte suprema del diritto è la Sacra Scrittura, di cui i chierici sono gli interpreti.

Certo, esistono nel Medioevo altri diritti oltre a quello canonico: ci sono gli ordinamenti dei gruppi inferiori, delle signorie, delle corporazioni, delle comunità, delle famiglie, dei feudi. Ma è lecito dubitare che il termine diritto sia adeguato a indicare l'ordinamento interno di questi gruppi, almeno se si dà a «diritto» il suo significato tradizionale. In ogni caso, questi diritti di ordine inferiore, che i chierici rifiutavano di studiare, sono, secondo la dottrina del tempo, subordinati al diritto della Chiesa.

Ciò che c'è di più vivo nel diritto medievale, le istituzioni più innovative e significative, quelle che sono vero *diritto* e non mero *fatto*, ci sono presentate come dedotte dalla Sacra Scrittura. Succede così fin dall'epoca del rinascimento carolingio e dato che il Vangelo è ben povero di riferimenti al diritto, si sfruttano tutte le risorse dell'interpretazione simbolica e si attinge all'Antico Testamento. La nozione stessa di potere, l'idea dello stato, i principi dell'intero diritto pubblico, non hanno altra radice teorica: per avere un'idea dell'epoca, basti consultare il trattato di Giona d'Orléans, un mosaico di testi patristici, tutto impregnato di agostinismo e ricco di 92 citazioni dalla Scrittura. Vi si vede la monarchia carolingia costituita sul modello di quella di Davide e di Salomone. Più tardi anche la sovranità del papa sarà dedotta dalla Scrittura (*Tu es Petrus*). La consacrazione, l'incoronazione, i giuramenti, la guerra santa, le istituzioni di pace, la decima, i privilegi dei preti, i delitti, lo statuto dei poveri, delle vedove e degli orfani, il matrimonio, la potestà maritale, l'incesto, l'usura, il numero dei testimoni ... per quanto tutti questi punti siano ben noti, ho l'impressione che la nostra storia del diritto presti loro poca attenzione. Il materialismo storico non solo tende a misconoscere le vere fonti del diritto monastico, ma rifiuta di prendere in considerazione le argomentazioni scritturistiche dei giuristi medievali. Se il Medioevo riconosce il matrimonio come fondato sul consenso, è perché tale è l'insegnamento del Vangelo in ordine al matrimonio della Vergine e di San Giuseppe; è proprio a questo tema che Graziano dedica una delle sue analisi più esplicite. Alla teologia (che resta fino al XII secolo avanzato indistinta dal diritto canonico) spetta l'elaborazione di questo nuovo ordine sociale. La chiave è la dottrina di Sant'Agostino.

2. *Ambito e natura del diritto*

Solo la dottrina agostiniana ci consente di giungere alla comprensione di un regime sociale, che le categorie speculative moderne o quelle dei giuristi romani non sono in grado di concepire. Una cosa è il diritto che realizza la nozione biblica di *giustizia*, un'altra è quello che si fonda sull'insegnamento aristotelico.

Non c'è bisogno di sottolineare quale opposizione radicale separi lo spirito del diritto romano e lo spirito del diritto monastico. Nel monastero non c'è proprietà privata, non ci sono beni da distribuire, non c'è un *suum cuique*, ma solo l'armonia sociale fondata sull'umiltà, sull'amor di Dio, sulla carità. Nella Regola di San Benedetto, si legga il capitolo 31, sul *cellararius* (che è l'economo del monastero benedettino): non vi si troverà menzione di distribuzione proporzionale, né di scambi simmetrici, ma solo di dolcezza, di buon umore e di gratuita generosità.

Quanto al *diritto canonico*, almeno fino al XII secolo (fino a quando, cioè, non è stato investito dallo spirito del diritto romano), anch'esso non è affatto orientato verso la distribuzione rigorosa dei beni. In Graziano c'è ancora molta morale, molte questioni di pietà, di dolcezza e di fraternità; molta considerazione per le intenzioni (si veda ad es. come Graziano tratta il diritto di guerra). Si parla poco di rigore, molto di benevolenza e di misericordia.

Tutta la società del tempo si sforzava di costruirsi sul fondamento della nozione agostiniana di giustizia. Che cosa è la *giustizia* per Carlomagno, per quei *missi dominici* che egli manda attraverso il suo impero, o per un teorico della funzione imperiale, come fu Giona d'Orléans? È forse la misura di ciò che è mio e di ciò che è tuo? «La giustizia del re ... consiste nel difendere gli stranieri, le vedove e gli orfani ... nel non favorire gli ingiusti e gli impudichi ... nel difendere le chiese e nel nutrire i poveri con elemosine ... ecc.».

I trattati di diritto e di politica assumono in quest'epoca la forma di sermoni, di ammonizioni pastorali (*De institutione regia*); il contenuto del diritto viene a riempirsi di indeterminate obbligazioni di coscienza. Ad esempio, l'ordinamento feudale si fonda sul vago concetto di «fedeltà», le cui applicazioni pratiche non tollerano di essere esattamente misurate; quando si comincia a redigere un catalogo degli obblighi del vassallo, significa che il sistema ha cessato di funzionar bene. Nel Medioevo i tribunali vescovili si intrufolano nella vita privata delle coppie. La funzione giudizi aria è in sé misericordia: non ha come suo primo compito, più che dare a ciascuno il suo, quello di aiutare i poveri, le vedove e gli orfani? Scopo delle leggi è quello di servire la Chiesa, indurre il popolo all'esercizio delle virtù, alla «rettitudine», al rispetto della legge divina. C'è una preponderanza del diritto penale e, all'interno del diritto penale, dei delitti di carattere religioso: l'eresia, la blasfemia, lo spergiuro, i peccati contro il Decalogo. Questi delitti ricevono una sanzione imperfetta da parte dell'ordinamento positivo, che non può che prendere in considerazione le azioni esterne dell'uomo; ma la loro vera sanzione proviene, così come si pensava da parte del popolo di Israele, dalla giustizia immanente di Dio: Rousset ha mostrato molto bene qual ruolo avesse, in quest'epoca, l'attesa delle punizioni divine, le carestie, le epidemie, le sconfitte militari, o delle sue ricompense, la vittoria e la prosperità economica.

Il diritto diviene morale e morale di carità. Questo è un effetto dell'influenza agostiniana. L'ordine sociale si pretende fondato sulla rettitudine delle intenzioni morali, più che sulla giustizia obiettiva, matematicizzante di Aristotele. E poiché è l'uso linguistico quello che determina il significato delle parole, almeno per lo storico, in questa società la parola *diritto* non significa altro che questo sforzo di adeguamento alla legge divina, riconosciuto universalmente dall'élite dirigente, come la vera norma direttiva della vita sociale.

II. *La rivoluzione scolastica*

La concezione del diritto che abbiamo appena descritto non fu mai *assolutamente* vittoriosa, nemmeno all'epoca di Carlomagno, di Gregorio VII o di San Bernardo. E a partire dal XII secolo, comincia lentamente a perdere la sua egemonia, in

concomitanza con una rivoluzione che influenza la cultura di tutta l'Europa e che induce un cambiamento profondo nella visione del mondo e nei sistemi giuridici. Va ammesso senza difficoltà che questa nuova visione del mondo dipende in gran parte, come sostengono gli storici del sociale e dell'economia, dalle nuove condizioni economiche e dalla rinascita del diritto romano.

1. *La rinascita del diritto romano e gli inizi della scuola di Bologna*

Al tempo della riforma gregoriana e secondo la legislazione fondamentale in materia di istruzione pubblica di Carlomagno, tutte le scuole sono, in linea di principio, ecclesiastiche, cioè monastiche o episcopali; e devono avere come principale oggetto di studio la Bibbia e gli scritti dei Padri. Questo è ciò che succede normalmente in Francia. Ma in Italia, a Bologna, a partire dalla fine dell'XI secolo, nasce un centro di studi gestito da laici e i cui programmi non hanno nulla di teologico.

Sono numerosi gli studi sulla rinascita del diritto romano nel Medioevo. Il fenomeno è certamente straordinario: come si è potuta determinare questa rinascita di studi profani, in un'epoca così influenzata dall'agostinismo? Sappiamo bene che la dottrina giuridica di Sant'Agostino non proibisce il ricorso a testi romani e che lascia spazio alle leggi temporali. Non c'è nemmeno incompatibilità profonda tra la Chiesa e il diritto romano, anzi, il contrario: *Ecclesia sub romana lege vivit*. La Chiesa romana ha trasmesso alla posterità i testi giuridici romani; parecchi papi dell'epoca carolingia (e soprattutto Nicola I) ne hanno raccomandato l'uso. E del resto le compilazioni giuridiche romane passarono a lungo nel Medioevo per opera di quegli imperatori cristiani, di cui la stessa *Città di Dio* aveva sottolineato la funzione sacra. Il *Codex* si apriva con l'invocazione alla Santissima Trinità; l'immagine di Giustiniano figurava sulle vetrate delle cattedrali. Si spiega quindi come i glossatori per molto tempo abbiano presentato il loro lavoro in questa prospettiva, sotto l'egida del cristianesimo.

Ma questa consonanza sembra spezzarsi quando nasce la scuola di Bologna: l'agostinismo dell'XI secolo è troppo rigoroso, per cedere a mezze misure. Che si scelga tra la legge di Cristo e la legge di Cesare; la legge di Cesare è l'imperatore che la rappresenta ed è la causa imperiale che essa sostiene. In pieno XII secolo, alla dieta di Roncaglia (1158), l'imperatore Federico Barbarossa patrocina il diritto romano; ma da un punto di vista dottrinale il partito imperiale non ha a suo favore lo spirito del tempo e la maggioranza dell'élite dirigente italiana non gli è favorevole. Come è stato messo in evidenza dal Le Bras, gli uomini del partito gregoriano espungono consapevolmente dalle loro collezioni giuridiche i testi romani. Lo stesso Graziano, in piena consapevolezza (dato che viveva a stretto contatto con la scuola di Bologna), si attiene alla consegna gregoriana di sospetto verso il diritto romano; egli non gli riconosce in linea di principio che un'autorità sussidiaria e, in pratica, non accoglie nel suo Decreto alcun testo tratto dal *Corpus Juris Civilis*. Coloro che nella Chiesa resteranno fedeli all'agostinismo saranno sempre ostili al diritto romano: si considerino, ad es., le invettive di San Bernardo o di Ruggero Bacone e le reazioni popolari. Il popolo, per molto tempo, rimase dalla

parte della rettitudine evangelica (che esso designava in lingua volgare col termine *diritto*) contro le arguzie dello jus, cioè del diritto romano, che i giuristi avevano studiato a Bologna.

Per quanto grande sia la simpatia che provo per la storia filosofica, non posso fare a meno di sottolineare, per giustificare la nascita della scuola bolognese, un insieme di necessità pratiche, e di ricordare le insufficienze di un sistema giuridico fondato sulla giustizia cristiana, gravato dal difetto di essere troppo vago e insieme troppo esigente. Carità, pietà per i poveri, purezza di cuore, fedeltà: sono cose generiche e nello stesso tempo troppo impegnative per l'uomo comune. Ci si deve chiedere se il meraviglioso ideale del diritto cristiano medievale non sia sfociato, in pratica, nell'anarchia, nella violenza, nel disordine e nell'ingiustizia. Prescrivere a chi presta di prestare gratuitamente e senza interesse, perché questo è ciò che esige la carità, comporta, se i ricchi la carità non la sentono, che i poveri siano privati di ogni credito. Imporre il consensualismo, dato che il Vangelo predica la veridicità, significa distruggere le basi del commercio; strutturare il matrimonio come fondato sul solo consenso degli sposi comporta il moltiplicarsi delle bigamie; raccomandare il disprezzo della proprietà e il disarmo fa moltiplicare i briganti e i conflitti privati. Perfino il diritto monastico di solito è fallito per eccesso di ambizione morale; perfino i monaci si danno, contro la loro regola, delle *consuetudines*.

Il diritto cristiano poteva bastare a comunità rurali, patriarcali, alle grandi famiglie, a piccoli gruppi feudali. Ma nell'Italia del Nord dell'XI secolo, si rivoluzionano i commerci e rinascono le città; riprendono i traffici, i contratti; si formano grandi patrimoni individuali. Nasce il bisogno di fissare misure rigorose sulla proprietà e sulle conseguenze delle obbligazioni contrattuali; nasce il bisogno di stabilire il confine tra il mio e il tuo. Allo stesso modo, i grandi stati alla lunga non potranno fare a meno di definire le competenze dei loro funzionari. E solo il diritto romano era in grado di assolvere a questo compito. È questo il momento in cui, sotto l'usbergo dell'Impero cristiano, ma in profonda opposizione all'agostinismo giuridico, nasce la scuola bolognese.

I progressi della nuova scienza giuridica fondata sul *Corpus Juris Civilis* sono stati rapidi. All'inizio le nuove metodiche hanno conquistato i funzionari municipali, ma in seguito e già nella seconda metà del XII secolo, esse irrompono anche nel diritto canonico: la Chiesa comincia a sentire il bisogno di organizzarsi, di organizzarsi alla maniera dei romani; e del resto anche i suoi funzionari devono soddisfare i bisogni pratici della nuova borghesia e del commercio nuovamente fiorente. Ancora più tardi, saranno i sovrani a recepire il diritto romano, prendendo alloro servizio i giuristi.

La scienza del diritto romano ha alla propria base una specifica filosofia del diritto, affidata ad alcuni testi, poco numerosi, ma pieni di significato, in cui si condensano i risultati della filosofia classica del diritto. Non è inutile osservare che i glossatori hanno rimesso in circolazione, per esempio, la definizione della *giustizia* propria dei classici: la giustizia per essi consiste nel dare a ciascuno il suo; è esattamente la nozione greca, contraria e opposta a quella biblica, e che mancava nel Decreto di Graziano. In un mondo abituato alla definizione sacrale del diritto

naturale, esplicitata fin dalla prima riga del Decreto di Graziano (il diritto naturale come quello «contenuto nelle Scritture»), i glossatori fecero conoscere le definizioni di Ulpiano e di Paolo.

Questo tipo di testi è trattato con la più grande indifferenza dalla maggior parte dei romanisti attuali. I glossatori non avevano manifestato, invece, una simile noncuranza. Si è sorpresi nel constatare con quanta attenzione, con quanta precisione meticolosa i glossatori abbiano commentato le nozioni romane d'equità, di diritto naturale, di giustizia, di scienza del diritto. Ed erano anche capaci - tanto ricche sono le loro glosse - d'andare ad attingere negli ambiti di discipline contigue (per esempio nel pensiero di Cicerone, trasmesso dai grammatici) un aiuto essenziale per la comprensione dei testi giuridici.

Questo materiale doveva ben presto essere recepito dai canonisti. Conquistati, subito dopo Graziano, dalla nuova scienza giuridica, i decretisti cominciarono a giustapporre, a confrontare, a conciliare la definizione sacrale canonica del diritto naturale coi testi di Ulpiano, di Paolo e spesso anche di Cicerone. Ne nacquero dubbi sull'origine sacrale del diritto, sulla capacità dei testi evangelici ad essere utilizzati come testi giuridici nei tribunali secolari.

Non insisteremo nello studio delle glosse e delle dottrine dei giuristi: il pensiero dei teologi ha ben altro vigore. Per la filosofia del diritto i teologi hanno a disposizione fonti ben altrimenti ricche e di superiore qualità e comunque non mancano di tener conto nelle loro tesi dei nuovi testi che lo studio dei giuristi veniva mettendo in rilievo. Nel Medioevo le facoltà erano meno chiuse in se stesse di quanto non lo siano al giorno d'oggi; l'interscambio culturale tra di esse era rilevante. È questo il motivo per cui mentre la Sorbona di oggi ci serve a poco e poco comprende il mondo attuale, quella medioevale si è rivelata perfettamente funzionale al mondo del diritto.

2. *La rinascita della filosofia*

Nel XII e nel XIII secolo, la cristianità occidentale è stata un centro di studi di prodigiosa vitalità. Si sa che il cuore degli studi filosofico-teologici non fu a Bologna, ma a Parigi e in qualche altra capitale universitaria. Queste città furono il centro non di insegnamenti conformisti, ma di violente lotte dottrinali, che nello spazio di due secoli operarono, sotto il controllo della Chiesa, una decisiva metamorfosi della cultura europea. Dobbiamo ora riassumere questi progressi, queste reazioni e il ruolo dell'arbitrato pontificio, tutti i fattori, cioè, che resero possibile il passaggio dall'agostinismo giuridico alla dottrina di San Tommaso.

a) *La metamorfosi degli studi.*

Agli inizi del XII secolo, la vita scolastica era ancora conforme agli ordinamenti dell'epoca carolingia: le scuole sono tutte sotto il controllo dei vescovi e degli abati. Quanto ai programmi, si seguono fedelmente le direttive agostiniane. I loro fondamenti recepiti a volte letteralmente, come ad es. da Rabano Mauro o da Ugo di San Vittore) sono tratti dal *De doctrina christiana* di Sant'Agostino: lo studio ha per oggetto l'intelligenza delle grandi verità di fede, deve tendere alla meditazione

mistica e, al di là della mera saggezza, alla massimizzazione della carità; e comunque la teologia resta regina di ogni altra disciplina.

Questo è il fine degli studi; ma Sant'Agostino era troppo colto per non consigliare, almeno in funzione strumentale, le *arti* della cultura pagana; raccomandava, come ausiliario alla lettura dei libri sacri, lo studio delle lingue, della grammatica, della logica, perfino dell'aritmetica (che serve all'interpretazione dei numeri e del loro significato allegorico nella Sacra Scrittura). Viene raccomandata perfino, nel medesimo spirito, la conoscenza della storia naturale. I cristiani devono saper risolutamente trarre profitto dalle scienze pagane, così come gli ebrei, partendo verso la Terra promessa, si sono giovati delle «spoglie degli egiziani», senza mettere in esse il loro cuore, ma traendone ogni vantaggio. È in questa prospettiva che le scuole carolinge avevano desunto da Cassiodoro la lista delle *sette arti* liberali.

I monaci dell'abbazia di Bee o di San Benedetto di Fleury, Lanfranco, Anselmo e più tardi Ugo di San Vittore e lo stesso S. Bernardo, rimasero sempre fedeli allo scopo assegnato agli studi da Sant'Agostino: la contemplazione mistica. Peraltro, è proprio lo sviluppo delle *arti*, soprattutto nelle scuole cittadine, a caratterizzare la «rinascita del XII secolo»: si tratta in primo luogo della grammatica, cioè della conoscenza degli autori dell'antichità profana, dei commenti a Platone, a Cicerone, ai poeti latini, in quell'intenso fervore umanistico che si ebbe a Chartres nel XII secolo; quindi della *dialettica*, soprattutto a Parigi, con Abelardo, il cui progresso è legato alla rinnovata conoscenza delle opere aristoteliche e soprattutto dei *Topici* e che venne a costituire la cosiddetta *logica nova*. Grammatica e dialettica figurano nel corso degli studi a titolo, in principio, solo ausiliario; la dialettica, di matrice essenzialmente aristotelica, è uno strumento, l'*organon*. Abelardo l'usa per l'intelligenza del dogma e ne riassume le regole principali nella prefazione del *Sic et non*, in cui egli fonda il metodo scolastico; Graziano se ne serve metodicamente nel suo Decreto per meglio comprendere i canoni e riconciliare le opinioni apparentemente contraddittorie, al servizio della giustizia cristiana. Così, nei primi commentari dei decretisti e in parte nello stesso Graziano, il diritto romano ha mantenuto un ruolo ancillare; ci si limita a chiedergli delle *definizioni* ed esso serve fondamentalmente all'interpretazione dei testi giuridici della Chiesa.

Si è soliti parlare di *rivoluzione scolastica*, causata dallo sviluppo *autonomo* delle scienze profane, che vengono nuovamente assaporate e studiate per esse stesse e che tendono a fuoriuscire dall'ambito della teologia rivelata. Questo fenomeno corrisponde (contro lo spirito dell'agostinismo) ad una rinnovata confidenza nel potere della conoscenza naturale.

Già nella scuola di Chartres si studiava con passione la filosofia di Platone, che sull'autorità di Sant'Agostino veniva ritenuto un profeta del cristianesimo (così come i glossatori vedevano nel *Corpus Iuris civilis* un'opera di ispirazione cristiana). Nella scuola di Chartres si assiste al rinascere dell'interesse per Virgilio, Ovidio, Cicerone, per la morale stoica. A Parigi, invece, Abelardo era messo sotto accusa per aver abusato della dialettica, nella pretesa di comprendere razionalmente la Trinità, invece di limitarsi ad ascoltare la voce del Vangelo.

Ma nel XIII secolo, la rinascita delle arti profane si fa tumultuosa ed investe le istituzioni: al posto delle vecchie scuole sottomesse alle diocesi, esplodono le *università*, che non sono soggette a controlli vescovili. Quanto ai metodi, alla *lettura* degli autori, che costituiva la base dell'insegnamento medievale, e alla *glossa* dei testi, si aggiungono le *quaestiones*, in cui il maestro affronta un tema di sua scelta e osa discuterlo, confrontando un'autorità con un'altra, aiutandosi per di più con *argomenti razionali*: nascono le sintesi audaci delle *summae*.

Nasce una forte curiosità per la ricerca dei manoscritti della letteratura antica, che i monaci dell'alto Medioevo avevano sacrificato. Il gusto di queste riscoperte si riscontra già a Chartres e a Parigi al tempo di Abelardo, ma viene facilitato dai contatti che si aprono con la Spagna e con gli Arabi, in quel centro di intensi studi e traduzioni che fu Toledo nella seconda metà del XII secolo; né va dimenticata la Sicilia dell'epoca di Federico II o Bisanzio all'epoca della quarta crociata. In tal modo vengono a mescolarsi dottrine arabe con dottrine neoplatoniche e cresce continuamente l'influenza di Aristotele, non limitata più soltanto alla *logica*, che era da tempo considerata un valido strumento del pensiero cristiano; anche la *filosofia* (la metafisica, la psicologia, la fisica, la storia naturale, la dottrina morale e politica) acquista un'assoluta rilevanza. Il momento decisivo è quello in cui alla scienza pagana non si chiede più un aiuto strumentale, ma delle soluzioni; è quello in cui le «arti» cessano di essere ausiliarie e in cui la «filosofia» si congiunge con la grammatica e la dialettica.

Ed ecco che i teologi (la cui disciplina resta formalmente al vertice degli studi) nelle loro *questioni* e nelle loro *somme* cominciano ad introdurre progressivamente la filosofia, mettendosi a *leggere* e a *glossare* i filosofi. Si pensi a Guglielmo d'Auxerre, a Guglielmo d'Auvergne e (ben più diffidenti, come in genere saranno i francescani) ad Alessandro di Hales, all'oxfordiano Roberto Grossatesta e perfino a San Bonaventura: si può seguire nelle loro opere la penetrazione di una sintesi di neoplatonismo e di filosofia aristotelica (combinata a sua volta coll'agostinismo). In pieno XIII secolo, nella dottrina di Alberto Magno, si afferma il primato di Aristotele. Nella Facoltà delle Arti, in cui le letture quotidiane della Bibbia e dei Padri della Chiesa non costituiscono più uno sbarramento sufficiente, si va ancora più in là: un gruppo di docenti, contemporanei di San Tommaso, si professano averroisti e teorizzano l'eternità dell'universo e il monopsichismo, mandando così in frantumi i confini dell'ortodossia cristiana.

b) *Reazioni e politica universitaria dei papi.*

La vita universitaria medievale è tutt'altro che pacifica. L'inserimento nei programmi della filosofia, in palese contrasto col tradizionale programma di studi, suscita reazioni violente. San Bernardo aveva fatto perseguitare Abelardo; allo stesso modo gli integristi del XIII secolo si comportano nei confronti dei partigiani della filosofia. Si tratta di maestri secolari legati alla tradizione e di francescani, che diffidano dell'intellettualismo a causa dello spirito proprio del loro ordine: ricordiamo Ruggiero Bacone e soprattutto San Bonaventura, divenuto anche generale del suo ordine, e in seguito Giovanni Peckam. A Platone e ad Aristotele essi

oppongono la Bibbia; alle nuove summae, contaminate di dottrine pagane, le sentenze di Pietro Lombardo; alle nuove dottrine dei «maestri» l'*autorità* di Sant'Agostino. Si polemizza anche sulle stesse modalità che vengono acquistando gli studi. Si stigmatizza la vanità dei metodi della *scolastica*, con le sue *disputationes*, le sue *quaestiones* che non chiamano in causa altro che le facoltà intellettuali; si predica il ritorno all'antica *lectio* monastica, rispettosa dei testi e protesa alla meditazione mistica; all'orgogliosa filosofia si oppone l'umile grammatica, fedele ancella della Scrittura. Le controversie non sono solo giostre oratorie. Il grande secolo dell'Università di Parigi si era aperto con la proibizione di leggere i *libri naturales*, cioè la filosofia di Aristotele: queste furono le decisioni del Concilio di Sens del 1210. E si chiude con la famosa condanna parigina del 1277 di un centinaio di tesi tratte da Aristotele (tra le quali c'erano molte tesi tomiste) e dei maestri che le professavano.

In questo ribollire di controversie, fu decisivo l'intervento del papato. Il papa è il custode della fede cristiana e il patrono e il capo dell'università. Ora, i papi del XIII secolo assolvono ai loro compiti con esemplare prudenza. Merita che sia sottolineato il fatto che essi non furono mai indifferenti a nessuna questione di teoria filosofica anche se in sé piuttosto astratta. È ben improbabile che il nostro Ministro della Pubblica Istruzione si preoccupi di studiare Sartre o di ciò che si insegna alla Sorbona nei corsi di filosofia, anche se tutto ciò ha di sicuro notevoli ripercussioni, magari attraverso il canale cinematografico, sulla morale giovanile. Nel Medioevo l'autorità è consapevole che lo stesso destino dell'Europa entra in gioco nelle dispute universitarie (è vero però che esse erano allora più vive e autentiche). L'averroismo, quando insegnava la dottrina dell'eternità del mondo, minacciava le basi del culto e della fede comune; se avesse trionfato la tesi del monopsichismo, forse saremmo divenuti fatalisti come i musulmani e la nostra morale individualistica non sarebbe mai nata; la posta in gioco nella lotta tra Aristotele e Sant'Agostino era la scelta tra due giustizie, due forme di diritto e due regimi sociali.

In secondo luogo, la politica dei grandi papi del XIII secolo è notevolmente costruttiva. La si paragoni al comportamento di Pio IX: all'epoca del Sillabo, il liberalismo moderno (di cui è possibile solo oggi misurare tutte le conseguenze) non era un pericolo meno grave dell'averroismo medievale per l'ordine e la giustizia sociale e non era meno avverso di questo alla fede cristiana. Pio IX è intervenuto con pesanti condanne, che hanno spesso fallito il loro scopo; i papi del XIII secolo, invece, hanno assunto un atteggiamento ben diverso, né negativo, né dogmatico. A dispetto dei nostri pregiudizi non c'è nulla di più contrario al dogmatismo dell'intelligenza medioevale, rispettosa della trascendenza, cosciente della debolezza di tutte le opinioni umane, dialettica e pronta ad accettare la contraddizione.

Di fronte alla riscossa delle scienze profane, il papato medievale si muove con diplomazia. Sulle prime i papi cercano di limitare lo studio del diritto romano e di distogliere i chierici, e soprattutto i monaci, dall'affrontarlo. Giungono anche a proibire ai monaci l'Università di Parigi. Ma poi, in definitiva, arrivano a favorire questo genere di studi.

Lo stesso accade per l'aristotelismo. Il legato Roberto di Courçon nel 1215, poi Gregorio IX nella Bolla *Parens scientiarum*, la carta dell'università parigina, del 1231, rinnovano la proibizione dell'insegnamento delle opere filosofiche aristoteliche, già decretata nel concilio di Sens nel 1210. Ma nel testo pontificio questa misura non è più presentata come definitiva; Gregorio IX si limita a proibire la lettura dei *libri naturales (libris illis naturalibus qui in concilia provinciali ex certa causa probibiti fuere Parisiis non utantur)* solo a titolo provvisorio (*quo usque esaminati fuerint et ab omni errorum suspitione purgati*). E si tollera ben presto che la proibizione venga di fatto messa tra parentesi, come è dimostrato dall'insegnamento di Ruggiero Bacone, dal regolamento della «nazione» anglosassone dell'Università di Parigi del 1252, e dallo statuto della facoltà delle arti del 1255. La politica pontificia non è quella di opporsi ai progressi della scienza profana, ma di controllarla. La Santa Sede sembra anticipare alcune tipiche posizioni tomiste, per le quali si può e si deve dar fiducia alla conoscenza naturale (che non può contraddire la rivelazione avendo in fin dei conti anch'essa origine divina), che comunque sarebbe vano cercare di arrestare: si deve però sottomettere tale conoscenza al controllo della fede, dato che essa è fallibile e che spesso i filosofi, o almeno la maggior parte di essi, cadono in errore. Pertanto i papi, non solo non proibiscono gli studi filosofici, ma ne promuovono l'approfondimento; contro i commenti arabi e contro le tesi avventurose di alcuni maestri parigini, essi si appellano ad Aristotele, fiduciosi che la lettura del suo testo autentico non può indurre in simili errori, e ad altri maestri di fede e dottrina indiscutibile. È per questo che Alessandro IV fa venire a Roma Alberto Magno e che Urbano IV, a più riprese, chiama presso di lui San Tommaso, per dargli un incarico molto rilevante: non una confutazione di Aristotele, né un rifiuto della sua filosofia, ma una *sintesi* di Aristotele e della fede cristiana; una sintesi di cui solo Tommaso era capace.

c) *Le conseguenze per la filosofia del diritto*.

Le opere di teologia, prodotte nelle scuole del XII e del XIII secolo, sono per lo più rimaste manoscritte e sono quindi di difficile leggibilità: è arduo misurarne la rilevanza per la filosofia del diritto. Ciò che ci possiamo limitarci a dire con certezza, è che vengono messe in circolazione *nuove fonti* di origine profana. Già il lavoro dei glossatori aveva avuto come risultato quello di riportare alla luce le definizioni romane del diritto naturale. La scuola di Chartres aveva rimesso in auge il *De officiis* di Cicerone, fonte di importanza capitale per la teoria generale del diritto e il *De inventione*, che contiene una celebre classificazione delle fonti del diritto (e che fu commentato da Thierry di Chartres), oltre al commento al *Timeo* di Calcidio, che già contiene, in ordine al diritto, tematiche aristoteliche e al quale sembra che rimonti l'espressione diritto positivo. Ma è nel XIII secolo che assistiamo all'incredibile diffusione delle idee di Aristotele; ritornano in circolazione le sue opere filosofiche, soprattutto il *De Anima*, il cui studio si diffonde a Parigi verso la metà del secolo, l'*Etica Nicomachea*, che viene tradotta ad Oxford da Roberto Grossatesta intorno al 1245 e che in questa traduzione si diffonde anche in Francia, la *Retorica*, anch'essa intorno al 1250. Alberto Magno comincia a commentare tutte le opere dello Stagirita. San Tommaso farà tradurre, da un manoscritto bizantino, la

Politica, che correderà di un suo commento. Si ristabilisce, insomma, un contatto diretto con la filosofia classica del diritto naturale.

Testi come questi non vengono certo riscoperti per essere lasciati da canto. Già nelle somme precedenti quella tomista troviamo un'abbondante teorizzazione delle fonti del diritto, e in particolare del *diritto naturale*. Tutta la questione si riassume nel sapere se gli scolastici siano restati fedeli alla definizione sacrale del diritto stabilita da Graziano, o se si siano lasciati conquistare dalle nuove teorie pagane e quindi da una concezione profana del diritto naturale. Nella linea di Pietro Lombardo, fedele seguace dell'agostinismo 31, Ruggiero Bacone e (sembra) anche Alessandro di Hales, così come San Bonaventura, restano in genere vicini a quella che abbiamo chiamato la concezione sacrale del diritto. Ma già San Bonaventura non nasconde la sua simpatia per la definizione di Ulpiano (*quod natura omnia animalia docuit*), che fa nascere sì dei sospetti, in quanto assolutamente discordante da quella di Graziano, ma che peraltro nessuno osa rigettare. In lunghe e prolisse analisi condite di molteplici riferimenti a diverse autorità, si finisce per dare il primo posto ad una formula di origine ciceroniana, già elaborata dai decretisti, Ruffino, Uguccio, Stefano di Tournai, e che si accorda bene con l'insegnamento di San Paolo e quindi con la tradizione cristiana: la legge naturale viene così considerata come una «forza innata» (*vis innata*), che i teologi potranno studiare sotto il nome di coscienza o di «sinderesi» ... Ma in tal modo si torna a mettere l'accento sul carattere profano di questa fonte di conoscenza della giustizia, accessibile dunque anche agli infedeli.

La nozione di natura *ritorna* di moda. Alano di Lilla le consacra un grande poema allegorico (*De planctu naturae*), fa l'apologia del matrimonio come istituto conforme alle finalità naturali (la propagazione della specie), attacca i vizi «contro natura» in quanto contrari a queste stesse finalità. Ed ecco restaurati i fondamenti della filosofia classica del diritto naturale. Alimentato dalla lettura del *Timeo* di Platone e di opere neoplatoniche, si diffonde il tema per cui Dio agisce per «cause seconde» e che nel momento stesso in cui crea il mondo, lo sottomette a leggi immutabili. Si determina così la possibilità di una rinascita delle scienze fisiche. Non c'è probabilmente ragione di perder tempo a studiare opere ancora esitanti e senza dubbio minori rispetto ai capolavori tomisti; ma quando vedremo San Tommaso elaborare una dottrina del diritto, perfettamente calibrata alle esigenze dei giuristi del suo tempo, e decisamente innovativa rispetto ai principi dell'agostinismo, non dovremo dimenticare che l'apparente novità del suo pensiero scaturisce da un secolo e mezzo di lavori, di sforzi, di battaglie culturali, volti a far rivivere il meglio della filosofia antica.

Capitolo terzo

LA DOTTRINA DEL DIRITTO DI SAN TOMMASO

Il tomismo ha una cattiva reputazione: tutti (tranne i tomisti) lo reputano una dottrina astratta, verbosa e astorica. Questo giudizio si spiega per il fatto che la maggior parte degli studiosi contemporanei non ha mai avuto il tempo di leggere San Tommaso (senza peraltro ritenere che sia necessaria un'informazione preliminare prima di proferire una simile opinione). Questo giudizio è falso. L'opera di San Tommaso mi sembra, anzi, strettamente legata alla vita del suo tempo, più militante che contemplativa, e straordinariamente feconda nei risultati pratici. Nella storia del diritto essa segna un momento di rottura, l'inizio di una vera e propria rivoluzione. Il fatto che le conquiste di quel periodo storico che vide nascere l'Europa moderna si siano da allora andate perdendo, non toglie che quella dottrina non mantenga per noi un'assoluta rilevanza.

I. *La vita di San Tommaso*

Non mi soffermerò su dettagli agiografici. Per i nostri scopi sarà sufficiente ricordare in primo luogo che la vita di San Tommaso non fu certo tranquilla, ma al contrario piena di conflitti. Liberiamoci una volta per tutte dalla falsa immagine di un mondo medievale uniforme e sonnolento, immerso nel conformismo: tanto più che San Tommaso è nato, nel 1225, da una grande famiglia feudale di tendenza ghibellina, e quindi in un ambiente ostile alla politica della Chiesa. Destinato dalla famiglia a entrare nella venerabile abbazia benedettina di Montecassino, nel 1240, sfidando la violenta opposizione dei familiari, egli decide invece di entrare nell'*ordine domenicano*. Un ordine ancora giovane (era nato ufficialmente nel 1215) e quindi ancora ardente e progressista; un ordine che si fa rappresentante delle nuove realtà urbane, opposte ormai da cronici conflitti alle classi nobiliari e rurali e che scandalizza i benpensanti per la sua scelta di povertà e le aristocrazie locali per la sua fedeltà a Roma; un ordine costantemente attaccato dal clero secolare. San Tommaso avrà l'incarico di difendere i confratelli mendicanti, cui i nemici volevano togliere, tra l'altro, il diritto di insegnare: questo sarà l'oggetto della più polemica delle sue opere (*Contra Dei impugnates cultum et religionem*). E senza dubbio egli dovette difendere la sua stessa filosofia all'interno del suo ordine.

È stata altresì la sua una vita piena di *viaggi*, anche se San Tommaso fu soltanto un docente universitario; ma le due cose non si escludono a vicenda. Dopo i primi anni di studio passati a Napoli, l'ordine domenicano lo mandò a perfezionarsi a Parigi. Segui poi il suo maestro Alberto Magno a Colonia (1248-1252). Dopo il 1252, lo troviamo a Parigi baccelliere in Sacra Scrittura, poi baccelliere delle *Sententiae* (egli cioè doveva far lezione sulla Bibbia e sulle *Sentenze* di Pietro Lombardo). Diviene infine dottore in teologia. Nel 1259, il papa lo chiama alla corte pontificia a Roma e a Viterbo, per animare il centro di studi papale; dieci anni dopo lo rimanda all'Università di Parigi, per placare le controversie dottrinali; nel 1272 è inviato a Napoli, presso la celebre università, in cui il papa vuole che venga continuato, controllato e cristianizzato il grande movimento dottrinale attivato e patrocinato da

Federico II. San Tommaso muore nel 1274, in cammino per Lione, per partecipare al concilio indetto in quella città. Quanti giorni passati a camminare attraverso l'Europa!

Per quanto universitario, San Tommaso non è estraneo alla vita attiva del suo tempo. Ebbe dimestichezza con la corte romana e ricevette i suoi incarichi da Roma; il maestro dei domenicani gli affidò inoltre l'incarico di scrivere, con fini apologetici, la *Summa contra Gentiles*. San Luigi lo chiama alla sua corte come consigliere; e fu anche consigliere del re di Cipro (*De regimine principum*) e della duchessa di Brabante (*De regimine judaeorum*).

Detto questo, non vogliamo certo negare che San Tommaso non sia stato innanzi tutto uomo di studio; è del resto il patrono dei professori e degli studenti. Fu un genio immenso, stupefacente per la sua capacità di lavoro, per il vigore della memoria, per la gigantesca ampiezza delle sue informazioni; per la chiarezza del suo spirito, per la capacità di padroneggiare l'arte dialettica, per la lucida facilità con la quale risolve le antinomie; ma soprattutto per la sua onestà. Nessun altro, ad eccezione del suo maestro Aristotele, ha mai avuto fino a tal punto amore per la verità, congiunto a un profondo disinteresse di emergere, di essere a tutti i costi originale. Raramente si è visto così poco interesse per il partito preso. Per quanto sia ben consapevole di quale sia l'incidenza degli studi sul destino pratico degli uomini, San Tommaso rifiuta sempre di essere considerato un intellettuale «impegnato», se non per la sola verità trascendente della fede cristiana; quanto al resto egli è tollerante, sa riconoscere la propria ignoranza, sa comprendere e ascoltare gli altri, è attento al pensiero di tutti, sia che si tratti dell'arabo Avicenna, che dell'ebreo Maimonide o del pagano Aristotele: egli afferma che in queste materie l'autorità è il più debole degli argomenti*, locus ab auctoritate infirmissimus*. Insomma, durante i trent'anni della sua vita universitaria, egli è vissuto solo per la verità, in spirito di piena indipendenza; è il tratto più illuminante della sua vita e insieme un esempio tanto nobile quanto *démodé*.

Resta da aggiungere che San Tommaso fu un grande mistico e poeta dell'Eucaristia. Alla fine della sua vita dichiarò che, dopo tutto ciò che aveva visto in un momento di estasi, la totalità della sua opera gli sembrava nulla più che «un fuoco di paglia».

II. *Le opere*

L'abbondanza e la varietà delle opere di San Tommaso sono la miglior prova della solidità della sua informazione dottrinale e della metodica continuità della sua riflessione.

Citiamo in primo luogo i *Commenti*. È notevole che Tommaso abbia letto, e ancor più che letto, *glossato* e assimilato le opere di genere più diverse: la Bibbia (Geremia, i Salmi, il libro di Giobbe, Isaia, il Vangelo di Giovanni, una parte delle lettere di San Paolo), Boezio, Dionigi l'Areopagita e - seguendo l'esempio del suo maestro Alberto Magno - la maggior parte delle opere di Aristotele. Citiamo in particolare il commento all'*Etica Nicomachea*, minuzioso e profondo, che risale al

1270-71 e la prima parte del commento alla *Politica* (che giunge fino al libro III, c. 6: il seguito del commento è di Pietro d'Auvergne).

In secondo luogo, vanno ricordate le monografie. Sono giunte fino a noi raccolte di *quaestiones* su argomenti diversi. San Tommaso, infatti, adattandosi alla prassi rigorosa del tempo, praticava il metodo scolastico della *quaestio*, in cui eccelleva. Notevole la *quaestio quodlibeta*, un vero e proprio esercizio di improvvisazione; ne abbiamo 12 di San Tommaso, tra cui molte toccano materie di nostro interesse. Accanto a queste, 510 *quaestiones disputatae*, di cui moltissime sulle virtù.

C'è poi una gran quantità di trattati diversi di filosofia, teologia, attualità religiosa e di politica, tra i quali citeremo solo il *De regimine principum* o *De regno* (ma solo l'inizio, fino al libro II, c. 5, è di San Tommaso).

Ma più che nell'esegesi paziente o nella dialettica, il genio tomista culmina nelle poderose sintesi dottrinali. Poiché la verità consiste nel superamento delle contraddizioni, bisogna, dopo aver risolto le questioni particolari, metterle reciprocamente a confronto, riunirle in un ordine logico e completo, per far apparire ancora una volta come tutte le soluzioni si armonizzino tra loro. Le grandi sintesi di Tommaso sono tre:

a) il *Commento alle Sentenze*: è un'opera giovanile, che risale al 1253-57, in cui Tommaso resta ancora fedele al piano dell'opera di Pietro Lombardo. Nella sostanza, però, si mostra già in possesso di una propria idea di pensiero. Il *Commento alle Sentenze* è stato molto utilizzato nelle scuole medievali, proprio per il fatto che era estremamente fedele ai programmi scolastici tradizionali;

b) la *Somma contro i Gentili*, che risale circa al 1265. Raimondo di Penafort, generale dei domenicani, avrebbe pregato San Tommaso di scrivere un'opera destinata alle controversie apologetiche. Era l'epoca in cui molti, nella Chiesa, pensavano che fosse meglio aggredire l'Islam non con le Crociate, ma con la predicazione e la discussione razionale (elementi che presuppongono nell'apologista una forte preparazione filosofica). È anche per motivi di questo tipo che si spiega il grande sviluppo degli studi profani nell'ordine di San Domenico. Ma di fatto il compito di Tommaso fu quello di combattere le nuove dottrine parigine, sviluppatesi nell'università dopo l'introduzione massiccia di opere arabe e pagane;

c) e infine la *Somma teologica*, composta tra il 1266 e il 1274 e che costituisce il culmine di una vita di ricerche e riflessioni. È l'opera tomista ancor oggi più letta, ma di cui non si può venire a capo né in qualche ora né in qualche giorno. Si tratta infatti di un'enorme enciclopedia, in cui «tutto» è esaminato dal punto di vista di Dio (*omnia sub ratione Dei*). Il piano di San Tommaso è nuovo, anche se ispirato dalle grandi sintesi neoplatoniche del mondo: si parte da Dio, si scende da Dio alla sua creazione, alla natura del mondo e dell'uomo così come furono creati (*Prima Pars*); poi lo sguardo indagatore si porta sulla vita presente dell'uomo, che tende naturalmente a *ritornare a Dio*: si ha qui lo studio degli atti umani e dei loro principi, delle leggi, della virtù, del peccato (*Prima Secundae*), poi delle virtù e dei vizi in particolare (*Secunda Secundae*). Si ha infine la terza parte (*Tertia Parsi*, che tratta degli aiuti sovrannaturali, concessi, in questo processo di ritorno a Dio, dal Cristo e dalla Chiesa: si studiano l'incarnazione, la redenzione, la vita sacramentale.

San Tommaso non ha ultimato la terza parte dell'opera; gli editori han cercato di completarla con un supplemento, tratto dal *Commento alle Sentenze*, nel quale si trova, in particolare, lo studio del diritto matrimoniale.

Dove troveremo, in questa foresta che è la produzione di San Tommaso, la dottrina del diritto? Oltre che ai commenti all'*Etica* e alla *Politica*, che ci aiutano a ricostruire la genesi del suo pensiero e a qualche passaggio del commento a Pietro Lombardo e dell'opuscolo *De regno*, la maggior parte degli studiosi fa riferimento a due parti, o - come dicono i teologi tomisti - a due *trattati* della *Somma teologica*. Il primo è il c.d. *trattato sulle leggi*, che si trova quasi alla fine della prima sezione della seconda parte (Ia-IIae, qq. 90-109) e in cui San Tommaso studia le norme che devono orientare la condotta umana: la legge eterna, la legge naturale, la legge umana e le leggi divine rivelate. Questi testi sono tradotti in tutte le lingue moderne, ma è meglio far riferimento direttamente al testo latino, molto più facile ad intendersi delle traduzioni. Il secondo trattato che ci interessa è quello dedicato alla *giustizia*, nella *Secunda Secundae*, là dove si tratta delle virtù e dei vizi: ricordo in particolare la q. 57, *De jure*, in cui emerge la definizione tomista del diritto (un passo che i teologi tendono troppo a trascurare) e le qq. 58 e ss., *De justitia*. Ad esse segue una serie di questioni dedicate ai peccati contro la giustizia, in cui San Tommaso affronta in maniera concreta e dettagliata tutta una serie di temi che toccano il diritto (la proprietà, i contratti, il furto, l'usura, la procedura, i diversi delitti, ecc.).

Questi sono i testi essenziali cui faremo riferimento. Ma bisogna purtroppo aggiungere subito che limitarsi a questi testi (il che corrisponde alla tentazione più normale dei giuristi, anche se provvisti di buona volontà) significa condannarsi a non comprendere quanto c'è di più bello nella dottrina giuridica di San Tommaso, e cioè la sua coerenza, il suo essere inserita nell'insieme di una visione del mondo perfettamente coerente. Bisogna leggerla tutta, la Summa; e non solo perché vi si troveranno, sparse qua e là, tante tematiche che interessano il diritto, come ad es. nella Ia *pars*, la q. 96 e ss., con importanti considerazioni sulla proprietà, sul matrimonio, la schiavitù, il potere pubblico, o nella Ia-IIae, le pagine sul peccato (cfr. le qq. 71-87, in cui abbiamo una vera e propria teoria generale dei delitti e del diritto penale). E ancora: in mezzo alla trattazione della legge ebraica, abbiamo un trattato sul miglior regime politico (q. 105, art. 1) e perfino un'esposizione d'insieme della scienza del diritto (q. 104, art. 4); nella IIa-IIae abbiamo i trattati dedicati alla guerra (q. 40), alla sedizione (q. 42), alle decime (q. 87), al giuramento (q. 89), all'ubbidienza (q. 104), alla verità nei contratti (qq. 109-110), agli uffici (qq. 183 ss.). Nel *Supplemento*, il diritto matrimoniale (qq. 41-68) e quello della penitenza (qq. 1 e ss.). Ma non sono nemmeno queste le pagine per noi più rilevanti: dovendo scegliere, raccomanderei prima di tutto le pagine dedicate alla teoria della conoscenza (Ia, qq. 84 ss.), al governo divino del mondo (Ia, qq. 103 e ss.), ai fini dell'azione umana (IIa-IIae, qq. 1 e ss.), ai rapporti tra giustizia e carità (IIa-IIae, qq. 23 e ss.), alla prudenza (q. 47), ai fini ultimi, ecc. È qui il fondamento filosofico e teologico della dottrina del diritto naturale, la chiave del sistema, il punto in cui ci si rivela la sua prodigiosa coerenza. Si arriva insomma alla conclusione,

assolutamente sicura, che bisogna leggere almeno 7153 pagine: tale è la lunghezza dell'opera nell'edizione latina del Blot (e per contare solo la *Summa Theologiae*, con esclusione di tutti gli altri scritti tomisti).

III. *L'opera di San Tommaso nel suo tempo*

Non ci illudiamo di poter illustrare la dottrina tomista in tutta la sua ricchezza dialettica, in tutta la sua estensione, in tutta la sua profondità. Ci limitiamo a mettere in rilievo ciò che essa portò di nuovo nel suo tempo nell'ambito del diritto.

Il mondo dei giuristi nel XIII secolo era ancora sotto l'influenza agostiniana; il diritto canonico pretendeva, almeno in linea di principio, di avere una validità universale; universalmente diffusa era l'*idea* che la sola vera giustizia fosse quella dedotta dal Vangelo. Ora, queste tematiche agostiniane erano divenute fonte di imbarazzo e di cattiva coscienza, dato che nella prassi il diritto cristiano, di origine puramente sacrale, non rispondeva più ai bisogni della società.

Era necessario che una nuova teologia e una nuova filosofia giustificassero il mutamento del diritto. Infatti, non era sufficiente aver ritrovato, come avevano fatto i glossatori, i testi del *Corpus juris civilis*; per essere sicuri della loro applicazione, bisognava convincere gli operatori giuridici che tale applicazione poteva essere considerata *giusta* e questo nel momento stesso in cui si prendeva coscienza dell'origine pagana di queste fonti e del fatto che la loro autorità non poteva certo essere ricondotta alla sopravvivenza dell'impero giustinianeo. Non era nemmeno sufficiente l'aver restituito i testi romani al loro dettato originale, dato che questo mal si adattava alle condizioni di vita del Medioevo; era necessario adattare questi testi a un mondo nuovo (e questo sarà il compito dei post-glossatori), erano necessarie una giurisprudenza nuova ed una legislazione nuova; insomma, era indispensabile che, al di là del diritto romano, fosse restaurata una *fonte* viva di diritto, e che fosse altresì restaurata quella filosofia, che un tempo aveva garantito la sua autorità e presieduto alla sua genesi.

In ciò è da vedere l'apporto tomista al diritto, ma non solo in questo. Non c'è in lui una restaurazione pura e semplice del diritto naturale aristotelico: la missione che gli era stata affidata dal papa, e che egli aveva accettato, era quella di *battezzare* Aristotele, di armonizzare la dottrina aristotelica con quella agostiniana, di arricchire la filosofia pagana rifondendola al crogiolo della fede cristiana. Ricostituzione di una dottrina del diritto naturale, superamento del diritto naturale dell'antichità greco-latina grazie all'incontro e alla fusione con la tradizione cristiana: questi saranno i due punti fondamentali del nostro studio.

L'aiuto che ci verrà dalla dottrina tomista contemporanea sarà ben limitato, anche se si tratta di una dottrina corposa: il fatto è che è elaborata per lo più da teologi, che si preoccupano meno di andare alla ricerca dell'autentico pensiero tomista, che di attribuire a San Tommaso ciò che essi ritengono si debba insegnare oggi; di qui il serio pericolo che il «tomismo» sia l'esatto contrario di San Tommaso. E per di più la maggior parte dei teologi, a differenza di San Tommaso, ha seguito corsi di studio in cui il diritto non compare; i teologi studiano sì (o credono di studiare) il «diritto naturale», come moralisti, ma non si accorgono che è altra cosa rispetto alla

«legge» naturale, né hanno la dovuta sensibilità verso la specificità dei problemi giuridici. Raccomanderemo quindi, più che le opere di Lachance, di Lottin, di Olgiati o di Di Carlo, a leggere le quali rischiamo di perdere tempo e buon umore, il libro di Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, che mi sembra far fare un passo avanti alla comprensione dei testi tomisti.

IV. *La dottrina del diritto naturale*

La dottrina del diritto naturale di San Tommaso ha avuto una tale rilevanza storica, che è veramente imperdonabile per un giurista ignorarla; e dato che è proprio questo il caso per la maggior parte dei giuristi di oggi, le dedicheremo un'attenzione prolungata. Ma bisogna innanzi tutto dire che essa ha una qualità sconcertante per uno storico del pensiero abituato ad interessarsi di autori moderni: è una dottrina poco originale.

San Tommaso aveva ben poco interesse all'originalità: sarebbe il primo a sorprendersi, e forse anche a preoccuparsi, se gli si attribuisse una dottrina strettamente personale del diritto naturale. Le prassi scolastiche del XIII secolo non sono più le nostre; ai nostri giorni si qualifica una dottrina col nome di chi l'ha elaborata e si parla pertanto di una filosofia kantiana, hegeliana, sartriana: le filosofie sono etichettate come le creazioni artistiche. Nel XIII secolo, invece, esse erano per lo più anonime e San Tommaso non avrebbe affatto gradito che si parlasse di una filosofia tomista, così come non avrebbe ammesso che ci si dichiarasse adepti di una filosofia «aristotelica» o di una filosofia «agostiniana». I suoi soli maestri erano le cose stesse; le cose costituivano l'unico libro, di cui in fin dei conti egli voleva conquistare la chiave; ma quando si vuole intendere o tradurre un libro, è buona cosa aiutarsi con tutte le traduzioni precedenti, sia che vengano da Platone, che da Aristotele o da Sant'Agostino. San Tommaso non ha mai voluto essere altro che un professore; la sua opera non è altro che una collazione, una raccolta di opinioni antiche e tradizionali, proprio come il *Decreto* di Graziano; ma ancor meglio di quanto non abbia fatto Graziano, nell'opera tomista le concordanze di opinioni diverse sono effettivamente ottenute. Tommaso non è stato così vanitoso da voler dare il proprio nome ad una nuova filosofia, dato che preferiva studiare la *filosofia*.

Per quanto riguarda il diritto naturale, San Tommaso segue per lo più il pensiero di Aristotele. Non voglio dire che lo riproduca tale e quale: se così fosse questo capitolo sarebbe del tutto inutile. La dottrina tomista, in primo luogo, è ben più ordinata e coerente di quella aristotelica; per di più i suoi fondamenti vengono riportati al neoplatonismo, a Cicerone, a Ulpiano, alla Bibbia, a Sant'Agostino. Sappiamo che Tommaso non è adepto di nessuna scuola, ma intende conciliarle tutte. Ma nell'insieme egli segue riguardo al diritto naturale lo schema aristotelico e di conseguenza possiamo adottare per le due dottrine lo stesso ordine di esposizione.

V. La genesi del diritto naturale

1. *I fondamenti metafisici: la natura e la legge eterna*

Non c'è affatto da meravigliarsi che San Tommaso abbia adottato le grandi tesi della filosofia sull'ordine naturale dell'universo. L'idea che il mondo implichi un ordine e che non sia l'effetto del caso è propria di Platone, di Aristotele, degli stoici; San Tommaso la vede confermata in alcuni passaggi della Genesi e dall'insieme del dogma cristiano. In senso ampio, il diritto naturale è collegato all'ipotesi teista che il mondo sia l'opera intelligente e benefattrice di un creatore, o per lo meno di un Dio ordinatore (come il vasaio dell'esempio di Aristotele). La negazione del diritto naturale è, al contrario, un corollario dell'ateismo. Ora, l'idea di natura, nel quadro di una visione religiosa del mondo, era venuta ad emergere nel neoplatonismo, in particolare nei commenti al *Timeo* (molto studiati nel Medioevo), e soprattutto nella dottrina scolastica delle *cause seconde*: Dio, che è la causa di tutto, si astiene dall'agire in maniera diretta su ogni evento particolare. Come un tipografo, per risparmiarsi del lavoro, si affida al funzionamento automatico delle rotative, così il creatore agisce per mezzo delle *cause seconde*: ad ogni cosa particolare egli dà le proprie leggi naturali, la sua natura. Il fuoco per natura va verso l'alto, mentre i corpi pesanti vanno verso il basso, tranne che nei casi miracolosi. In tal modo, la dottrina aristotelica dell'ordine naturale è trapiantata da San Tommaso *Della fede cristiana*.

Ogni regola, per quanto «naturale», non per questo non proverrà da Dio, almeno indirettamente: nella sua classificazione delle leggi, San Tommaso ha posto al vertice del sistema la *lex aeterna*, ripresa da Sant'Agostino: la ragione di Dio che dà ordine al *cosmos*.

Il mondo è un tutto ordinato: come già l'aveva inteso l'intelligenza pagana, esso è logicamente composto di generi, di specie e di individui, un po' come se fosse il prodotto di un collezionista maniaco. E all'interno di questo insieme, ogni essere o genere di essere ha il proprio ordine, che regola i movimenti propri di ciascun corpo (e infatti l'universo tomista, come quello aristotelico, è un universo dinamico, in cui l'essenziale è dato dal movimento, cioè dal passaggio dalla potenza all'atto). I *movimenti* degli esseri ubbidiscono ognuno alle leggi della propria natura, che li indirizza verso un certo fine, verso la pienezza dell'essere. Gli animali ubbidiscono *istintivamente* a quest'ordine; ad es. l'istinto spinge l'animale a compiere l'atto sessuale e quest'atto serve ad una finalità, che è quella della conservazione della specie.

Per quanto riguarda l'uomo, anche i suoi movimenti seguono le leggi della natura per forza di istinto, dato che l'uomo partecipa del regno animale. Ma la sua differenza specifica rispetto agli animali sta nel fatto che egli ubbidisce alla sua natura *razionalmente* (almeno in parte), cioè con *libertà*: l'uomo ha il privilegio di potersi non attenere all'ordine naturale. Ecco perché, se si tratta dell'uomo, la conoscenza della sua natura presenta un interesse pratico: una volta postulato che il bene, per l'uomo, consiste nel seguire la propria natura, lo studio della natura umana viene a costituire la morale. Si tratta della morale naturale dell'antichità, che Tommaso trovava codificata da Aristotele e più ancora dalle dottrine stoiche, soprattutto dal *De Officiis* di Cicerone, che è una delle sue fonti capitali. Cicerone,

infatti, aveva studiato la natura umana, comparandola metodicamente con quella animale; aveva scrutato le *inclinazioni* e i fini naturali dell'uomo ed aveva, da questo studio, dedotto una morale. Si trattava di una morale contenutistica e piena di precisi doveri: un catalogo di doveri verso la città, la famiglia, il padre, i figli, gli amici, gli stranieri, se stessi (dato che l'uomo è un animale di natura socievole, familiare, razionale, ecc.). Si trattava di una morale molto ricca, che prescrive svariati doveri per le diverse situazioni di vita, per le diverse età e condizioni sociali, dato che ogni specie od ogni genere possiedono il proprio specifico ordine. È una morale che l'Europa ha fatto sua, nella quale abbiamo vissuto (si possono valutare i servizi che questa morale ci ha reso a partire dalla crisi in cui essa versa al giorno d'oggi: gli eroi del cinema, che vogliono sottrarsi a questa morale tradizionale, finiscono, alla fine della vicenda, per giungere al delitto, al suicidio o comunque ad un fallimento esistenziale di alto livello estetico).

San Tommaso è stato uno degli operatori più importanti della rinascita di questa morale. Egli fa sua l'idea di natura e quella dei *fini* ai quali sono naturalmente ordinate le azioni umane; introduce deliberatamente nella teologia cristiana l'idea dell'ordine naturale per redigere una lista di virtù («morali», se non teologali e per precisarne il contenuto: in particolare il contenuto della giustizia, cioè del diritto naturale.

2. *La conoscenza della natura e l'elaborazione del diritto*

Resta da sapere per quale via e fino a che punto noi possiamo conoscere la nostra natura; per rispondere a queste domande bisognerebbe far riferimento, a questo punto, alla teoria generale della conoscenza esposta nella *Summa Theologiae*, e che San Tommaso utilizza più tardi, in particolare quando tratta tematiche di etica e di diritto.

Vediamo che San Tommaso accetta risolutamente l'aristotelismo, confrontandolo ed integrandolo con la tradizione cristiana. Gli uomini, che non sono intelligenze pure, ma anima e corpo, impastati di materia, possono conoscere la natura solo per l'intermediazione dei *sensi*; ne segue, per San Tommaso, così come per Aristotele, che il metodo del diritto naturale partirà dall'osservazione dei fatti: si tratterà dunque di un metodo *sperimentale*. Non c'è nell'uomo scienza infusa, né di norma un accesso diretto alle idee divine, nemmeno nello stato di innocenza; la tendenza tomista è di non fidarsi, a questo riguardo, nemmeno dell'illuminazione mistica, né dell'illusione platonica della reminiscenza, cioè dell'idealismo. Ne seguono due conseguenze; i risultati dello studio del diritto naturale, portato avanti in tal modo, si caratterizzano per il loro essere *realisti*: renderanno giustizia alle tendenze umane così come sono, al bisogno di cibo, di vita sessuale, di affetto per i bambini; alle nostre «inclinazioni» per i piaceri. D'altra parte, però, lo studio del diritto naturale, basandosi sull'ambito pur sempre ristretto della nostra esperienza, non potrà darci che risultati imperfetti, parziali, provvisori. Ritorneremo presto su questo punto.

Ma andiamo avanti: i sensi stessi non ci fanno conoscere che cose particolari e nulla di per sé della «nostra natura». Bisogna quindi che ci sia in noi una «potenza»

astrattiva. Grazie ad essa, le «sostanze prime», cioè noi Stessi: gli individui, siamo in grado di afferrare progressivamente le «sostanze seconde», cioè i generi, le specie e quindi tutto l'ordine statico dell'universo, i movimenti particolari di questo o di quel corpo, le «inclinazioni» generali proprie dell'uomo o di quel tipo di uomo, questo o quel desiderio, i fini in funzione dei quali si organizzano naturalmente le azioni umane, insomma l'ordine dinamico della vita. Al di là dei fatti ci sono le *nature*. Ed è qui che il lavoro dell'intelligenza (secondo la filosofia classica del diritto naturale) porta alla conoscenza del diritto. Infatti, dato che l'ordine è nella natura, è l'ordine che la scienza percepisce nella natura ed è il disordine ciò che essa tende ad eliminare. Il nostro intelletto, suddiviso in «speculativo» e in «pratico», non costituisce in queste due funzioni che una sola ed unica «facoltà». Conoscere l'*essenza* di una cosa comporta quindi conoscere il suo *fine*. L'essere di una cosa, quale viene conosciuto dall'intelligenza speculativa, è dunque il suo *dover-essere*, il suo bene. *Mens et bonum convertuntur*. L'essenza e uomo, per ciò che concerne il suo corpo, non coincide con l'individuo orbo, zoppo o degenerato, ma piuttosto con l'uomo rispondente al canone greco della bellezza. L'essenza di uno stato non coincide con la Francia del 1962.

Compito della scienza del diritto naturale è dunque quello di andare alla ricerca, partendo dall'osservazione, della natura e dei fini degli uomini e dei gruppi sociali. È questa la dottrina di Aristotele, che San Tommaso si premura di confermare ricorrendo ai dati della Scrittura: la Genesi, i Salmi, San Paolo ci descrivono Dio mentre sparge sull'uomo, creato a sua immagine, una parte della sua «luce», inserendo nell'anima di ogni individuo alcuni principi generalissimi che lo guideranno nella sua ricerca; questa è la fonte di quella «facoltà» che si riscontra nello spirito umano. D'altro canto l'uomo possiede per la sua condotta quotidiana, separatamente, intuitivamente, senza ricorrere alla conoscenza teorica, la facoltà di distinguere il bene ed il male. Ma lasciamo ai teologi le analisi della coscienza, della «sinderesi» ed anche quella della «legge naturale», nei limiti in cui questa espressione, secondo la tradizione paolina, designa la coscienza morale: sono tutti argomenti di primaria importanza, ma che di per sé non concernono i giuristi; la legge morale è altra cosa rispetto al diritto. Anche se l'intuizione e la *prudenza* hanno un ruolo considerevole nell'arte della legislazione e nella pratica giudiziaria, sono altre le vie che portano alla scienza del *diritto* naturale: bisogna passare attraverso il canale della teoria, dello studio delle nature e dei fini.

E se questa strada può sembrare troppo difficile, sarà più semplice osservare San Tommaso all'opera, dato che egli stesso ha ricercato, nei settori più diversi, il contenuto del diritto naturale. Scegliamo il diritto matrimoniale, di cui tratta il Supplemento della *Summa*, in cui è ripreso il testo del *Commento alle Sentenze*.

San Tommaso si sforza di dimostrare che il matrimonio (q. 41), la monogamia (qq. 65 ss.), la indissolubilità del matrimonio (q. 67) sono naturali; e ancora che il diritto naturale vuole che il matrimonio sia consensuale (qq. 45 ss.) e proibito tra parenti stretti (qq. 54 ss.) ... Per adesso ci interessa solo il metodo, l'argomentazione. Non sono affatto originali. San Tommaso si è limitato a riprendere, per ottenere i risultati voluti, l'*antropologia* di Aristotele e soprattutto quella stoica: il *De Officiis*

è senza dubbio la sua fonte principale. Ad esempio, quando paragona la natura dell'uomo con quella degli altri animali, egli osserva che un'unione passeggera del maschio e della femmina, che può anche prolungarsi, come nel caso di certi uccelli, per la durata di una stagione intera, è ben sufficiente ad assicurare la perpetuazione della specie nel caso degli animali. Ben diverso è il caso degli uomini, quando riflettiamo a ciò che comporta per essi la perpetuazione della specie: il bambino, che è fisicamente più debole del cucciolo dell'animale e nello stesso tempo chiamato dalla natura ad uno sviluppo più complesso, ha bisogno di un'educazione che coinvolga corpo e spirito e, di conseguenza, di un ambiente familiare durevole, anzi tanto più duraturo in quanto il gruppo familiare deve servire anche a soddisfare i bisogni della vita materiale. L'uomo per progredire nella vita dello spirito ha bisogno di risorse sicure; queste risorse rendono necessaria un'economia; è necessario che le famiglie «tesaurizzino per i loro figli», li pongano in una condizione che garantisca loro una vita più libera, ecc... *Dunque* la natura, che vuole il bene della specie umana, sembra sfavorevole al divorzio e il divorzio conosciuto da alcune società pagane può essere ritenuto una deviazione dall'ordine naturale. Con ragionamenti di questo genere vengono criticati l'incesto, la poligamia, il fidanzamento contratto prima della maturità psicologica, ecc. ecc.

In fondo, questo metodo è molto *semplice*: parte dall'osservazione dei costumi, delle «inclinazioni» spontanee supposte naturalmente come buone, ma cerca di distinguere dai costumi rimasti naturali quelle che ne sono *deviazioni*, riconoscibili dai loro risultati infelici, dai loro fallimenti, dal fatto che non riescono a mantenere un ordine intrinseco, a mantenere quel legame razionale delle azioni al fine, che noi, al contrario, riusciamo a percepire negli altri casi. È un metodo fondato sul buon senso, che non tollera di essere descritto attraverso un'analisi astratta.

Utilizzato da San Tommaso, questo metodo ha prodotto risultati essenziali. Non è certo inutile comprender bene i pericoli che l'incesto o il divorzio fan correre al bambino e alla società. È vero che questi argomenti, per quanto veri, sono scipiti e non appaiono certo nuovi; così come non sono originali le soluzioni che San Tommaso dà al problema della proprietà privata, alla compravendita, alla gerarchia sociale e alla schiavitù o al miglior regime politico. Nella maggior parte dei casi le risposte tomiste riprendono gli argomenti di Aristotele, di Cicerone o del diritto romano. E valeva la pena che all'epoca di San Tommaso questi argomenti venissero riproposti e che i risultati della scienza pagana venissero nuovamente offerti ai giuristi europei, così come veniva riproposta la filosofia che ne stava alle radici.

VI. I limiti del diritto naturale e la teoria della legge positiva

1. L'insufficienza del principio della legge naturale

A questo punto, un positivista non mancherebbe di farci osservare che le conclusioni della scienza del diritto naturale, se sono tali, sono davvero povere. E senza dubbio San Tommaso stesso sarebbe stato d'accordo. Ma il massimo merito che avevamo rinvenuto nella dottrina giusnaturalistica di Aristotele era stato proprio quello della sua *moderazione*; e San Tommaso è un discepolo troppo

intelligente, per non seguire fino in fondo (diversamente da come farà la scuola del diritto naturale moderno) questa moderazione.

È impossibile che un metodo sperimentale, fondato sull'osservazione di dati particolari di esperienza, conduca mai a risultati assoluti e definitivi. Aristotele ne era consapevole, proprio perché insisteva tanto sulla dipendenza dello spirito dai dati della sensibilità. Quanto a San Tommaso, egli è altrettanto convinto dell'imperfezione di ogni scienza umana; l'uomo non conosce nemmeno se stesso; non conosce la natura se non attraverso i suoi effetti, dunque in modo indiretto ed incompleto. A ciò si aggiunge, per un cristiano, la *debolezza* della ragione dopo il peccato; possiamo ben immaginare i testi biblici al riguardo, che hanno certamente salvato San Tommaso dalla tentazione di cadere in qualche forma di razionalismo.

In particolare, Aristotele aveva ammesso l'impossibilità di una «scienza» del *diritto* naturale: poiché l'uomo è libero, le situazioni da regolamentare sono mutevoli; dunque il giusto stesso è mutevole: non lo si può costringere in schemi fissi. San Tommaso ripete più volte questa lezione sull'essenziale mobilità delle cose umane; lo stesso Montesquieu non insisterà con altrettanta forza sulla relatività del diritto.

Si deve ritenere che San Tommaso abbia pensato che fosse possibile, come sembra essere l'opinione di tanti tomisti moderni, redigere, sotto il nome di diritto naturale, un codice di regole eterne? Anche se la maggior parte degli interpreti la pensa proprio così, i testi ci dicono il contrario. È vero che San Tommaso predica l'esistenza di una legge naturale immutabile; ma la nozione di *legge* naturale è molto più ampia di quella di diritto e del resto quando parla di legge naturale Tommaso non fa riferimento a una qualsiasi norma *giuridica*. Ma allora di che legge si tratta? Della formula «bisogna fare il bene, evitare il male»; e questo è uno di quei principi che sono stati immessi in noi dalla intelligenza divina. Questo principio è immutabile. Ma è anche un principio puramente formale; quando si passa alle conclusioni, cioè alle soluzioni giuridiche concrete, si entra nell'ambito del contingente. Nessuna norma giuridica è assolutamente necessaria; e San Tommaso riprende qui l'esempio classico dell'arma lasciata in deposito da un pazzo. Aggiunge anche qualche altro esempio tratto dall'Antico Testamento, come i costumi dei patriarchi che non collimano più con i nostri: dal punto di vista del diritto naturale, non si può condannare con certezza, in ogni caso, né il divorzio, né soprattutto la poligamia. Se, su queste questioni, San Tommaso alla fine arriva a conclusioni perentorie, ciò non dipende dal fatto che egli argomenta sulla base del diritto naturale, ma su quella del Vangelo. E di ciò dovremo tornare a parlare.

Come vedremo meglio più avanti, San Tommaso distingue con cura e minuziosità il diritto dalla morale, i *praecepta judicialia dai praecepta moralia*. Trattando del diritto, nella *Summa Theologiae*, egli non esita ad affermare che il diritto naturale è mutevole, perché la stessa natura umana lo è: *natura hominis est mutabilis*. Usando la stessa formula egli parla conseguentemente della necessaria mutabilità delle leggi umane, che normalmente sono il derivato del diritto naturale.

Non c'è alcuna contraddizione, in un linguaggio in cui la parola *diritto* continua a designare il *giusto* (come per i Greci ed i Romani) nel parlare di un diritto naturale

che può mutare o, in altre parole, di un diritto naturale informulabile, insuscettibile di essere irrigidito in regole fisse, secondo la lezione della filosofia classica. Ma se la nostra ricerca del giusto per natura non potrà mai arrivare a definir si in formule fisse e precise, a che serve il diritto naturale? A che serve studiarlo? Serve ad una cosa sola, che è però molto rilevante: a darci direttive di ordine generale, flessibili, imprecise e (salvo il caso della conferma da parte della Sacra Scrittura) provvisorie. Capita che in mancanza di meglio il giudice debba accontentarsi di queste direttive così incerte: ad es. nel caso in cui manchi una legge positiva, o nel caso del diritto internazionale (il diritto delle genti è destinato infatti a diventare il terreno d'elezione della scienza del diritto naturale e saranno i domenicani spagnoli, discepoli fedeli di San Tommaso, che gli daranno un decisivo sviluppo nel XVI secolo). Ma di norma in uno stato, questa prima dimensione del diritto, che è il diritto naturale, verrà studiata, come voleva Aristotele, solo per la sua funzione di *complemento* delle leggi positive.

2. Teoria delle leggi positive

La legge positiva occupa un posto preponderante, anche se misconosciuto, nella dottrina tomista del diritto naturale. San Tommaso fa fare alla legge positiva la parte del leone nella sua teoria generale delle leggi e dedica lunghe analisi alle «leggi umane», alla loro *potestas*, al loro cambiamento; così come, del resto, si sofferma sul diritto positivo. Lo stesso termine *positivo* (*che è stato posto*, secondo il senso normale del suffisso latino *ivus*, come in *captivus, votivus*) deve gran parte del suo successo nel linguaggio giuridico moderno a San Tommaso, che l'ha tratto dalle traduzioni latine di Aristotele, come aveva cominciato a fare la Scolastica precedente.

San Tommaso, dunque, riprende pressappoco la lezione aristotelica:

a) Sulla *necessità* delle leggi positive umane: la legge è necessaria non solo come in Isidoro di Siviglia e nel *Decreto* di Graziano, a causa peccato, come rimedio ai vizi dell'uomo caduto in uno stato di corruzione; ma è una necessità anche per la *natura* stessa dell'uomo, socievole e naturalmente destinato a vivere in un ordine politico. Necessaria anche in ciò che essa comporta di *precettivo* (per il fatto che *crea* obbligazioni nuove) e non solo per la sua dimensione repressiva o permissiva; a questo proposito la lezione di Papiniano ha permesso di correggere il testo di Isidoro e di Graziano.

b) Sull'*origine* della legge, che deriverà dall'autorità, presente per dettato naturale in ogni gruppo politico umano. «Et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem vel ad personam publicam quae totius multitudinis curam habet». A seconda dei diversi regimi politici, la legge avrà come suo autore un monarca, una élite di ricchi o di sapienti, il popolo riunito in assemblea, o ancora - il che è la soluzione migliore - una combinazione di queste diverse possibili fonti. L'obbligatorietà della legge riposerà in pratica sulla sua accettazione da parte del popolo: «leges habent maximam virtutem ex consuetudine, ut Aristoteles dixit».

c) Sulla *continuità* del diritto positivo umano relativamente al diritto naturale. Il lavoro legislativo è un *prolungamento* dello studio del giusto naturale e ogni legge

umana *deriva* dalla legge naturale, sia per via di «conclusione» (applicazione a circostanze storiche date di un precetto dedotto dalla natura), sia per via di «determinazione» (un'aggiunta ai dati generici della scienza del diritto naturale, ma sempre nel quadro del diritto naturale, per meglio restar fedeli ai fini fissati dalla natura). In tal modo il diritto è nel tempo stesso frutto della ragione e della volontà: della ragione, nei limiti in cui esso deriva dalla scienza della natura, della volontà umana, nei limiti in cui la potestà legislativa gli dà determinazione, forma scritta vincolante, precisione di dettato. In sintesi, la scienza del diritto naturale è così vaga, che nelle nostre istituzioni entra una larghissima parte di arbitrarietà. Non inganniamoci: il nostro diritto è per la massima parte positivo.

d) Sulle *qualità* della legge umana positiva, che deve essere non solo giusta, promulgata per il «bene comune», in vista cioè della finalità naturale del popolo per il quale essa è fatta e non per il vantaggio particolare del legislatore, ma anche adatta alle circostanze di tempo e di luogo, perché essa deve essere l'espressione di un giusto naturale mutevole. E a questo proposito San Tommaso ha seguito una celebre definizione dovuta ad Isidoro di Siviglia;

e) e infine sull'*autorità* della legge umana positiva. San Tommaso nuovamente si riporta alla dottrina aristotelica, di cui ammiriamo il realismo e il meraviglioso equilibrio. La legge umana, avendo essa stessa il suo fondamento nella natura, deve in linea di principio essere ubbidita; i suoi precetti obbligano in coscienza 44, poiché essa *crea* una dimensione del *giusto*, e il giusto ha almeno in parte l'arbitrio dell'uomo come sua fonte. Peraltro, la sua autorità è sempre condizionata; la legge non è tale, non merita il nome che ha, secondo l'insegnamento di tutta la tradizione classica, se non quando adempie al suo compito di esprimere, di realizzare il giusto; quando cessa di adempiere a questa funzione, è necessario che i giudici l'abbandonino.

Non abbiamo appreso nulla di nuovo; praticamente tutte le analisi che abbiamo letto erano già presenti in Aristotele. San Tommaso si è ben guardato dall'aggiungere o dal tagliar via qualcosa da una descrizione così veritiera del diritto. Ma nello stesso tempo, che novità!

Ristabilire i giusti titoli, ricostruire il metodo di una giurisprudenza laica; ratificare, nello stesso tempo, il ricorso ai testi romani; e al di là del diritto romano, fondare sul diritto naturale i progressi di una dottrina nuova, capace di *adattare* il diritto romano alle condizioni moderne di vita e più tardi anche di prendersi delle libertà sempre più significative con lo stesso diritto romano (fino alla rivoluzione francese la dottrina avrà il ruolo principale nella elaborazione del diritto ...).

In San Tommaso c'è tutto questo. Ma soprattutto il significato della sua opera sta nel rendere ai giuristi il senso della funzione *legislatrice*. Schiacciato sotto la maestà delle leggi divine eterne, il Medioevo agostiniano tenta di fare a meno della legge umana; riverisce la legge della Scrittura, promulgata una volta per tutte, riverisce le tradizioni, le consuetudini; Graziano non lascia più alcuno spazio alla funzione creativa del legislatore. La dottrina classica del diritto naturale, invece, proprio perché concepisce questo diritto come incompleto, privo di forma e mutevole, induce San Tommaso alla restaurazione della legge. È per l'influenza del tomismo

che Bonifacio VIII, alla fine del XIII secolo, propone una nuova analisi delle decretali pontificie e rivendica il diritto di «porre» leggi *creatrici* di un nuovo diritto. La trasformazione radicale, e fino ad ora resistente, del corpo tradizionale dell'antico diritto canonico in un sistema legislativo dovuto all'iniziativa di Roma, trova nel tomismo la sua ragion d'essere e il suo fondamento dottrinale. Verranno poi le ordinanze dei sovrani laici e l'enorme espansione delle leggi propria dell'Europa moderna. È immenso il servizio reso dalla filosofia tomista alla storia del diritto.

Non voglio dire che la lettura della *Summa Theologiae* non sia più raccomandabile; val la pena che quest'opera venga letta fin nei dettagli. il riassunto che ne abbiamo fatto ha sacrificato proprio il meglio di essa: il dramma delle discussioni dialettiche, gli sforzi vivi e perspicaci per arrivare a delle soluzioni. Quanto all'essenziale, si può pensare che potremmo anche noi, come i medievali, trarre profitto dalla lettura di San Tommaso. I giuristi contemporanei ignorano Aristotele, proprio come gli agostiniani dell'XI secolo, e la filosofia classica del diritto naturale è di nuovo caduta nell'ombra, a causa dell'influenza di altre dottrine diverse dall'agostinismo, ma in qualche modo anch'esse barbare come quelle dominanti nell'alto Medioevo.

Tra le diverse valutazioni della filosofia tomista del diritto, citerò il parere di Jhering, il celebre positivista del secolo scorso, che ha dedicato tante pagine a provare che il diritto deve tendere e tende necessariamente a uno scopo, a realizzare i fini propri degli uomini. Un lettore gli segnala l'esistenza della *Summa Theologiae*, Egli la legge e risponde: «Continuo, meravigliato, a chiedermi come sia stato possibile che simili verità, dopo essere state apertamente proclamate, siano cadute in oblio così completamente nella nostra cultura scientifica di matrice protestante. Quanti errori essa avrebbe potuto risparmiarsi, se ne avesse tenuto il debito conto! Per quanto mi concerne, non avrei forse scritto nulla del mio libro, se le avessi conosciute ...».

VII. *L'apporto della fede*

Ho trascurato finora di trattare le fonti religiose di San Tommaso, anche se queste fanno la parte del leone nelle analisi dialettiche della *Summa Theologiae*, quale che sia l'argomento trattato. Ma quanto al nocciolo della dottrina del diritto naturale, esse non portano alcun contributo essenziale; sono sempre presenti, certamente, nell'argomentare tomista, ma unicamente per *confermare* le soluzioni di Aristotele o di Cicerone. Così, la Genesi conferma la nozione di ordine naturale; la visione cristiana del mondo e del posto intermedio occupato dall'uomo nel piano della creazione tra gli angeli e le cose serve a confermare i limiti della nostra intelligenza; gli esempi tratti dalla storia del popolo di Israele confermano la mutabilità del giusto e la necessità delle leggi.

Non c'è quindi nulla da trarre dalle fonti cristiane in ordine all'elaborazione del diritto? Il cristianesimo non ha portato alcun contributo all'arte del diritto, che faccia da contraltare alle dottrine dell'antichità greco-romana? Non si dà nel dogma cristiano, nella rivelazione cristiana una fonte supplementare per la conoscenza del

giusto, che sia in grado di superare, di arricchire o di correggere il contenuto del diritto naturale antico? Abbiamo posto proprio queste domande a Strasburgo, circa tre anni fa, in un convegno i cui atti sono stati appena pubblicati. Si tratta di un problema ancora scottante, reso nuovamente attuale dal rinascere di alcune ambiziose forme di cattolicesimo sociale. E forse si tratta di un problema che nel mondo d'oggi va anche al di là dell'ambito dei giuristi che si professano cristiani; si tratta infatti dello stesso tipo di rapporti che potrebbero stabilirsi tra il diritto e da una parte la perfezione evangelica e dall'altra quegli idoli moderni che sono l'«umanità», il «progresso», la «persona umana» (tutti prodotti secolarizzati del cristianesimo).

In quel convegno, contro l'opinione di alcuni cristiano-sociali che ritenevano di potersi appoggiare a San Tommaso per argomentare le loro tesi, avevo sostenuto una presa di posizione troppo unilaterale. Vorrei perciò riprendere in esame questa difficile questione: quale ruolo occupano, nel diritto naturale tomista, le fonti cristiane? Chiederemo a San Tommaso in un primo momento una risposta *teorica*, e poi quella iscritta nei *risultati* effettivi del suo insegnamento.

1. I principi

a) *La teoria generale della conoscenza*.

Non corrisponde ai metodi di San Tommaso il lasciar nell'ombra, come fanno tanti teorici di oggi, le difficoltà della dottrina sociale cristiana sul piano strettamente speculativo; con grande chiarezza egli mette a punto il problema dei rispettivi ruoli della fede e della ragione naturale nella ricerca della verità, analizzandolo prima nel trattato generale della conoscenza e poi nelle pagine che egli esplicitamente dedica al giusto e al diritto.

Quanto alla posizione generale di San Tommaso, si sa bene che la sua tendenza personale consiste nel dar fiducia alla possibilità della conoscenza naturale e nel riabilitare la ragione. È a questo proposito che egli si oppone all'agostinismo, proponendo una visione meno pessimista dei poteri del nostro intelletto. La discussione con Sant'Agostino verte soprattutto sul problema teologico delle conseguenze del *peccato*: Sant'Agostino aveva la tendenza (che sarà propria anche di Lutero) di sottolineare la corruzione della natura umana dopo la caduta originale. Per San Tommaso, la nostra natura è soltanto malata, indebolita dopo il peccato di Adamo ed Eva, ma per nulla distrutta. Il viaggiatore che scende da Gerusalemme a Gerico (e cioè, secondo l'esegesi simbolica propria del Medioevo, dallo stato di perfezione assoluta a quello di corruzione) è l'immagine evangelica della natura; egli non è che malato e, curato dal Samaritano, è ben in grado di recuperare tutte le sue forze; non gli sono mai venuti meno i principi vitali. La ragione che l'uomo ha ricevuto insieme con la sua natura e che è posseduta anche dai pagani resta vera. E San Tommaso non ha alcuna difficoltà a conciliare questo ottimismo col principio agostiniano, per il quale ogni verità viene da Dio. Per Tommaso ciò significa che la verità si dà non solo nell'itinerario dell'«illuminazione» mistica, della rivelazione e della grazia, ma anche attraverso il canale delle «cause seconde», attraverso, cioè, la «natura», di cui anche i pagani partecipano. La grande audacia della teologia di San

Tommaso sta nel dire di sì all'intelligenza, ad Aristotele, a Cicerone e al diritto romano, senza temerne alcuna conseguenza per la fede.

È chiaro quindi che Tommaso non sottovaluta l'autorità della Sacra Scrittura. Il ruolo di questa è duplice. Da una parte solo le fonti sovrannaturali sono in grado di farci conoscere ciò che è al di sopra della nostra natura e cioè Dio stesso, gli angeli, i misteri della fede cristiana e la nostra salvezza. Dall'altra va detto che la rivelazione divina può, in certi casi, aiutare la nostra intelligenza indebolita (così come il buon Samaritano aiuta il viaggiatore ferito), anche in ambiti che di per sé sarebbero accessibili alla nostra conoscenza naturale. In questi casi, essa non farà che *confermare* le verità razionali, alle quali avevano già accesso, attraverso la pura ragione, i saggi pagani. È successo proprio così nella storia ebraica: Dio ha soccorso il popolo eletto anche nella vita temporale. La maggior parte dei *Proverbi* si ritrova, in forme pressoché equivalenti, nelle massime di saggezza del paganesimo.

b) *La conoscenza della giustizia*.

Lo stesso, lucido, insegnamento verrà ripetuto da San Tommaso quando tratterà il tema delle leggi a proposito delle scienze morali (all'interno delle quali il *diritto* riceve le proprie specifiche soluzioni). La maggior novità di questo trattato, in rapporto all'agostinismo, sta nello spazio, molto ampio, che è dato allo studio delle fonti profane della conoscenza. È da qui che San Tommaso prende le mosse, dopo aver brevemente presentato la *legge eterna*, la causa suprema dell'ordine dell'universo, dalla quale tutto il resto deriva, ma di cui, dato che essa corrisponde alla ragione trascendente di Dio, noi non abbiamo conoscenza diretta. Dalla legge eterna egli passa a trattare in primo luogo la legge naturale, dato che questa costituisce, per l'uomo, la fonte prima della morale. Ora, la legge naturale esiste - si perdoni questa ovvietà - grazie alla natura e in virtù della stessa definizione che ne diamo essa va ritenuta accessibile sia da parte dei pagani, che da parte dei cristiani. Il trattato di San Tommaso va avanti con una lunga analisi della legge umana, che è espressione e prolungamento della legge naturale e che evidentemente fa perno solo sulla ragione profana.

San Tommaso ha messo in evidenza - ed in ciò è da vedere il tratto più personale del suo pensiero - le radici profane della morale. Per quanto concerne specificamente il diritto, ho già detto che San Tommaso si è rifatto alle precise nozioni aristoteliche: la giustizia, in senso specifico, è quella virtù che ha come compito quello di discernere il mio dal tuo all'interno di un gruppo sociale. Il diritto è l'oggetto della giustizia. Ora, c'è un diritto *naturale*, un diritto delle genti (*ius gentium*), che procedono dalla legge *naturale*; quanto al *diritto positivo*, sembra che ordinariamente esso derivi dalla legislazione umana. Le fonti profane hanno il loro spazio nell'elaborazione del diritto. E San Tommaso sceglierà come principali autorità, quando dovrà discutere questioni giuridiche, Aristotele, Cicerone e Ulpiano.

Il «trattato sulle leggi» della *Summa Theologiae* menziona comunque anche fonti cristiane, come le due leggi divine (la legge «antica» e la legge «nuova»), il cui contenuto noi possiamo conoscere solo grazie a due guide sovrannaturali, l'Antico e il Nuovo Testamento. Quale è il ruolo di queste due leggi nella morale e nel diritto?

La funzione propria delle fonti rivelate è quella di farci conoscere il mondo sovrannaturale. L'oggetto specifico della legge divina è di istruirci nelle cose attinenti alla salvezza, di condurci, al di là dei beni temporali, che l'uomo in linea di principio può perseguire «per sua naturalia», verso quella finalità della «beatitudine eterna», alla quale la nostra natura con le sue sole forze non ha speranza di giungere, «quae excedet proportionem naturalis facultatis hominis».

Di conseguenza, si potrebbe pensare che la legge divina non abbia rapporto alcuno con il diritto. In ogni caso, questo sembra proprio che vada detto per la *legge nuova*, che è la legge propria dei cristiani. Certamente il Vangelo è la fonte principale della nostra morale, anzi della supermorale: quella delle virtù teologali, quella del regno dei cieli. Non è ovviamente San Tommaso colui che rinnegherà la legge di Cristo, quella legge che Sant'Agostino aveva invocato per sostituirla alle leggi della giustizia pagana; ma più preciso e metodico di Sant'Agostino, Tommaso saprà individuare meglio la sfera del comandamento che le è propria: l'insegnamento del Vangelo non concerne l'ordine temporale e quella distribuzione di beni terrestri, che è la materia del *diritto*. Il Vangelo non contiene regole giuridiche, *judicialia* e noi dobbiamo stare bene attenti: la legge nuova non appartiene a quel genere in cui i giuristi fanno rientrare la legge. Di norma, la legge nuova non è scritta, ma è piuttosto uno spirito, una grazia infusa, è la carità; procede per «consigli» più che per «precetti» precisi; non si rivolge a comportamenti esterni dell'uomo. E la legge degli spiriti religiosi, di coloro che hanno liberamente optato per una vita sovrannaturale, per uno stato di perfezione 110; ma per la massa che si contenta di vivere secondo natura, essa non è affatto una regola obiettiva, né un criterio di distribuzione di beni; non è, insomma, niente di ciò che chiamiamo diritto.

È una distinzione netta e, per i giuristi, istruttiva; non si può più confondere, come faceva l'agostinismo (ed è questa molto spesso la tentazione dei cristiani-sociali), il regno dei cieli col diritto né utilizzare i consigli evangelici di perfezione contro il loro stesso senso, trasportandoli indebitamente in un ambito che non è il loro, come quello che è affidato su questa terra al giudice, che deve distribuire i beni materiali in vista di un ordine provvisorio delle cose. Al giorno d'oggi, la stampa cristiana prova una sorta di voluttà nel *giudicare*, nel «condannare» le ricchezze, gli atti di violenza, il dominio sugli altri, nel nome dei precetti evangelici assoluti di povertà, carità e non-violenza; ma in questo modo non si fa altro che giudicare male e a profitto di altre violenze e di altri sistemi di dominio, perché ci sono sempre violenze, ricchezze, ineguaglianze sociali *nell'ordine temporale*. Il problema è quello di *mediarle*. Ecco perché, dopo aver distinto chiaramente la sfera del temporale da quella dello spirituale, San Tommaso concede una certa fecondità giuridica alla legge nuova. Esiste, infatti, anche un diritto della *vita spirituale*; ci sono, nel Vangelo, regole che concernono la condotta cristiana nella prospettiva della *salvezza*, come quelle sul matrimonio, sui sacramenti, sulla gerarchia ecclesiastica; c'è un *diritto divino positivo*, che sarà soprattutto il diritto della Chiesa, almeno nei limiti della sua competenza per ciò che concerne la vita religiosa. In questo ambito il *diritto canonico* avrà sempre come fondamento la Scrittura. Ci sono inoltre le

interferenze tra l'ordine temporale e quello del regno dei cieli; San Tommaso sa bene che la vita temporale dell'uomo deve essere *subordinata* agli interessi della salvezza; esistono quindi, anche se eccezionalmente, problemi di confine tra i due ambiti. Questa è una prima breccia, e molto importante, nel principio della laicità del diritto. Ne dovremo misurare fino in fondo gli effetti pratici.

Il secondo compito, per il vero secondario e occasionale, della rivelazione è quello di dare una conferma a verità che di per sé, in linea di principio, sono già accessibili alla conoscenza naturale. La storia del popolo d'Israele, come è narrata dall'Antico Testamento, dà indicazioni in questo senso, perché mostra come Dio assista il suo popolo anche nelle vicende temporali. La legge antica, scrive San Tommaso, stabiliva un ordine anche terrestre: «ordinabat ad bonum sensibile et terrenum» 62. Se non c'è diritto nel Vangelo, non si può però proprio dire che non ci sia nell'Antico Testamento, che è pieno di precetti giuridici. La tentazione dell'agostinismo, come abbiamo visto, è stata quella di colmare le insufficienze del Vangelo in materia di diritto facendo appello alle leggi ebraiche, alle decime, all'interdizione dell'usura, ecc. È possibile reintrodurre nel diritto fonti sacrali attraverso questa via?

Anche in questo caso la risposta della *Summa Theologiae* è in generale negativa. Il diritto ebraico era eccellente, divinamente giusto, per il popolo di Israele; rimane indubbiamente come un modello esemplare; ma non è più in vigore nel mondo cristiano. Una delle grandi tesi della dottrina tomista del diritto naturale, come abbiamo visto, è quella della dinamicità del diritto; le istituzioni giudaiche non sono più adatte al popolo cristiano, non hanno più alcuna forza obbligatoria. A livello strettamente teorico, San Tommaso afferma francamente che i giuristi non devono far ricorso alle leggi ebraiche, almeno nei limiti in cui sono leggi espressamente giuridiche, *judicialia*.

Diversa è la soluzione per quei precetti che vengono chiamati *morali* o *moralia*; ad es. quelli del Decalogo o quelli che possono leggersi nei profeti o nei libri sapienziali della Bibbia. Questi precetti non sono stati aboliti dal Cristo. Indubbiamente questi precetti «morali» non contengono nulla che non sia accessibile anche alla ragione dei pagani; il contenuto del Decalogo (per quanto riguarda la «morale») trova perfette corrispondenze nella saggezza greca; i pagani san bene che non si deve rubare, né commettere adulterio; in questi casi il ruolo della rivelazione è stato soltanto confirmatorio. Se la dottrina sociale cristiana va dedotta unicamente da questa fonte, non avrà proprio *nulla* di originale. D'altra parte, dobbiamo ricordarci che queste regole *morali* non sono regole *giuridiche*; non ci dicono nulla in ordine alla distinzione di ciò che è mio e di ciò che è tuo, in ordine al *suum cuique*; manca ad esse quel criterio obiettivo, quella «determinazione» precisa che le rende precetti giuridici, *praecepta judicialia*. «Non rubare» non mi dice proprio nulla sui limiti della proprietà, cioè su ciò che è propriamente l'oggetto della scienza giuridica.

Resta comunque il fatto che i precetti morali possono per lo meno servire da quadro, da guida, da elementi di riferimento nel lavoro di elaborazione dei precetti del diritto, che sono lasciati alla discrezione umana, *hominum arbitrio*. Dobbiamo

ancora andare alla ricerca di quali conseguenze derivino, in pratica, da questo secondo titolo di inserzione della teologia nel diritto.

2. Le applicazioni

Arriviamo alfine a trattare del contenuto della dottrina sociale tomista, al quale non potremo però dedicare più che un breve rendiconto. Il problema di fondo è il seguente: si tratta della riproposizione della dottrina degli autori classici o l'influenza del cristianesimo ha permesso di superare i risultati del diritto naturale antico?

La maggior parte delle conclusioni della *Summa Theologiae* sembrano molto fedeli alle argomentazioni della scienza classica del diritto naturale. San Tommaso fa suoi gli stessi argomenti utilizzati dalla filosofia pagana e adotta come autorità fondamentale quella di Aristotele e del diritto romano.

Il contributo principale di Tommaso al diritto medievale consiste nell'aiuto dato dalla sua speculazione alla rinascita delle istituzioni antiche. Per quanto filosofico e relativo unicamente ai *fondamenti teorici* delle istituzioni, il suo contributo non è affatto disprezzabile. Nel *diritto pubblico* la filosofia tomista ha favorito la riconquista dell'autonomia dello stato nei confronti della Chiesa, riabilitando la teoria profana dell'autorità. Senza dubbio San Tommaso non ha avuto il coraggio di criticare il diritto canonico del suo tempo che sottometteva i re al papa; è stato Giovanni da Parigi, suo discepolo e successore al collegio della Rue Saint Jacques, e difensore della sua dottrina, che rigetterà la dottrina del potere diretto partendo dalla teologia del maestro. Quanto a San Tommaso, egli si limiterà ad insegnare l'esistenza della sovranità a beneficio degli infedeli - il che non evita la contraddizione col diritto canonico in ordine alle crociate - e che in materia temporale è meglio obbedire al re piuttosto che al papa. I re esistono non in virtù dell'incoronazione, né per il beneplacito della Chiesa, ma solo per diritto naturale. Ancora più profonda e radicale è la ricostruzione teorica dei fondamenti della *sovranità*: l'autorità, il dominio politico, la sottomissione, la gerarchia sono giustificati come *naturali*, conformi ai progetti della natura, secondo i moduli del pensiero aristotelico, e non più come un semplice rimedio storico ai peccati dell'uomo. L'uomo è un animale politico, destinato per natura a vivere in un ordine gerarchico e in un gruppo organizzato. Ne segue che la stessa Chiesa cattolica è legittimata ad organizzarsi secondo il modello dell'impero romano, con il soccorso dei giuristi e sotto il dominio del papa (Marsilio e Guglielmo da Occam rifiuteranno di applicare al papa queste tesi aristoteliche, ma non rinunceranno ad applicarle all'imperatore).

San Tommaso fa sua la lezione aristotelica sul governo misto, anche se a volte mostra di preferire altre dottrine pagane in favore della monarchia. In diritto privato, egli si mostra favorevole, seguendo Aristotele e il diritto romano, al ritorno al *dominium*, alla proprietà privata*, potestas procurandi et dispensandi* e, checché ne dica la maggior parte dei domenicani oggi, egli si rifà alle tradizioni comunitarie della Chiesa solo per limitarle al campo morale e tenerle fuori dal diritto. Tommaso ripete, evitando ogni ricorso a testi scritturistici, la teoria aristotelica dell'usura,

quella della vendita e dei contratti; riprende dal diritto romano la lista dei delitti ... Questo ritorno ad antiche dottrine, che ben risponde ai bisogni delle città e degli stati del XIII secolo, è il dato storicamente più rilevante dell'opera tomista.

Ciò non toglie che occasionalmente, secondo le esigenze della teoria, si manifesti in Tommaso anche l'ispirazione della Scrittura e della fede.

Anche se l'ordine della natura ha riconquistato con San Tommaso la sua autonomia (il che significa che l'*arte del diritto*, in quanto distinta dalla teologia, ritrova grazie a San Tommaso una sua esistenza separata), resta il fatto che i fini naturali della società sono *subordinati* alla salvezza, che è di ordine sovrannaturale. E sappiamo che il cammino della Chiesa verso la salvezza ha le sue regole, il suo diritto interno, che qualche volta corre il rischio di interferire col diritto dello stato, quando si presentano *questioni miste*. In questi casi è l'interesse spirituale che deve avere la prevalenza.

Ciò comporta tutta una serie di conseguenze pratiche, che sono estremamente importanti e nell'immediato e per l'avvenire. Per quanto sia stato consapevole dell'autonomia dell'autorità politica, San Tommaso non ha certo criticato il diritto canonico del tempo, che subordinava, nel mondo cristiano, i sovrani alla Chiesa; in un *quodlibet* egli è arrivato a parlare dei re come dei «vassalli della Chiesa». Il fatto è che, in un mondo cristiano, è del tutto ribaltato l'ordine gerarchico che subordina la casta sacerdotale alla comunità politica; all'occasione il re cristiano deve mettere il proprio braccio secolare al servizio della fede cristiana e collaborare alla repressione dell'eresia. Il popolo cristiano, quindi, è tenuto a rifiutare ubbidienza, quando il principe, secondo il giudizio della Chiesa, è eretico, scismatico o scomunicato.

In un ordine sociale cristiano, la cavalleria deve arruolarsi per le crociate; le classi lavoratrici devono mettere a disposizione una parte dei loro raccolti e dei loro profitti per le necessità dei monaci e per lo splendore della liturgia; la decima *deve* essere versata ai preti. Ci sono anche interferenze dello spirituale nel *diritto privato*, dato che anche in questo ambito ci sono «questioni miste», come ad es. il matrimonio. È proprio *perché* il matrimonio adempie, oltre alla propria funzione naturale di propagazione della specie, una funzione sovrannaturale di massimizzazione della carità (è il sacramento dell'unione del Cristo con la sua Chiesa), che in definitiva San Tommaso ritiene che siano assolutamente interdetti il divorzio, la poligamia e l'incesto. Un altro esempio ci viene dalla schiavitù: San Tommaso ha ripreso la dottrina aristotelica che giustifica la schiavitù con argomenti giusnaturalistici; ma il cristianesimo stabilisce un limite fondamentale al potere del padrone e cioè che non deve interferire nella vita sacramentale dello schiavo. È questo il motivo per cui il *servus* cristiano deve essere liberato, quando è in potere di un padrone infedele e deve comunque avere sempre un'assoluta libertà di matrimonio. «Non tenetur nec servi dominis nec filii parentibus obedire de matrimonio contrahendo vel virginitate servanda aut aliquo allo huius modi».

Allo stesso modo San Tommaso ritiene giusto che l'*educazione* sia sottratta al controllo dello stato e venga affidata alla Chiesa, come avveniva nelle scuole e nelle università del suo tempo. La sua dottrina contraddice su questo punto quella dei

filosofi antichi. Questo esempio ed i precedenti sembrano appartenere ad un'epoca oscura della storia europea, al regime teocratico della cristianità medievale. In realtà, sono ricchi di conseguenze future: è qui, infatti, che possiamo discernere l'origine delle libertà individuali proprie del diritto europeo moderno. Che l'individuo sfugga al controllo dello stato, almeno per una parte del suo essere; che la sua *anima*, se non il suo corpo, sia da considerarsi libera, perché ordinata ad un fine superiore a quello dello stato terreno - *mens quidem est sui puris* - ecco i punti che capovolgono la filosofia politica di Platone e di Aristotele (se non quella degli stoici, dato che la citazione precedente è ripresa da Seneca). Ecco l'apporto specifico del cristianesimo, che la sintesi meravigliosamente ampia e prudente di San Tommaso ha ben saputo mettere in evidenza. E da questa sintesi nasceranno un giorno, quando la Chiesa cattolica sarà stata privata del suo potere, la nostra libertà di coscienza, la nostra libertà di opinione, le nostre libertà individuali.

In una certa sfera, quella spirituale, irriducibile alla filosofia aristotelica, o per meglio dire estranea ad essa, San Tommaso ha già individuato quelli che noi chiamiamo i diritti dell'uomo. Sovrapposta alla natura generica dell'uomo, c'è in ogni individuo una natura, una vocazione propria; e la «persona» è ciò che esiste di più perfetto nella natura. L'individuo può far parte della città, in quanto cittadino e il suo interesse, in quanto particolare, deve essere subordinato a quello del tutto collettivo. Ma per un'altra parte del suo essere, per la sua vocazione sovrannaturale, per la sua anima, egli supera i limiti della comunità politica: gli interessi del suo spirito sono al di sopra del bene collettivo temporale del gruppo. Il sistema giuridico tomista non è affatto la pura riproduzione del sistema giuridico antico; esso porta con sé in germe il diritto moderno, poiché l'esperienza cristiana l'ha dotato di una dimensione in più.

L'altro modo in cui la teologia può intervenire nel diritto è giustificato dall'esistenza di principi morali nella Bibbia. Questi principi, che sono contenuti specialmente nell'Antico Testamento, non ci rivelano nulla che la nostra ragione non possa conoscere con le sue sole forze; ma ci istruiscono sul contenuto dell'ordine naturale dandoci una perfetta certezza, alla quale non potrebbe mai giungere la nostra ragione debole e fallibile.

C'è da meravigliarsi dell'abbondanza delle citazioni del Decalogo nella sezione giuridica della Sum*m*a. I *praecepta justitiae*, studiati nella IIa-IIae, q. 122, sono i medesimi del Decalogo. Ma dai *moralia*, come abbiamo già detto, non deriva nulla di propriamente giuridico, nulla che possa servire da criterio alla distribuzione dei beni, degli onori e delle competenze. Dà maggiore sorpresa il fatto che San Tommaso ricorra spesso ai *judicialia* del diritto ebraico (la cui validità egli aveva negato nel trattato sulle leggi). È che egli ama mostrare la concordanza delle tesi della filosofia antica e dell'Antico Testamento: ad es. egli mostra come le soluzioni costituzionali di Aristotele (favorevoli al regime politico misto) corrispondano a ciò che ci dice la Scrittura sulla costituzione di Israele.

Conseguenza di ciò è che le soluzioni tomiste hanno spesso una rigidità, una perentorietà che mancano in quelle aristoteliche; la Bibbia dà conferma alle tesi della giustizia della schiavitù, dell'inferiorità della donna e della sua sottomissione

al marito, dell'indissolubilità del matrimonio e della proibizione dell'incesto in maniera tale da farle ritenere irrefutabili. Il che potrebbe indurci a smorzare il tono degli elogi che avevamo fatto a San Tommaso come esatto interprete del metodo aristotelico e della sua particolarissima flessibilità.

Ma questa critica nasce da un errore di fondo: non si può leggere la Summa, così come non si può leggere la *Città di Dio*, unicamente da giuristi. Anche quando tratta della proprietà, dell'usura, del miglior regime politico, il vero scopo di San Tommaso non è mai giuridico. Qualche volta egli si è anche espresso con accenti di disprezzo per i giuristi; la facoltà di teologia poteva allora anche permettersi di disdegnare quella di diritto. Egli rifiuta di trattare argomenti di diritto positivo, in quanto estranei alla teologia. E probabilmente, quando sottolinea la concordanza del diritto romano e della legge ebraica, ciò che gli interessa è portare un argomento in più a favore della sua teologia dell'accordo tra ragione e fede. Quando le sue argomentazioni ci sembrano prive di elasticità, ricordiamoci che egli non le svolgeva in vista di fini pratici e che la sua intenzione personale non era certo quella di redigere un codice. Non spetta al filosofo fare il legislatore.

Se in alcuni risultati pratici la dottrina tomista ha delle debolezze, se giunge a conclusioni troppo frettolose e discutibili, è perché si tratta di una dottrina non orientata alla prassi. Il vero pensiero tomista sul diritto, ciò che ne rende grande la speculazione, va ricercato piuttosto nella grande sistematizzazione teorica.

VIII. *Conclusione*

Mettiamo fine a questa parte con questi ultimi accenni al pensiero tomista: esso ha reso preziosi servigi alla società del tempo, risuscitando metodi e fonti del diritto classico. In pieno accordo con la politica pontificia, San Tommaso innesta nell'esperienza giuridica le ricchezze di quella cristiana. È un pensiero meravigliosamente equilibrato, laico e non laicista; San Tommaso ha ricostruito i fondamenti di un ordine temporale autonomo, ha rivendicato quella giustizia del diritto, necessaria all'arte giuridica, che Sant'Agostino aveva in qualche modo messo nell'ombra. E ciò senza sacrificare le finalità spirituali dell'uomo.

Anche se personalmente non amo idolatrare il progresso, devo ammettere che la dottrina tomista mi sembra un reale progresso rispetto a quella di Aristotele e di Sant'Agostino. E dato che la storia conosce anche regressi e che il mondo attuale ha perduto ogni rapporto con la cultura classica, non è stata affatto una perdita di tempo questa lunga e rinfrescante immersione nella dottrina della *Summa Theologiae*. Ne abbiamo tratto un utile, anche se valutabile solo in prospettiva storiografica. È ovvio che San Tommaso non ha potuto dir tutto. Anche nell'epoca in cui egli visse le controversie dottrinali continuarono a moltiplicarsi. Il suo naturalismo, la sua fiducia nell'intelligenza naturale dell'uomo, la sua adesione al diritto naturale pagano vennero messi in discussione; nel 1277 vennero condannate parecchie delle sue tesi. La scolastica francescana, Scoto, Guglielmo di Occam, han cercato di far trionfare una nuova filosofia del diritto. Ma dato che questi autori abbandonano la strada della tradizione classica e aprono quella della filosofia giuridica moderna, li tratteremo in un'analisi successiva.

II. IL FRANCESCANESIMO E IL DIRITTO

INTRODUZIONE

Questa parte è dedicata alla storia della filosofia del diritto nell'*epoca moderna*. Uso il termine «moderno» non nell'accezione diffusa nella cultura anglosassone contemporanea, ma in quello, più ristretto, dei manuali di storia: l'età moderna copre il periodo che va dalla fine del Medioevo alla Rivoluzione francese. Lo storico della filosofia, e in particolare quello della filosofia del diritto, può chiamare «moderna» o «premoderna» una parte della dottrina scolastica dei secoli XIV e XV. Noi prenderemo le mosse proprio dalla tarda scolastica.

L'età moderna ha visto la diffusione di un modo di pensare il diritto ben diverso da quello tipico delle epoche precedenti. L'anno scorso abbiamo studiato quella filosofia antica, elaborata soprattutto da Aristotele e ripristinata da San Tommaso, che abbiamo designato col nome di dottrina del *diritto naturale classico*; abbiamo sottolineato la sua ricchezza, la sua capacità di venire incontro alle necessità dell'arte giuridica, il successo da essa riscosso nel diritto romano, nel diritto giurisprudenziale medievale e presso tutti i teorici della sistematica giuridica.

Non meno utile sarà lo studio della filosofia giuridica moderna, rappresentata da Pufendorf, Locke, Hobbes, Spinoza ... e alla quale possono esser affibbiate diverse etichette: quella di *diritto naturale moderno* o piuttosto (ma la differenza è più di forma che di sostanza) di *positivismo giuridico*.

Anche se, personalmente, non attribuisco per ciò che concerne il diritto pari *valore* alla filosofia classica ed alla filosofia moderna, ciò non di meno ritengo essenziale studiare gli autori moderni senza pregiudizi sfavorevoli, ma con quella simpatia, senza la quale ricostruire la storia del pensiero sarebbe solo un esercizio sterile. Cercheremo perciò di mettere in chiaro ciò di cui l'Europa è debitrice alla filosofia moderna: l'esaltazione del ruolo dell'uomo, della sua ragione e dell'invenzione umana nella produzione del diritto; l'attenzione all'individuo, la messa in chiaro dei suoi *diritti*; un effettivo progresso del diritto dal punto di vista dell'ordine e della precisione sistematica ...

Ciò non toglie che la filosofia giuridica moderna sia da ritenere, nel complesso, meno ricca di quella classica, meno calibrata sull'esperienza, meno completa, più sistematica. Da un punto di vista filosofico, non credo affatto che abbia fatto registrare un vero progresso nella storia del pensiero.

Ma le sue debolezze non tolgono nulla alla sua rilevanza *storica*. Infatti, come i principi messi in chiaro da Aristotele hanno reso possibile la costruzione scientifica del diritto romano, così è stato per la filosofia moderna nei suoi rapporti coi sistemi giuridici moderni, che sono poi ancora quelli con cui noi dobbiamo fare i conti, quelli che si sono definitivamente strutturati sotto la Rivoluzione francese o nei codici del XVIII e del XIX secolo (se non addirittura nella dottrina anteriore).

Nessuno studioso di diritto pubblico oserebbe mettere in dubbio questa dipendenza; tutti sanno che le nostre costituzioni, i nostri principi «democratici», la

nostra concezione della legge, derivano da Locke o da Rousseau. Un'analoga verità emerge, per quanto concerne il diritto privato, dai recenti lavori di Wieacker: la struttura, l'organizzazione interna dei nostri codici e ancor più dei nostri trattati sistematici di diritto civile, la nostra nozione di proprietà, la nostra teoria del contratto, sono tutte creazioni dello spirito moderno e trovano la loro prima fonte nel lavoro dei filosofi all'inizio dell'epoca moderna.

Lo strano è che questo modo di pensare il diritto, questi progetti, queste nozioni, queste tecniche sono sopravvissute alla filosofia che ha costituito il loro fondamento. Al giorno d'oggi, infatti, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolff e Kant sono pensatori fortemente contestati; non c'è certamente più nessuno, né tra i filosofi, né tra i sociologi, che prenda veramente sul serio la teoria del contratto sociale; e del resto nemmeno la dottrina sensistica individualistica, atomistica della conoscenza, propria di un Locke, è rimasta vitale. Ma noi continuiamo a trattare le questioni giuridiche come se credessimo ancora alla sovranità dello stato e a pensare l'esperienza giuridica attraverso le categorie dei diritti soggettivi, dei diritti reali, della persona giuridica o della proprietà assoluta... Questo scarto tra teoria del diritto e filosofia non ci deve sorprendere troppo, dato che è una delle costanti della storia del diritto, frutto della routine dei giuristi, che non potendo coltivare la filosofia in prima persona, ne recepiscono le indicazioni, nella maggior parte dei casi, in ritardo e mediante canali indiretti, col risultato di deformarle e di irrigidirle e di professare nei loro confronti un attaccamento tanto più ostinato, quanto più quelle dottrine sono state di fatto abbandonate dai filosofi. Abbiamo già ricordato diversi, antichi esempi di questo fenomeno.

È questo il motivo per cui gli studi di storia della filosofia possono adempiere ad una funzione critica nei confronti del diritto. Dato che nell'arsenale delle nozioni su cui si fonda tuttora la tecnica giuridica molte hanno cessato di soddisfarci, e che cominciamo ad avvertire sempre più la loro inadeguatezza nei confronti delle tendenze più diffuse del pensiero contemporaneo, non sarà affatto inutile studiarle nel momento in cui per la prima volta sono state elaborate, mettendole così a confronto con le loro fonti propriamente filosofiche, per vedere se si può riuscire a portare alla luce il segreto della loro inadeguatezza.

Ma che cosa si deve intendere esattamente per filosofia giuridica moderna? Se si ha un po' di conoscenza della materia, si sa bene che non esiste *una* filosofia moderna, più di quanto non esista *un* sistema giuridico moderno. Vedremo come sono venuti a determinarsi climi intellettuali ben diversi sul continente, e principalmente in Germania, da una parte, e in Inghilterra, dall'altra. Nell'Europa continentale, infatti, la *scuola razionalista* subisce l'influenza di Cartesio e si sforza di costruire *sistemi* di diritto naturale, o razionale, assiomatici, sul modello della geometria; in Inghilterra, invece, con Francesco Bacone e con Locke, tanto ammirati da Voltaire e da Montesquieu, viene adottato un metodo empirico, Quando si parla dell'*utilitarismo* di un Leibniz, si intende una cosa ben diversa da quello di un Locke.

Va anche messo in evidenza che c'è una considerevole distanza tra la spregiudicatezza innovatrice di filosofie come quella di Hobbes o di Spinoza e

l'*eclettismo* della scuola del diritto naturale, che elabora una sintesi prudente di antiche teorie tomiste con l'individualismo moderno, una sorta di *mélange*, che diviene addirittura intenzionale in Leibniz e Wolff. E tutti sanno, del resto, che i metodi e le conclusioni di un Montesquieu o di un Rousseau son diametralmente opposti, come erano tra loro quelli di Hobbes, di Pufendorf e di Locke. Alla fine del periodo che dobbiamo prendere in esame, vedremo la nascita di due codici civili, quello francese e quello prussiano, che di certo non si rassomigliano affatto.

Comunque esistono anche alcune tendenze comuni ai sistemi giuridici moderni; tendenze in precedenza distinte, ma la cui sintesi, più o meno riuscita, costituisce la specificità del pensiero giuridico moderno. Seguendo le indicazioni di Guido Fassò 4, possiamo stabilire due elementi caratteristici della modernità: *laicità* e *individualismo*.

In nome della laicità il diritto moderno s'oppone al diritto clericale dell'alto Medioevo, a tutto ciò che il diritto medievale fino al termine del suo arco storico aveva di sacrale. Molti storici fanno iniziare la dottrina moderna del diritto da una famosa formula di Grozio (che del resto non è stata inventata da lui), quella per cui il diritto naturale esisterebbe ugualmente, anche se Dio non esistesse, «etsi daremus Deus non esse»: in quest'ottica la scienza del diritto naturale fa astrazione da Dio e dalla fede. Alla fede nei testi rivelati, che erano ritenuti nel Medioevo la principale fonte di conoscenza, viene a sostituirsi integralmente, almeno se si tratta di scoprire o di inventare il diritto, la fiducia nella «ragione», aiutata o no dall'esperienza (da intendere in senso stretto, come esperienza sensibile). A partire da questo presupposto sono costruiti i sistemi giuridici di Hobbes, di Pufendorf e di Wolff. Certo, c'è qualche eccezione: la dottrina giuridica di Lutero, quella di alcuni puritani americani, la *Politique* di Bossuet, che è proclamata come dedotta dalla Sacra Scrittura. Un Domat vuol dare a credere di fondare il suo sistema giuridico su principi rivelati. Ma la grande maggioranza degli autori moderni adotta una linea di pensiero puramente razionale. Analogamente, lo *scopo* che la maggior parte dei pensatori assegna al diritto e allo stato è puramente terrestre, puramente mondano; il rifiuto di prendere in considerazione i fini spirituali dell'al di là sarà il contrassegno dell'*utilitarismo*. Il codice prussiano così come il codice civile francese sono ambedue laici e sotto questo punto di vista sono ambedue agli antipodi rispetto ai due monumenti principali del diritto medievale, il *Decreto* di Graziano e le *Decretali*.

Sarebbe un grave errore pensare che questo laicismo vada di pari passo con un atteggiamento antireligioso. Al contrario, per qualche tempo esso è sincronico rispetto a una certa teologia cristiana e a volte perfino autenticamente cattolica. I grandi filosofi del diritto del XVII secolo, Suarez, Grozio, Locke, Pufendorf (ed anche, pur se a modo suo, Spinoza) sono tutti in qualche modo teologi; essi aspirano tutti a mettere d'accordo la loro dottrina giuridica con la religione cristiana e moltiplicano le citazioni dalla scrittura a fondamento delle loro posizioni. È ben vero che il protestantesimo induce alcuni dei suoi rappresentanti ad aderire ad una teologia lassista, non vincolata ad alcuna autorità e sempre più indifferente in materia di dogma (anche se di solito accompagnata ad una pietà profonda); e che

proprio da questi presupposti Locke sarà spinto nella direzione di un «cristianesimo ragionevole». È solo a poco a poco, soprattutto con Spinoza e con la filosofia del settecento francese, che si rende avvertibile la frattura nei confronti dell'ortodossia e che si determinano le intrusioni del razionalismo e più tardi (in una sintesi con l'empirismo di marca anglosassone) dello scientismo moderno, con ciò che in essi si dà di più contrario alla fede cristiana. Questi eccessi lasceranno indubbiamente il loro segno sulla scienza giuridica del tempo.

L'*individualismo* è l'aspetto, a mio parere, più caratteristico della filosofia giuridica moderna; è l'individualismo che contraddistingue il diritto moderno, non solo rispetto alle concezioni dominanti del Medioevo, ma anche alle dottrine classiche della filosofia *del diritto* dell'antichità (e alludo soprattutto ad Aristotele).

L'individualismo lo si trova dappertutto nel mondo moderno. Una filosofia della conoscenza, erede del nominalismo ed ampiamente diffusa, è la responsabile di questo fenomeno, insieme con una particolare metafisica, quella della sostanzialità individuale. Il primo oggetto della conoscenza è l'individuo, punto di partenza di ogni ulteriore dottrina: sia di quella cartesiana in cui il sistema dell'evidenza soggettiva è dedotto dall'esistenza del soggetto, sia di quella di Hobbes, di Locke o di Spinoza, che ricostruiscono l'universo sociale a partire dall'uomo visto nello «stato di natura» e pregiudizialmente considerato atomisticamente per ottimizzare l'analisi. Forma attenuata e indubbiamente un po' imbastardita di questa tendenza, la «Scuola del diritto naturale» procede in tutte le sue costruzioni a partire dalla «natura» dell'uomo inteso individualisticamente (già Montaigne scopriva nel suo proprio io la «forma intera della condizione umana»), opponendosi in ciò nella maniera più radicale alla dottrina del diritto naturale classico (che partiva invece dalla considerazione della natura intesa cosmicamente, dai gruppi sociali e dalle comunità politiche). È ovvio che le conclusioni debbano essere del tutto differenti.

Il mondo giuridico moderno è concorde su alcune tesi, che portano tutte il marchio dell'individualismo: l'esistenza di «diritti naturali» dell'individuo (il fondamento del sistema di Hobbes, rielaborato amorosamente da Locke, da Pufendorf, Thomasius, Wolff, fino a produrre le solenni *Dichiarazioni dei diritti umani*); la costruzione artificiale dello stato per mezzo del *contratto sociale*, nell'interesse e per l'*utilità* degli individui. Il *positivismo giuridico* (nel senso originario del termine) è il corollario della tesi del contratto sociale e dello stato di natura come stato anarchico; infatti, se l'individuo è libero nello stato di natura e se la natura non regola affatto i rapporti sociali, non ci può essere diritto se non *posto* dallo stato; c'è parecchio positivismo, attenuato dall'affermazione che esiste un superiore livello di norme giusnaturalistiche, anche nella Scuola del diritto naturale. Infine, l'elemento primo del sistema giuridico (sia positivo che naturale) diviene ormai la nozione di *diritto soggettivo*, di cui la teoria del *contratto* non costituisce che un prolungamento.

Ecco gli elementi che si possono far venire alla luce, con poco sforzo, nell'opera giuridica di un Wolff, come in quella di un Kant ed anche nel nostro Codice civile e più ancora nei trattati sistematici di diritto costruiti secondo l'ordine del Codice, o in quelli dei Pandettisti. Ecco la mèta cui i moderni cominciarono a tendere

attraverso l'esercizio della «ragione», una volta che si furono liberati dal dogmatismo; ecco ciò che al giorno d'oggi comincia ad essere rimesso in questione.

Di questa struttura specifica del diritto moderno, di cui abbiamo parlato per rapidissimi cenni, faremo l'oggetto del corso di quest'anno, cercando di approfondirla criticamente. Il che non sarà possibile, come abbiamo già detto, se non risalendo ai suoi fondamenti filosofici; e questi sono ben più antichi di quanto non si creda usualmente.

La storiografia tradizionale, fino a non molti anni fa, era ancora solita individuare una radicale frattura nel cinquecento tra l'oscurantismo medievale (che ben volentieri veniva fatto risalire allo spirito religioso dominante in quell'epoca) e lo spirito rinascimentale, libero dalle catene della superstizione e aperto ai lumi della ragione moderna. Questa visione semplicistica aveva a suo fondamento un duplice errore; in primo luogo, come ho già ricordato, non è affatto vero che il XVI e il XVII secolo siano epoche di affievolimento della fede cristiana. Né Rabelais, né Montaigne furono toccati dalla tentazione dell'incredulità, e nemmeno Hobbes o Spinoza furono degli atei, qual che sia stata l'opinione che di essi ebbero i contemporanei. Tutto il seicento è animato da un'ardente fede religiosa, non solo in Francia, ma anche nel mondo protestante, come si vede del resto dal fatto che le discussioni religiose occupano un posto d'onore nelle opere di Locke, Grozio, Spinoza, Pufendorf. E non è nemmeno vero che l'umanesimo abbia atteso il cinquecento per esplodere. Le università medievali, inoltre, non furono affatto centri di barbarie, ma di altissima filosofia.

I due aspetti che abbiamo individuato come specifici del pensiero giuridico moderno trovano la loro vera origine nella scolastica medievale, anche se, per il vero, vi appaiono ancora dissociati. Questo tema è stato ben approfondito da Fassò: la laicità, il rispetto della ragione profana provengono dalla scuola di San Tommaso, mentre l'individualismo e le sue conseguenze, il positivismo giuridico, il concetto di diritto soggettivo, nascono nella scuola rivale, sorta agli inizi del trecento (che è comunemente chiamata scolastica francescana) e soprattutto nel nominalismo di Guglielmo di Occam. Per quanto generiche, queste indicazioni sono corrette. Non c'è da temere di uscire fuori tema, quindi, se consacriamo il corso di quest'anno ai precursori medievali del pensiero giuridico moderno.

Solo più tardi potremo accingerci allo studio dei sistemi del XVII secolo: Hobbes, Spinoza, Locke e la «Scuola del diritto naturale». È dalla sintesi, più o meno riuscita, del laicismo giuridico, dell'individualismo, dell'utilitarismo e qualche volta del razionalismo, che il pensiero giuridico moderno acquista la sua forma propria.

1. *Le fonti scolastiche medievali del pensiero giuridico moderno*

Come non è corretto parlare al singolare di pensiero moderno (dato che le filosofie moderne non sono solo molteplici, ma anche contraddittorie), così non si ha il diritto di parlare di «pensiero medievale», come se si trattasse di un'entità unitaria. Ci sono diversi Medioevi: e tutti noi sappiamo più o meno distinguere un alto Medioevo, severo e dominato, dal punto di vista ideologico, dalla dittatura della

fede e dall'ossequio per la Sacra Scrittura, dai secoli seguenti. A partire dal mille e dal mille e cento assistiamo al nascere, in alcune località privilegiate, di un'epoca nuova: i commerci di Venezia hanno aperto l'Europa allo sviluppo economico, artistico ed intellettuale. Nascono le città, le corporazioni commerciali e artigiane. Rinascono gli stati, rinasce una vita politica intensa, ricca di contraddizioni, creatrice e che è tutto meno che estatica». Registriamo, infine, il rinascere degli studi e dell'uso dell'argomentazione puramente razionale a Chartres, a Bologna, a Parigi.

Nella storia universitaria dell'epoca che abbiamo appena descritto abbiamo operato l'anno passato, non senza riuscire ad evitare il pericolo di eccessivi schematismi, la distinzione tra due grandi scuole. C'è innanzi tutto la corrente *umanistica*, particolarmente aperta alle influenze della filosofia profana: ricordiamo Chartres, Abelardo, gli interpreti di Cicerone e del diritto romano, di Aristotele e di Averroè. Questa scuola tocca il suo culmine con la sintesi, peraltro moderata, di San Tommaso. Abbiamo poi una corrente che abbiamo chiamato *integrista*, ben più attaccata alla tradizione strettamente cristiana e soprattutto a Sant' Agostino: essa è presente in tutto il Medioevo e nel XIII secolo si afferma soprattutto nella scolastica francescana. Verso la metà del XIII secolo, essa attraversa un periodo di eclissi, forse a causa del grande successo riscosso dalla dottrina tomista. Ma dopo la condanna di San Tommaso, nel 1277, il francescanesimo riprende vigore e ritorna all'offensiva, sfociando agli inizi del XIV secolo nei sistemi teologici di Duns Scoto e di Guglielmo di Occam.

Ambedue queste scuole sono di estrema rilevanza per la nascita della dottrina giuridica moderna. L'*individualismo*, che è probabilmente la caratteristica principale della modernità, nasce soprattutto grazie a Guglielmo di Occam e alla scuola nominalista. Esiste un legame diretto e continuato tra Occam (e, in forma attenuata, Duns Scoto) e quelli che sono i profeti per eccellenza del pensiero moderno nel XVI e nel XVII secolo: Lutero, Cartesio, Hobbes, Pufendorf. Ci proponiamo quindi di dedicare la maggior parte delle nostre ricerche alla scolastica francescana, a Scoto, ad Occam.

Ma non sarà affatto inutile, per cominciare, ritornare su San Tommaso e sul portato specifico della sua opera, già così moderna. Si ignora, in genere, che il tomismo fu uno degli elementi fondamentali della vita scolastica del XVI e del XVII secolo: esso conobbe una potente rinascita nella Spagna del XVI secolo e anche se più o meno corrotto, attraverso innumerevoli intermediari, esso continuò a dominare gli insegnamenti fino alla fine dell'*Ancien Régime*, sia nei paesi cattolici che nei paesi protestanti. Al tomismo il pensiero giuridico moderno va debitore del suo secondo carattere: la laicità, la sua fiducia nelle forze della ragione umana.

Capitolo primo. **LA MODERNITÀ DELLA DOTTRINA GIURIDICA TOMISTA**

Per la filosofia del diritto di San Tommaso, nel suo complesso, rinviamo alla sintesi che ne avevamo fatto nel corso dell'anno passato. Il nostro interesse è ora

solo quello di sintetizzarne i risultati e di mostrare perché San Tommaso va considerato il precursore dei sistemi giuridici *moderni*.

Questa tesi sembra, sulle prime, paradossale: l'elemento più tipico dell'opera tomista per ciò che riguarda il diritto sta nel rimettere in auge il diritto naturale di Aristotele; il che non è di certo né nuovo né moderno, dato che la lezione essenziale della dottrina classica del diritto naturale verrà completamente abbandonata nel XVII secolo e che Aristotele è stato uno dei bersagli di Montaigne, di Hobbes e di Spinoza. Il tomismo appare, generalmente, all'antitesi della filosofia moderna. Ma questa opinione ha il torto di fondarsi su di una visione troppo ristretta e di non abbracciare l'insieme dell'opera tomista, oltre a sottovalutare il suo ruolo in rapporto all'alto Medioevo da una parte, e al mondo cristiano, o almeno post-cristiano, nel quale viviamo, dall'altra.

Avevamo ricordato l'anno passato che la caratteristica principale dell'opera di San Tommaso nel suo tempo è stata quella di riabilitare la ragione, in un ambiente culturale ossessionato dalle conseguenze del peccato di Adamo e avvezzo a disprezzare le facoltà naturali dell'uomo. San Tommaso ebbe l'audacia di ricorrere apertamente all'autorità di filosofi e sapienti del mondo pagano e principalmente a quella di Aristotele e di proclamare la sua fiducia nella «dialettica profana». Non si trattò chiaramente di un ritorno puro e semplice alle posizioni dottrinarie dell'antichità, come se il cristianesimo fosse stato messo tra parentesi; la fede mantenne il suo spazio (e del resto non lo perderà che progressivamente, a seguito di alcuni atteggiamenti del protestantesimo e soprattutto con l'avvento del razionalismo), ma la ragione venne riconosciuta competente e legittimata all'esplorazione della *natura*. È un segno dell'ingratitudine della cultura moderna, il fatto che essa voglia dimenticare che le proprie conquiste filosofiche e scientifiche le deve proprio al tomismo, il primo sistema che abbia operato la liberazione della ragione, e che senza il soccorso di questa teologia essa non avrebbe mai potuto decollare. La cultura moderna fu cristiana, in Francia, almeno fino al XVIII secolo e non avrebbe potuto promuovere indagini strettamente razionali, se ai suoi albori si fosse trovata in contraddizione e condannata dalla fede. Perfino Spinoza si appoggia alla teologia tomista, quando esalta, aiutandosi con gli stessi argomenti e con le stesse citazioni scritturistiche che erano state utilizzate da San Tommaso, i «lumi naturali» dell'uomo. Analogamente, Locke e Wolff, Grozio e Domat, il Codice prussiano e il Codice civile francese sono inconcepibili senza San Tommaso.

Ma non sono state solo la grande fortuna e l'incredibile sopravvivenza della teologia tomista a costituire una delle forze costitutive dell'Europa moderna. Non sottovalutiamo il ruolo storico della *filosofia del diritto* di San Tommaso, come applicazione concreta dei suoi principi teologici al mondo giuridico cristiano. Infatti, il cristianesimo, lo si voglia o no, ha il suo peso nella dimensione sociale della vita; prima di San Tommaso esso portava a una sorta di dittatura dei precetti scritturistici nell'ambito della scienza giuridica (il che comportava spesso una confusione inestricabile tra giustizia e carità, tra il diritto e la morale nel suo insieme). Il cristianesimo inoltre tendeva a rafforzare il valore dei principi consuetudinari. Infatti, se i popoli medievali hanno questa curiosa propensione a

rispettare le costumanze tradizionali, solo perché esistono di fatto, senza cercare di dar loro nemmeno una parvenza di giustificazione razionale, ciò dipende in gran parte da un'eredità del mondo germanico, ma anche dal fatto che la consuetudine è vista come provvidenziale: uno degli aspetti della dottrina giuridica di Sant'Agostino è proprio questa sottomissione al fatto storico, riportato nella sua origine all'autorità di Dio, autore della storia. Queste due fonti, la rivelazione di Dio attraverso la Sacra Scrittura e la consuetudine, danno al diritto dell'alto Medioevo un aspetto estremamente *statico*. Se la rapportiamo a questo atteggiamento spirituale, la dottrina tomista ci appare come quella che restaura l'iniziativa umana sia nella *scoperta* che nella *produzione* del diritto, rivalutando la ragione e la volontà naturale dell'uomo. Così, le due nuove fonti, di cui si nutrirà il diritto moderno e cioè da una parte la *dottrina* e dall'altra la legge dello *stato*, trovano ambedue la loro giustificazione nel pensiero di San Tommaso e sono debitrici alla sua teologia della loro, per dir così, esistenza legale.

1. *L'affermazione della dottrina tomista*

Nessuno di noi ignora quanto eminente sia stato il ruolo della dottrina nella produzione giuridica del XVI e del XVII secolo; si è trattato, per dirla coi tedeschi, di un *Juristenrecht*, di un diritto dei giuristi, se non addirittura di un *Professorenrecht*, di un diritto dei professori. Del resto non è nemmeno da escludere che la dottrina non costituisca ancor oggi un'autonoma fonte del diritto, a dispetto di ciò che viene insegnato dai professori di diritto civile. Ma che tale fosse fino alla fine dell'*Ancien Régime*, è assolutamente indubitabile.

Coquille, Cujace o Du Moulin hanno creato più diritto di quanto non ne abbiano fatto i re di Francia loro contemporanei. Uno dei miei studenti lavora alle «origini dottrinali del *Code civil*»: il Codice civile è un prodotto, più che della volontà del popolo, dell'opera di Pothier, di Domat e, a tratti, di Pufendorf; insomma, di una dottrina rimasta per lungo tempo autonoma, e in grado di giungere a risolvere questioni giuridiche ben prima che lo stato se ne sia interessato; una dottrina laica, indipendente da ogni influsso clericale e innestata sulla tradizione secolare della giurisprudenza romana. Nella teologia tomista è possibile andare alla ricerca dei fondamenti di questa metodologia di produzione del diritto.

Dobbiamo a questo punto rifarci agli studi condotti l'anno passato: d'altro non si tratta, infatti, che della restaurazione della teoria del diritto naturale classico, elaborata da Aristotele, accolta nel mondo giuridico romano, nel quale essa venne a dar conferma all'azione creatrice dei *giuristi*. Ritengo che il fondamento del diritto giurisprudenziale riposi non solo sul diritto naturale, ma anche sulla *metafisica* che fonda il diritto naturale. Non possiamo ancora, quindi, abbandonare San Tommaso d'Aquino. Aggiungiamo perciò qualche parola sulle premesse filosofiche del suo giusnaturalismo e quindi sulle conseguenze pratiche della sua filosofia del diritto.

1. *La visione classica della natura*

Se insisto un po' su questo punto, è perché si trova proprio al centro delle discussioni della filosofia moderna. Essa senza dubbio ha, nella maggior parte dei

casi, combattuto la metafisica tomista (e proprio come conseguenza di questa battaglia è potuto sorgere il positivismo giuridico), ma non sempre l'ha rigettata nella sua integralità: sarebbe altrimenti incomprensibile la successiva evoluzione storica: ad es., non ci sarebbe stata la Scuola del diritto naturale moderno. Insomma, non possiamo comprendere né la genesi del pensiero di Occam e di Hobbes, né quella di Grozio o di Wolff, se non iniziamo da San Tommaso e dalla sua nozione di *natura*.

La pretesa di dedurre il diritto dalla natura sembra al giorno d'oggi semplicemente assurda. Si ritiene infatti incompatibile con la logica più elementare dedurre, a partire da verità che poggiano sul *fatto*, cioè su ciò che esiste, conoscenze in ordine al *dover-essere*, o - per usare l'espressione neo-kantiana - dedurre dal *Sein* un *Sollen*. È questo il motivo per cui il diritto naturale non ha più circolazione nella cultura contemporanea e perfino coloro che non ne rigettano completamente l'idea la stravolgono fino ad adulterarla completamente.

Il fatto è che, col termine «natura», si intende nel linguaggio contemporaneo qualcosa di ben diverso da ciò che pensavano Aristotele o San Tommaso. Per ritrovare la chiave giusta dell'intendimento della dottrina del diritto naturale, bisogna in primo luogo riscoprire il significato aristotelico e tomista di «natura» e cioè il significato di «essere» e delle sue *quattro cause*. Di queste, la cultura contemporanea ne ammette solo una, o forse due, a volte tre; quando è proprio la quarta che appare indispensabile.

Se leggo le prime pagine, quelle dedicate alla concezione corrente della natura nella cultura contemporanea, del recente libro di Heisenberg, che proprio quest'anno, a detta della stampa, è stato un *bestseller*, vedo che si concepisce la *natura*, generalmente, come *materia*: ciò che Aristotele indicava solo come la *causa materiale* degli esseri. Heisenberg registra questa concezione, solo per combatterla, perché la ritiene superata dalle dottrine più recenti della fisica. Ma l'uomo comune, erede quanto a questo delle lezioni dei secoli passati, continua a designare col termine «natura» l'insieme dei corpi, costituiti da raggruppamenti di atomi, di quegli atomi che i chimici dell'ottocento si immaginavano di poter arrivare a toccare.

Senza risalire fino a Epicuro, questa concezione della natura deve qualcosa a Cartesio, che ha separato lo spirito dalla materia, che anzi ha privato la materia di ogni spiritualità. In ogni modo, è evidente che non è da una natura inerte, senz'anima, puramente materiale, che potremo pretendere di dedurre un diritto naturale.

In verità, bisogna aggiungere - così ci dice Heisenberg - qualcosa di più spirituale a questa visione della natura propria della cultura contemporanea ristretta alla materialità dei corpi; bisogna aggiungere una possibilità di relazione tra questi corpi o questi atomi, una relazione di successione o di ciò che chiamiamo causalità, anzi di ciò che viene ancor oggi chiamato *legge naturale*. In modo diverso da Aristotele, noi non manchiamo di prendere in considerazione nella natura ciò che gli scolastici chiamano le *cause efficienti*. Ma non è nemmeno da queste che sarebbe logico dedurre un diritto naturale.

La nozione scolastica della natura e dell'essere è ben più densa: dietro ad ogni essere, San Tommaso vedeva una *forma comune*, quella che contribuisce a costituirlo e che ogni individuo divide con altri della stessa specie. Ad esempio, in Pietro e in Paolo c'è l'uomo, il cittadino, il padre di famiglia. Il mondo non appare, infatti, ad Aristotele o a San Tommaso come un ammasso di individui o di atomi eterogenei, ma come un insieme organizzato e ordinato razionalmente di generi e di specie, al punto che accanto alle «sostanze prime» (gli individui) si può riconoscere l'esistenza delle «sostanze seconde» (gli «universali»: l'animale, l'uomo, il vegetale, il minerale, ecc.), che fanno anch'esse parte della natura. Ogni individuo partecipa, nel senso ristretto di questo termine, ad una «natura comune», quella del genere o della specie cui appartiene: per esempio, alla natura dell'uomo o del cittadino. Queste sono le *cause formali*.

Non mi pare proprio che i moderni (usiamo sempre questo termine in un significato storico ristretto) abbiano abbandonato le cause formali. Essi avevano della natura una nozione più ricca di quella di molti nostri contemporanei. I sistemi di Hobbes, di Locke o di Spinoza, come quelli di Grozio o di Pufendorf, di Wolff o di Domat, saranno tutti costruiti sull'ipotesi di una *natura dell'uomo*, concepita anche in modo più rigido di quanto non abbia fatto San Tommaso. È questa una delle condizioni necessarie per fondare una dottrina del diritto naturale.

Ma non è una condizione sufficiente. Per poter giungere a parlare di diritto naturale, bisogna vedere nella natura l'esistenza di *cause finali*.

L'universo aristotelico-tomista non ha nulla di quell'universo freddo e riduttivo cui ci ha abituato l'intelligenza moderna; non è un mondo immobile e non è nemmeno un puro meccanismo; esso conserva invece le dimensioni della vita e di una vita tesa alla realizzazione di *fini*. I fini fanno parte della natura, così come essa è considerata da San Tommaso. Li si discerne, a esempio, nei movimenti istintivi delle piante o degli *animali*, che sono tesi verso la conservazione del loro essere (attraverso la nutrizione e la difesa della loro integrità fisica) e verso la riproduzione della specie. La strada di una biologia priva di riferimenti finalistici si dimostra alla fin fine impraticabile, a dispetto dei metodi ereditati dall'ottocento. Si individuano finalità ancora più significative, quando si osserva il comportamento spontaneo degli uomini. Ma è a tutta la *Natura*, alla natura universale, che si devono ragionevolmente attribuire delle finalità; essa infatti si rivela ordinata a conseguire determinati risultati pratici (ad esempio, gli animali e i minerali sono chiaramente al servizio dell'uomo e gli uomini sono-forse-al servizio di un Bene superiore).

Temi come questi otterrebbero un'accoglienza sicuramente migliore presso il pubblico contemporaneo, se soltanto non fossero stati espressi nel linguaggio lambiccato di un Teilhard de Chardin.

Così come tutta la natura implica dei fini, li implica anche ogni natura particolare, dato che il mondo è ordinato in generi e in specie che possiedono ciascuna la sua natura. Pertanto alle nature della pianta o dell'animale ineriscono finalità proprie e analogamente può dirsi della natura dell'uomo (anche se, per San Tommaso, non bisogna mai dimenticare le finalità globali della natura). Nel linguaggio tomista - che sotto questo profilo è lontanissimo da quello moderno - bisogna dunque

intendere per «natura» il fine che ogni essere è chiamato a realizzare. La natura dell'uomo e ciò verso cui egli deve tendere ed è nello stesso tempo la sua essenza, la sua forma, la massimizzazione del suo essere. Anche se non sono discernibili immediatamente mediante le ordinarie procedure scientifiche, ciò non di meno queste *cause finali* sono iscritte, nascoste, ma comunque presenti e identificabili nella Natura.

Se mi sono avventurato in questa dottrina scolastica delle quattro cause, è perché purtroppo gli studi di storia della filosofia del diritto non cessano di renderci consapevoli della presenza di nessi diretti, o piuttosto direi della dipendenza del più piccolo evento della storia del diritto (e in ogni caso della dottrina delle fonti del diritto) con presupposti metafisici. Per noi è di importanza essenziale capire ciò che i classici intendevano per *natura* e cioè una realtà più ricca, incomparabilmente, di quella povera e asciutta natura moderna che si è venuta a determinare dopo la dicotomia cartesiana. Per i classici, la natura è il mondo esterno nella sua oggettività e che è profondamente intriso di significato; quel significato che per i cristiani gli ha conferito il suo creatore e per Aristotele il «vasaio» che ha dato ordine al cosmo, cioè in breve l'Intelligenza ordinatrice. Natura è un mondo in cui si trova e si vede un ordine e in cui non è insensato andare alla ricerca di un dover-essere.

Partendo da questi presupposti, si può fondare filosoficamente il ruolo creativo autonomo della *dottrina*. È legittimo affidare ad una classe di esperti, di sapienti e in particolare di «prudentes», di giuristi, il compito di leggere la natura e di dedurne quelle norme che essa porta inscritte; e si tratterà di norme che varranno per se stesse, per la natura di cui esse sono l'espressione (*jus naturae*); varranno nei limiti in cui tradurranno in maniera più o meno adeguata l'ordine implicito nella natura e non avranno bisogno di appoggiarsi all'autorità di nessun precetto statuale. È in questo modo che ha preso forma la morale dell'antichità, quella che noi seguiamo ancor oggi; quella che proibisce alcune azioni (ad es. l'ubriachezza, la pigrizia, l'intemperanza, i costumi sessuali «contro natura») ed impone certi doveri a seconda che appaiano contrari o conformi ai fini propri della natura umana. Questo è il metodo al quale siamo debitori anche di gran parte del nostro diritto, esattamente quello che è di origine *dottrinale*, giurisprudenziale. Il procedimento di creazione giuridica giurisprudenziale non avrebbe potuto avere nel mondo romano - ne sono persuaso - una fioritura così rilevante, se non ci fosse stata alle sue spalle, come fondamento, la filosofia di Aristotele; così come la dottrina francese non avrebbe potuto avere un ruolo così rilevante, quale è stato il suo fino alla fine dell'*Ancien Régime,* se San Tommaso non avesse rimesso in onore la dottrina del diritto naturale.

2. *Conseguenze pratiche*

Ribadiamo quale sia stata l'importanza dell'opera tomista nel processo di formazione del diritto dell'Europa moderna.

Tommaso ha dato il *nihil obstat* della teologia e tutti i necessari fondamenti filosofici alla rinascita del diritto romano; nella *Summa Theologiae*, ha contribuito a questa rinascita, moltiplicando le citazioni dei testi dei giuristi romani, ogni qual volta toccava temi giuridici. La dottrina giuridica romana si è dimostrata recepibile nel mondo cristiano, anche quando ci si accorse che essa non proveniva affatto dall'impero cristianizzato di Giustiniano e che in fondo non era nulla più che una *dottrina* profana quanto alla sua origine, priva di autorità ufficiale: una pura dottrina *scientifica*. Per il resto, quale titolo poteva avere il diritto romano per essere recepito in Francia, se non il suo valore *dottrinario*? Gli stessi titoli che aveva Aristotele per affermarsi nella filosofia medievale. La rinascita del diritto romano dopo il XIII secolo ha una sola giustificazione: esso era ritenuto un'espressione del diritto naturale. Non stiamo a ripetere ciò che l'Europa deve ai romanisti, ai suoi romanisti laici, a Baldo, Bartolo, Cuiacio, Vinnio, Eineccio, Pothier.

Ma, come abbiamo già sottolineato l'anno passato, le necessità della società medievale cristiana erano tali da non poter essere soddisfatte dalle soluzioni emergenti dai testi romani, letteralmente considerati; questo fu il limite della scuola dei glossatori, che arrivò a risultati scientificamente apprezzabili sì, ma anche insoddisfacenti nella pratica. Al di là della considerazione dei frutti della dottrina giuridica romana, bisognava risalire alla sua fonte, per metterla in grado di fruttificare ancora e consentire, nel rispetto delle autorità romane, una necessaria libertà interpretativa. Questo fu il compito dei post-glossatori, Partendo dalla stabilità relativa delle istituzioni giuridiche, giustificata dalla relativa costanza della natura umana, essi hanno proceduto (secondo gli insegnamenti della dottrina classica del diritto naturale) all'*adattamento* del diritto alle diverse circostanze umane, un adattamento reso necessario dal fatto che gli uomini sono esseri liberi e mutevoli e collocati in situazioni storiche diverse. E poiché l'invenzione delle regole di diritto naturale è un'impresa infinita e dato anche il fatto che il cristianesimo è in grado di veder più lontano di quanto non facesse la giurisprudenza romana, i post-glossatori hanno cercato di superare il diritto romano. «Attraverso il diritto romano» andare «al di là del diritto romano»: questo è il motto, la parola d'ordine della scienza giuridica tedesca nell'ottocento.

Non diversamente, in fondo, si era comportato San Tommaso nei confronti delle autorità greco-romane, quando aveva affrontato questioni giuridiche: anche lui aveva assunto un atteggiamento misto di rispetto e di libertà. Ad esempio, egli si era appoggiato ad Aristotele e al diritto romano per restaurare audacemente, contro il comunitarismo dell'alto Medioevo, frutto della confusione tra giustizia e carità, la nozione rigorosa di *proprietà privata*, che sarà una delle colonne del sistema giuridico moderno. Ma sapeva anche *superare*, quand'era l'occasione, le soluzioni del diritto antico, come ad esempio a proposito delle condizioni dello schiavo, al quale (secondo la teoria tomista) devono essere riconosciute, nel mondo cristiano, le libertà religiose e familiari.

Il diritto naturale, applicazione del principio di laicità, ha condotto San Tommaso a fondare, almeno in parte, il diritto dell'Europa moderna. Ma ancora più importante è il fatto che la sua dottrina sta a monte dell'opera instancabile della

teoria giuridica moderna, nutrita di diritto romano, ma sempre più libera nei confronti del dettato delle fonti romane. La Scuola del diritto naturale è un esempio di risposta calibrata sulle necessità dell'Europa moderna: non dobbiamo mai dimenticare che essa è nata da presupposti tomistici. Certo, il ramo positivista del pensiero giuridico moderno (Hobbes, Gassendi, Spinoza) si separerà radicalmente dalla filosofia tomista, rigetterà la teoria delle cause finali e la metafisica classica dell'ordine naturale; esso non vedrà nel diritto altro che il prodotto della volontà e non più quello di una ragione che va ricercando ciò che è giusto attraverso lo studio della natura (né a maggior ragione vi vedrà il prodotto degli sforzi della dottrina dei giuristi). Se i giuristi avessero aderito a questa tendenza, questo ramo positivistico del pensiero giuridico moderno avrebbe logicamente e rovinosamente portato ad una frattura con la tradizione dottrinale romana. È anche indubbio che l'altro ramo del pensiero moderno, quello della «Scuola del diritto naturale», devierà anch'esso sempre più dalla dottrina tomista; prigioniero di definizioni rigide e scolastiche sulla mera «natura umana», esso dimenticherà di considerare la Natura nel senso cosmico del termine (quella di cui l'individuo non è che una parte, subordinata e mutevole secondo il corso della storia) e giungerà a rovesciare il metodo prudente e flessibile di San Tommaso. Ciò non toglie che l'ossatura della dottrina tomista verrà mantenuta e cioè la nozione di una natura umana e delle finalità proprie dell'uomo, da cui possono essere dedotte norme giuridiche e morali. L'insegna della scolastica tomista-aristotelica non è mai stata ammainata completamente nell'Europa moderna; la sua presenza è rimasta sempre costante nel mondo universitario e periodicamente autori illustri (come Victoria, De Soto, e più tardi Leibniz e Wolff) l'hanno riportata in auge. Fino alla fine dell'*Ancien Régime* l'opinione più diffusa nel mondo giuridico è stata giusnaturalistica, anche se sempre più infedele alla sua matrice originaria e depauperata della sua sostanza.

Senza questa presenza del giusnaturalismo, non avremmo mai conosciuto né la dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, né i trattati sistematici di diritto naturale, né l'immenso sforzo della dottrina romanistica, al quale siamo debitori del nostro Codice civile. Se la dottrina dei giuristi ha un'autonoma competenza, ciò si deve alla filosofia del diritto naturale. In ciò è da vedere il primo aspetto di modernità della dottrina giuridica tomista, di quest'opera di liberazione delle nostre facoltà naturali; di quest'opera di suprema intelligenza.

II. *La legge*

Il secondo punto che ci rimane da trattare richiederà una esposizione più breve, perché ne abbiamo già parlato nel corso dell'anno passato.

Si tratta comunque di un tema non meno rilevante quanto alle sue conseguenze pratiche. E di un tema ben noto a tutti. Infatti, una delle caratteristiche dell'Europa moderna è che il diritto, in definitiva, vi assume la *forma della legge*: dopo aver avuto, nel Medioevo, come fonti principali la Sacra Scrittura e la consuetudine e, in un secondo momento, la dottrina (romana o moderna, ma comunque di matrice giusnaturalistica), il diritto si è riversato in un numero sempre maggiore di *leggi*, fino a cristallizzarsi nei codici alla fine dell'*Ancien Régime*. Non si tiene presente,

generalmente, che questa rinascita della legge deriva non solo dalla rinascita delle fonti giuridiche romane, di epoca imperiale, ma anche da Aristotele e dall'aristotelismo tomista.

Ci rimane dunque da considerare questa seconda dimensione della dottrina classica del diritto naturale ed esaminarne le conseguenze storiche. Ci limiteremo a un breve riassunto.

1. *La necessità della legge secondo la dottrina del diritto naturale*

Si può ancora leggere qua e là, in opere giuridiche contemporanee, che il «giusnaturalismo» mette in pericolo l'autorità delle leggi positive: le norme di diritto naturale, infatti, farebbero concorrenza alle leggi positive dello stato. In Kelsen si può leggere una meravigliosa critica di questo *dualismo*, da cui consegue il logico rigetto del diritto naturale. Ma le cose stanno diversamente: la rinascita del diritto naturale ci sembra, al contrario, che sia stata la condizione di esistenza della legge positiva e che ne abbia fondato l'autorità; e che il modello del primato del legislativo (*Idee der Gesetzgebung*) si sia sviluppato proprio nell'ambito della dottrina classica del diritto naturale.

Ritorniamo a San Tommaso, al promotore di questa istituzione del tutto moderna, che è la legge statuale. Non c'è proprio nulla nel diritto naturale, quale è stato concepito da San Tommaso, che sia di ostacolo allo sviluppo della legislazione positiva. Il diritto naturale ha troppe lacune e *insufficienze* per non aver bisogno di quel suo complemento che è la legge positiva.

Il fatto è che San Tommaso non crede affatto (come faranno invece molti giuristi moderni) di essere in possesso del contenuto del diritto naturale. Salvo il caso in cui la Sacra Scrittura gli dia conferma del tenore di una legge naturale (ma questa evenienza si dà solo nell'ambito della morale, non in quella del diritto) 4, le sue pretese sono ben più modeste. San Tommaso non ritiene possibile rinserrare la natura umana in quelle *definizioni* rigide, da cui i Pufendorf e i Thomasius dedurranno tanti risultati, tutti irreali, illusori o impraticabili. Egli sostiene che le nostre conoscenze procedono dall'esperienza sensibile e, come ogni esperienza, sono frammentarie e fallibili. Bisogna interrogare in continuazione la realtà naturale, le comunità politiche, i gruppi familiari o professionali, con un lavoro che non arriverà mai alla fine: il suo oggetto è sempre in movimento, dato che «la natura umana e mutevole» e che l'uomo, essere libero, si trova continuamente a dover fronteggiare situazioni nuove e che a queste situazioni mutevoli le norme *giuridiche* bisogna che vengano riadattate in continuazione. Insomma, il lavoro di chi va alla ricerca del diritto naturale è un po' come quello di Penelope e non giunge mai a cristallizzarsi in regole rigide.

Tranne il caso in cui la corporazione dei giuristi si vede concedere in pratica, ufficialmente o ufficiosamente, una parte dell'autorità pubblica (come fu il caso nell'antica Roma e anche quello dei membri del Parlamento sotto l'*Ancien Régime*), essa non può che formulare direttive vaghe, incerte e fragili. Bisogna accontentarsi, quando non c'è nulla di meglio a disposizione (è questo il caso, ad esempio, del diritto internazionale, quando mancano trattati precisi o quando il giudice non ha

sottomano una legge inequivocabilmente adatta al caso che egli sta trattando). Ma di norma in una comunità politica tutti i tipi di relazione sociale richiedono che il giudice e il giudicato siano sottoposti a *norme* precise, che la dottrina, considerata in se stessa, è incapace di determinare. È a questo punto, secondo la dottrina classica del diritto naturale, che interviene una seconda fonte della giustizia. La natura, infatti, non è che una delle fonti del giusto, una delle *Deux Sources* (per dirla con Bergson), che concorrono congiuntamente a costruire l'ordinamento concreto e unitario del diritto.

L'uomo, per natura, è un «animale politico». Ciò significa che, per natura, ci sono Stati e comunità politiche fondati sul diritto naturale; e in questi raggruppamenti politici ci sono per natura quelli che comandano, il cui compito è di dar forma alle regole giuridiche.

Ovviamente San Tommaso si è ben guardato dal non ripetere questa argomentazione fondamentale (anche se in sé limitata) della dottrina aristotelica del diritto naturale. Egli insegna che la sovranità è naturale e che non va considerata come un rimedio al peccato originale, secondo la dottrina agostiniana; che anche gli infedeli possono accedere alla sovranità; che non c'è alcun bisogno di ricercarne un fondamento sovrannaturale: tutto ciò porta all'abolizione della concezione sacrale della monarchia di diritto divino, imposta dall'alto, che si pretendeva fosse in linea di principio unica per l'umanità tutta intera. In tal modo San Tommaso apre le porte al declino della ierocrazia medievale ed alla costruzione del futuro edificio del diritto pubblico moderno, volto a dare una giustificazione puramente teorica della sovranità. Nella *Summa Theologiae* San Tommaso fa sua la lezione aristotelica sui diversi regimi politici, che esistono per natura secondo la diversità dei popoli: democrazia, oligarchia, aristocrazia, monarchia o regime misto, a seconda che il potere sia detenuto dal popolo nel suo insieme, da un élite o da un unico sovrano, o che sia diviso tra diverse autorità. A questi regimi corrispondono diversi modelli normativi, come quello consuetudinario, quello plebiscitario, quello edittale, quello dei senatoconsulti o dei responsi dei giuristi o quello infine delle costituzioni imperiali. Con un perfetto senso della realtà (che purtroppo fa difetto ai moderni teorici del positivismo giuridico) San Tommaso sa trovare il suo posto ad ogni tipo di norma giuridica positiva, comprese le decisioni dei giuristi romani, che devono in effetti almeno in parte essere analizzate come norme di diritto positivo e non come argomentazioni puramente dottrinali, dato che i giuristi erano titolari di parte del potere pubblico in un regime che era fondamentalmente oligarchico.

Consideriamo ora quale sia l'autorità delle leggi positive. In primo luogo va detto che questa autorità non è certo incondizionata. La dottrina del diritto naturale classico è così ridicola da affermare che la legge emanata da un pazzo, come quella che prescriverebbe l'annullamento di tutti i matrimoni o quella che spedirebbe tutti gli ebrei al forno crematorio, non ha alcuna validità! Ammettiamo senza difficoltà che questa prospettiva lascia un margine di incertezza in ordine alla determinazione delle fonti del diritto positivo; è infatti non molto agevole, per la sola via del diritto naturale, determinare chi sia il legislatore competente, e cioè in quali casi ci si trovi in un regime propriamente democratico, oligarchico o monarchico! Non possiamo

mai sapere con assoluta certezza quale autorità vada riconosciuta alla dottrina dei giuristi, alla consuetudine o alle leggi dello stato. Questo è il risultato della nostra debole intelligenza, che porta nella vita giuridica un'ampia dose di imperfezione e di incertezza. Ma non serve a nulla camuffare la realtà, le cose stanno così, quali che siano i paraventi con cui le teorie cercano di nasconderle!

In secondo luogo, dobbiamo andare alla ricerca del fondamento dell'obbligatorietà delle leggi positive. Va detto, con molta semplicità, che è un'ipotesi gratuita quella per cui l'uomo sarebbe per natura anarchico; al contrario, un'osservazione realistica della natura mostra che l'uomo vive e deve vivere all'interno di formazioni sociali, guidate da capi, i quali hanno, proprio in quanto capi, il preciso incarico di determinare con precisione le risultanze incerte del lavoro dottrinale, per ottenere quel minimo di certezza indispensabile al bene del gruppo. *Bisogna ubbidire al diritto positivo in virtù del diritto naturale* (sono stati escogitati anche altri fondamenti della obbligatorietà del diritto positivo, che certo non sono meno mitici del diritto naturale - come, ad esempio, il romanzo o l'utopia del contratto sociale, o il «tribunale della storia» - o che sono assolutamente insufficienti, e in modo del tutto evidente, come la costrizione fisica).

Diritto positivo: per noi questa non è altro che una tautologia; con questa espressione ci limitiamo a dire che chiamiamo diritto l'insieme delle norme che sono effettualmente «poste». Quanto è più ricca la risonanza di queste parole, se seguiamo la dottrina classica del diritto naturale! Esse significano, in questo caso, che le norme emanate, in una determinata comunità politica, dall'autorità costituiscono il *giusto*. Anche se la legge è arbitraria (appartiene alla sua essenza l'essere almeno parzialmente arbitraria, in quanto è un prodotto della *volontà* umana - essa stessa arbitraria - e non unicamente della ragione), questo intervento arbitrario del legislatore si inserisce nell'ordine naturale, partecipa dell'autorità dell'ordine naturale. Ecco perché la legge positiva «obbliga in coscienza», è moralmente vincolante; è giusto pagare le imposte o il biglietto dell'autobus, alla tariffa fissata dallo stato. La legge arbitraria posta dal legislatore competente, emanata in circostanze precise, per determinare e completare i dettami del diritto naturale, è la seconda, ma indispensabile fonte per il completo ordine della giustizia.

Ognuna delle norme di cui è costituito il diritto si basa, in buona sostanza, congiuntamente su queste due fonti, che non sono concorrenziali, ma complementari: la natura e la legge positiva (*jus ex natura, ex lege*). Ma il merito per eccellenza della dottrina tomista è quello di aver messo in evidenza, con maggior solidità e completezza di ogni altra teoria giuridica, la necessità naturale e l'autorità della legge come fonti del diritto.

2. *Conseguenze pratiche*

L'effetto principale del diffondersi della dottrina tomista va visto quindi in questa azione di appoggio alla rinascita del diritto romano nel XIII secolo.

Il diritto canonico, che in questo secolo aveva ancora il primato su di ogni altra fonte di diritto, fu il primo a beneficiare del tomismo. La filosofia di San Tommaso

giustificava il ruolo sempre crescente nel diritto canonico delle *Decretali*. Dopo San Tommaso le *Decretali* acquisteranno sempre più l'aspetto non di atti giudiziari o interpretativi di un diritto ritenuto immutabile, ma di fonti creatrici di un diritto *nuovo*, riadattato alle circostanze della storia, proprio secondo i dettami della dottrina classica del diritto naturale. È quello che affermano le prefazioni del *Sextum* di Bonifacio VIII ed anche le *Extravagantes* di Giovanni XXII, cioè di due papi legislatori, che si attorniarono di consiglieri formatisi sul tomismo, non senza suscitare le proteste dei nemici del papato, delle potenze laiche e delle sette che anticiparono la riforma protestante, così come quelle dei fedelissimi della tradizione, e in specie, come vedremo tra breve, degli scolastici francescani...

Ma se, grazie al tomismo, il papa può rivendicare una piena autorità in questa società che è la Chiesa, la lezione di San Tommaso si indirizza soprattutto alle comunità politiche laiche. Sono queste soprattutto ad essere liberate; è in queste che si provoca una vera e propria fioritura giuridica. Nelle città e nei regni e per cominciare nello stesso impero, la seconda metà del XIII e il XIV secolo vedranno la moltiplicazione degli statuti e degli ordinamenti; è questo il frutto di un diritto laico, ben provvisto di norme fisse e precise, che va di pari passo con lo sviluppo dell'organizzazione giudiziaria. La filosofia di San Tommaso ha risposto perfettamente ai bisogni e alle possibilità dei nascenti stati moderni. La legge è la seconda colonna dei sistemi giuridici moderni; alla legge dobbiamo la certezza, la precisione del diritto moderno europeo e il suo magnifico dinamismo. Una volta che, grazie alla rinascita della filosofia aristotelica, la legge è stata rimessa in onore, la vedremo separarsi dalla filosofia che l'ha fatta fiorire e andare alla ricerca di nuovi fondamenti nel contratto sociale e darsi una grande importanza fino a pretendere di esaurire, essa sola, la totalità del fenomeno giuridico. Il positivismo giuridico di Hobbes o di Spinoza romperà tutti i nessi con la dottrina classica del diritto naturale, il che non sarà privo di pericoli, a lungo termine, per il prestigio e per la buona salute della legge stessa. È anche fuori di dubbio che un largo settore della «Scuola del diritto naturale», preso dall'idolatria del razionalismo, al punto di immaginarsi capace di costruire, col solo ausilio della ragione, sistemi immutabili di diritto naturale, arriverà a misconoscere la funzione essenziale della legge positiva. Ma non bisogna dare a queste esagerazioni, sia da una parte che dall'altra, più peso di quanto non meritino. La maggior parte degli studiosi dell'*Ancien Régime* non ha mai appoggiato le esagerazioni dei suoi teorici più estremisti, ma è restata fedele alla duplice lezione tomista, così meravigliosamente equilibrata, sulla pari necessità della legge positiva umana e del diritto naturale e sui rapporti che intercorrono tra l'una e l'altro. Ed anche Wolff, pur se fortemente influenzato dall'illuminismo, riprenderà per conto suo questa dottrina; anche gli autori del Codice civile francese, per quanto inclini all'illusione di costruire un codice eterno, hanno ancora la piena consapevolezza di lavorare sul fondamento del diritto naturale, al quale essi si limitano a dare una precisa formulazione e utili complementi (come si dice espressamente nel preambolo del Codice).

Possiamo così confermare la nostra ipotesi: San Tommaso è uno dei profeti del pensiero giuridico moderno; non bisogna denigrare troppo l'«oscurantismo

medievale»; il diritto moderno non si è costituito *contro* San Tommaso, ma *a partire* da San Tommaso.

Capitolo secondo. **ACCENNI ALLA SCOLASTICA FRANCESCANA LA FILOSOFIA DI DUNS SCOTO**

Per quanto grande sia il debito del diritto moderno nei confronti di San Tommaso, resta il fatto che i caratteri veramente tipici del pensiero giuridico moderno si riconnettono ad un'altra scuola, anch'essa medievale, ma ostile alla dottrina tomista.

È incredibile la quantità di opere filosofiche prodotte, dal XII al XV secolo, dalle scuole medievali; e gli autori sono talmente tanti, e talmente poco conosciuti in generale, che lo studio di questo eccezionale periodo della storia della filosofia non è di certo agevole per chi non sia un vero specialista. Alla dottrina tomista del diritto opporremo (con una certa arbitrarietà) quella di *Guglielmo di Occam*. Ma poiché Guglielmo di Occam è un filosofo francescano e fu indotto ad occuparsi di diritto per tutelare questioni rilevanti del proprio ordine, è indispensabile dire preliminarmente qualcosa sulla scuola francescana. È curioso che i discepoli di San Francesco, gli umili «frati minori», abbiano fondato una scuola di filosofia; ancora più curioso che questi monaci, dediti alla povertà, abbiano dato un contributo capitale alla dottrina delle fonti del diritto e del diritto di proprietà. Bisogna andare alla ricerca delle cause di questo fenomeno.

I. *Orientamenti della scolastica francescana*

Gabriel Le Bras, al quale sottoposi una volta il problema della scolastica francescana, prese dalla sua biblioteca e mi fece leggere un libro ormai non più recente: P. Gratien, *Histoire de la fondation et de l'évolution de l'ordre des frères mineurs au XIIIème siècle,* Librairie St. François (1928). Vi si legge la storia affascinante dell'evoluzione dell'ordine francescano nel periodo che va dal 1210, anno della sua fondazione ad opera di San Francesco, alla fine del duecento.

La prima considerazione che dobbiamo fare, anche se non è di importanza essenziale per il nostro discorso, è che non era affatto nelle intenzioni di San Francesco fondare un ordine religioso di monaci colti. La vera originalità del nuovo ordine, in un'epoca in cui *chierico* è sinonimo di *istruito*, in cui i monasteri benedettini, agostiniani e domenicani sono tutti centri di studio, è di non essere affatto un ordine di chierici: all'umile frate francescano si chiede di vivere, non di discutere, il Vangelo; il latino che egli deve conoscere è quello che basta alla recitazione del *Pater* e di altre due o tre preghiere. Se si dovesse permettere ai frati minori di aver dei libri a loro disposizione, osserva San Francesco, bisognerebbe anche consentir loro di avere servitori che portassero i loro libri. I frati minori devono lavorare o mendicare come la gente del popolo. Se entrando nell'ordine, i frati non sanno leggere, deve esser loro proibito di impararlo a fare. San Francesco aveva tanto a cuore questo divieto di accostarsi agli studi, da ribadirlo nel suo testamento.

Nell'ordine, però, le cose non andarono esattamente secondo le previsioni del suo fondatore. Bisogna considerare che furono molto numerose le conversioni nel mondo universitario: famosi teologi e studiosi di Parigi, di Oxford e di altri centri universitari entrarono nell'ordine. Per costoro non valeva affatto la proibizione di San Francesco di mettere a frutto la loro precedente cultura. Il Papato, inoltre, ritenne opportuno servirsi, per vivificare e controllare il mondo degli studi universitari, dei francescani così come aveva fatto dei domenicani. C'è anche il fatto che l'ufficio di predicatore (uno di quelli che vennero affidati ai frati minori) non può essere esercitato senza un minimo di conoscenze teologiche e che l'acquisizione di questo minimo comporta inevitabilmente un coinvolgimento negli studi...

Il fatto è che verso la metà del tredicesimo secolo, solo quindici anni dopo la morte di San Francesco d'Assisi, nell'università la presenza di grandi maestri francescani non è meno rilevante di quella di maestri di altri ordini; si può addirittura dire, con Gilson, che nel Medioevo ci furono più grandi filosofi francescani che non domenicani (malgrado l'incredibile successo del pensiero di Alberto Magno e di San Tommaso). Tutto ciò non corrisponde affatto alle intenzioni del fondatore, ma peraltro non credo che il successo universitario dei francescani manifesti veramente un'infedeltà allo spirito di San Francesco d'Assisi. Nell'opera teologica dei maestri francescani è sempre presente l'elemento del francescanesimo. Aimone di Faversham, Alessandro di Hales, Roberto Grossatesta, San Bonaventura, Duns Scoto e Guglielmo di Occam, anche se «maestri», furono pur sempre monaci sottomessi alla regola della povertà e obbligati, per la loro stessa vocazione, a diffidare della dimensione intellettuale. E da ciò che sembra derivino i caratteri originali della filosofia francescana.

1. *La filosofia di Duns Scoto*

Prendiamo come esempio la filosofia di Giovanni Duns Scoto, soprannominato il «dottor sottile» (1266-1308), lasciando da parte quella di altri grandi maestri dello stesso ordine.

Se scelgo Duns Scoto, è perché la sua opera ha goduto fino al XVII secolo di grande fortuna nelle scuole e perché gli storici della filosofia lo ritengono un pensatore di tutto rilievo nella storia della scolastica, al punto da aver l'abitudine di confrontarne la dottrina con quella di San Tommaso e di mettere in rilievo i contrasti tra le due diverse prospettive. Duns Scoto insegna negli anni seguenti alla condanna delle tesi tomiste avvenuta nel 1277, ed è attivo sia nel centro francescano di Oxford (in cui redige il c.d. *Opus Oxoniense*) sia nell'Università di Parigi (e a questo periodo di insegnamento risalgono i c.d. *Reportata Parisiensia*). Egli si trova a Parigi all'epoca del conflitto tra Filippo il Bello e Bonifacio VIII e dovette abbandonare la Francia a causa dell'ubbidienza francescana all'autorità romana. Ci sono certamente anche altri fattori che potrebbero essere invocati per spiegare la sua dottrina, come lo stato generale degli studi filosofici verso la fine del duecento o anche il suo genio personale; ma fondamentalmente la sua opera è contrassegnata dalla fedeltà allo spirito dell'ordine francescano: di qui il primato restituito da Scoto

alle fonti religiose del diritto, di qui la critica alla dottrina tomista dell'ordine naturale e la sostituzione di questa con un sistema individualistico.

2. *Le fonti del pensiero di Scoto*

Abbiamo classificato San Tommaso nella corrente «umanistica» della scolastica medievale, quella aperta alla filosofia profana. Classificheremo invece Duns Scoto, insieme con gli altri maestri francescani, nell'altra corrente, quella «integrista», fortemente avversa alla recezione della letteratura pagana. Non è che Scoto ignori la filosofia di Aristotele; al contrario, egli legge, commenta e mette in pratica da vero virtuoso la sua *dialettica*; così come sa anche maneggiare magistralmente il linguaggio filosofico dello Stagirita. Ma in lui resta fermo il principio per cui lo studio della filosofia pagana non può che avere un ruolo ausiliario e *strumentale*. Quando si tratta di problemi che toccano la struttura del mondo, Dio, la natura, l'uomo, l'unica autorità sovrana è quella della Sacra Scrittura e dei suoi ispirati interpreti; la fede comanda la ragione, che nei confronti di quella altro non è che un'ancella; nella scelta delle letture scolastiche e per concludere le controversie la prima cosa da fare, dice Scoto, è ricorrere ai «santi». Prima dell'orgoglio della ragione, San Francesco pone l'ubbidienza al Vangelo e alla Chiesa. Ecco perché si scelgono le *Sentenze* di Pietro Lombardo come manuale di studio nelle scuole francescane e non la *Summa Theologiae* di San Tommaso.

Questo metodo non ha nulla di nuovo; esso testimonia la fedeltà della dottrina francescana alle posizioni tradizionali dell'agostinismo e alle concezioni proprie di Sant'Agostino in ordine al regime degli studi. Se si considera solamente il suo orientamento generale, si deve dire che la scolastica francescana non ha fatto opera di rinnovamento, ma al contrario si è dimostrata reazionaria, effettuando un vero e proprio ritorno all'agostinismo. Il fatto è, però, che dopo San Tommaso, dopo la recezione aristotelica, dopo che la tecnica filosofica e la maestria della dialettica sono arrivate al loro zenith nel mondo universitario, i problemi non sono più quelli dei tempi di Ugo da San Vittore o di Anselmo d'Aosta: la critica agli autori pagani ha per corollario l'esplicito rifiuto di un certo modo di fare filosofia.

3. *Critica dell'intellettualismo e del culto della natura*

Se la si confronta con la visione tomista del mondo (o piuttosto, forse, nel suo tempo, con le dottrine di altri autori, come Enrico di Gand, Egidio Romano, Goffredo di Fontaines ed altri che sono ormai caduti tutti nell'oscurità) il pensiero di Scoto si segnala per la sua *diffidenza nei confronti dell'ordine naturale*.

Parlare di «ordine naturale» rischia di diventare, agli occhi di Scoto, quasi un delitto di lesa maestà divina. Supporre che esista un ordine naturale necessario comporta una diminuzione dell'onnipotenza di Dio, come finiscono col fare quei teologi (come San Tommaso) che predicando la ragione, la «saggezza» di Dio, pretenderebbero che Dio fosse obbligato a non agire mai se non all'interno di un ordine. In tal modo si finisce per *subordinare* Dio a un idolo, a una Natura, immaginata secondo la misura della ragione umana. Questa prospettiva è frutto di un indebito orgoglio intellettualistico.

Fede e meditazione ispirano invece a Duns Scoto l'idea di un Dio onnipotente, assolutamente libero nei confronti di ogni ordine precostituito. Il tema dell'onnipotenza e della trascendenza di Dio è uno di quelli che più gli sono cari: è il tema che egli chiama della *potestas absoluta*. Questa espressione era già nella *Summa* di San Tommaso; ma l'Aquinate studia la «potenza assoluta» di Dio nel senso che Dio, essendo sapiente, non può agire che nell'ordine; la sua potenza sarebbe dunque «ordinata» (*potestas ordinata*). Duns Scoto rovescia questa tesi; Dio agisce in tutta libertà, non è vincolato dalla ragione; egli infatti è colui che ha creato tutto, anche la ragione; la sua *volontà* è al di sopra e prima della ragione e i suoi disegni, ci dice la Scrittura, sono imperscrutabili. Dobbiamo dunque concepire la sua *potestas* come *absoluta*: un vero e proprio potere senza limiti, un *potere assoluto*. Compare qui per la prima volta questa espressione, la cui carriera sarà brillante nell'epoca moderna; ma in questo contesto essa è applicata unicamente a Dio.

Senza dubbio la fede ci insegna che Dio è buono; egli non fa nulla se non per amore, nulla che non sia ordinato *dalla sua bontà*. E Duns Scoto concede anche che Dio non può contraddirsi e che il mondo obbedisce al principio di non-contraddizione; esiste una «consonanza» tra tutte le opere divine e il progetto dell'amore di Dio. È dunque vero che Dio crea un ordine o degli ordini, dei generi, delle specie (a questo riguardo Duns Scoto è rimasto sempre un «realista»), ma egli non è vincolato da quegli ordini di cui è l'autore e il signore; come un sovrano assoluto non è vincolato dalle leggi che egli stesso ha emanato (*princeps legibus solutus est*), così Dio dispone a suo piacimento dell'ordine naturale. Senza dubbio, proprio a partire da questa tesi teologica dell'onnipotenza divina, Duns Scoto, a differenza di San Tommaso, è stato un vivace difensore dell'Immacolata Concezione; Dio può tutto e, purché ciò convenga al suo progetto di amore, egli può sottrarre la Vergine al comune destino della specie umana. Dio agisce quindi anche attraverso i *miracoli* e non si cura delle cause seconde. Il mistero del mondo appare in definitiva ancora più insondabile di quanto non avesse pensato San Tommaso.

Anche l'ordine morale sfugge alle leggi necessarie alle quali San Tommaso ed Aristotele avevano pensato di ricondurlo. Questo punto è chiarissimo in Duns Scoto, quando egli tratta dei precetti della «seconda tavola» del Decalogo (non rubare, non uccidere, non commettere adulterio). In essi San Tommaso e la tradizione anteriore avevano visto dei precetti immutabili di diritto naturale. Ma per Duns Scoto questi precetti non sono affatto necessari, né possiedono un valore universale. È indubbio che si dia in essi una «consonanza» con la regola fondamentale di tutta la morale, quella dell'amore di Dio e del prossimo, e con lo stato ordinario dell'umanità, che permette di qualificarli «in senso ampio» come «naturali». Ma l'onnipotenza divina potrebbe altrettanto bene costruire un ordine *diverso*, in cui il furto, l'omicidio e l'adulterio non sarebbero più peccati; essa può costruirne incessantemente di nuovi, anzi si può dire di più: l'ha fatto. È stato sufficiente che Dio abbia ordinato agli ebrei, in occasione della loro partenza dall'Egitto, di derubare gli Egiziani, perché questo furto sia divenuto meritorio; o che Dio abbia ordinato ad Osea di unirsi ad una prostituta, per far divenire virtuoso

il suo atto. In definitiva, ogni contenuto determinato della morale è sospeso all'insondabile *volontà* divina, alla volontà *positiva* di Dio. In tal modo, la morale naturale dell'antichità, alla quale il filone umanistico della scolastica medievale aveva cercato di rifarsi, viene a perdere ogni certezza; davanti all'onnipotenza di Dio signore assoluto della natura, il cui ordine egli può da un momento all'altro ribaltare, svanisce ogni solidità dell'ordine naturale.

4. *Filosofia dell'individuo*

Duns Scoto, però, non meriterebbe di certo la nostra attenzione, se non avesse fatto altro che distruggere la dottrina tomista per ritornare a quella tradizionale. Ma egli ha utilizzato la sua possente formazione teologica per sostituire al tomismo aristotelizzante una filosofia nuova. Non è possibile, in questa sede, esporre l'insieme della dottrina scotista; sarà sufficiente darne una esposizione sommaria.

Diciamo che al mondo di San Tommaso, modellato su quello di Platone e di Aristotele - un mondo di *generalità*, cioè di generi, di specie, di nature, di cause formali e finali - la visione di Scoto sostituisce un mondo di persone, di *individualità*.

Ancora una volta, è la fede che porta Scoto a quest'esito; la Sacra Scrittura, in effetti, è *personalista*. Essa non ci parla del «Dio dei filosofi», un'astrazione impersonale, ma di Jehova, che si manifesta tra i tuoni sul Sinai, e la cui tenerezza, la cui gelosia, la cui collera sono assolutamente personali; ci parla di Gesù, che è presente dialogicamente nel cuore di tutti i mistici cristiani. E l'uomo di cui parla il Vangelo non è solo il genere umano o questa *specie* particolare, o quella categoria sociale; non è una mera *parte* del gruppo sociale, come nella città platonica; ma Dio ama *ciascun* uomo, così come un padre ama distintamente ciascuno dei suoi figli e delle sue figlie.

Il Vangelo, al cui modello i francescani devono ispirarsi, è la fonte nascosta delle più famose tesi della filosofia scotista. Mi limito a ricordarne alcune:

- *l'uomo può conoscere direttamente la singolarità*, mentre per San Tommaso «la scienza è del generale» e l'oggetto specifico della conoscenza sono i generi e le specie (l'uomo, il cittadino, il padre e non Pietro o Paolo). Secondo Duns Scoto, noi possediamo una conoscenza intuitiva dell'*individuo*. Noi conosciamo innanzi tutto Gesù e il nostro prossimo; e analogamente le cose singolari. Questa tesi della scuola francescana non è senza relazione con i primi sviluppi della scienza sperimentale, avutisi nei circoli francescani di Oxford, con Roberto Grossatesta e Ruggiero Bacone;

- *ciascun individuo possiede una «forma» particolare*, mentre, secondo San Tommaso, solo la «materia è principio di individuazione», laddove la forma sarebbe invece comune. È una questione di scuola, una delle più discusse nel mondo universitario verso la fine del duecento e sulla quale i francescani hanno costantemente contrastato le posizioni tomiste. Indubbiamente, al di là dei risvolti tecnicistici della questione, certamente difficili, il problema è particolarmente significativo; e la dottrina rigorosa di Scoto ha sicuramente servito a liberare l'individuo da quelle forme spersonalizzanti (il cittadino, il servo, il soldato, ecc.)

nelle quali veniva costretto. L'*individuo*, e non più il genere, è il nuovo punto di partenza, così come l'oggetto ultimo della conoscenza scientifica;

- *la volontà ha il primato sull'intelligenza* e non viceversa. E qui senza dubbio tocchiamo il punto essenziale della questione. Per San Tommaso esisteva una certa qual priorità dell'intelligenza, che costituiva una misura della volontà, e in Dio e nell'uomo; Dio non può mai volere altro che azioni ragionevoli e analogamente la volontà umana, nel senso più autentico dell'espressione, è tale da conformarsi all'ordine dettato dalla ragione. Ma questa tesi appare rovinosa per la libertà personale; essa mutila la potenza divina, come abbiamo rilevato poco fa; e nell'uomo essa rischia di distruggere l'iniziativa individuale, di schiacciarlo sotto una ragione obiettiva e impersonale e di assoggettarlo nuovamente ad un ordine generale e astratto. Questo era l'esito se non proprio del tomismo, per la verità, almeno del movimento culturale che gli è più affine, quello dell'averroismo, con il suo «intelletto unico», comune a tutta l'umanità. Duns Scoto rovescia queste posizioni.

Scoto è il filosofo del primato della *volontà*; è l'autore di una teologia, di una psicologia e d'una morale volontaristiche. Ma soprattutto di una morale infinitamente meno razionalistica di quella di San Tommaso. Per Duns Scoto non è l'ignoranza, questo peccato contro la ragione, la causa ultima del peccato; e non è per l'effetto di un *errore* che Satana, per cominciare da lui, ha peccato per primo contro Dio; il peccato è un libero atto della volontà, un pregiudizio di *amore* o di *odio* che precede ogni operazione intellettiva; Satana ha rifiutato di *amare* Dio e ha preferito odiarlo. Analogamente, noi possiamo *amare* (con un'attitudine che non è affatto razionale, ma che guida tutte le nostre azioni) Dio, la musica, l'alta montagna o l'automobile; quest'essere o quest'altro. Duns Scoto è chiamato il «filosofo dell'amore»; non c'è per lui nessun altro valore morale all'infuori dell'amore, intendendo per amore non il sentimento egoistico di chi va alla ricerca del proprio perfezionamento, ma l'amore cristiano, che si dona gratuitamente al prossimo, l'*agape*, l'*amor amicitiae*, che non ricerca altro che il bene dell'altro. L'intelligenza non esercita al riguardo che un ruolo *ausiliario*: essa può unicamente giudicare la «convenienza» di una certa azione o di un'altra al precetto sovrano dell'amore (ad es., se amo la musica, mi conviene studiare il sistema di notazione). Quanto alla soddisfazione delle inclinazioni naturali, al raggiungimento da parte di ciascuno della sua «natura propria», essi non appartengono, per Duns Scoto, che alla sfera del *commodum* e non hanno alcun rapporto con la morale.

L'amore di Dio è il principio di tutta la morale ed anche il secondo precetto, quello dell'*amore del prossimo*, è identico al primo. Dio, infatti, ha voluto essere amato insieme con tutti gli uomini fatti a sua immagine, in una sorta di congiunzione di amore: Dio *vult alios condiligentes*. Si ritorna in tal modo sempre al Vangelo. Ma la morale evangelica viene in tal modo raccordata ad una *filosofia* nuova, ad una filosofia dell'individuo. È l'indipendenza, è la libertà dell'individuo che Duns Scoto vuole ostinatamente salvare, dopo aver eliminato la dittatura della ragione obiettiva, dopo aver stabilito che l'azione individuale si radica in una decisione sovrarazionale, in una scelta personale per l'amore.

Liberazione della persona. Scoperta della persona, realizzata attraverso il superamento di tutti quei generi, di tutte quelle specie, di tutte quelle nature che nella filosofia antica impedivano di vederla nella sua nudità. Esaltazione della libertà. Le fonti di questa visione del mondo sono cristiane, evangeliche e tipicamente francescane. Ma quali che ne siano le origini, *tutta la filosofia moderna*, fondata sull'individualismo, è contenuta in germe nella dottrina scotista.

5. *Duns Scoto e il diritto*

Siamo già in grado di percepire quali possano essere le conseguenze di una simile filosofia, se applicata all'esperienza giuridica. Ogni visione globale del mondo, anche se costruita nella più completa ignoranza dei fenomeni giuridici, si ripercuote, quando trionfa, sul pensiero e sul metodo dei giuristi. Non ci si deve pertanto meravigliare dell'abbondante letteratura dedicata al pensiero filosofico-giuridico di Duns Scoto.

Molti autori hanno messo in rilievo (e tra questi, ma con qualche eccesso, anche il De Lagarde) che la filosofia scotista comporta, come sua logica conseguenza, il *positivismo giuridico*, cioè la sovranità assoluta della legge positiva all'interno dell'esperienza giuridica (in San Tommaso, al contrario, la legge positiva non occupa che un posto secondario, dato che non è che una delle due fonti del diritto). Infatti, se la *volontà* ha un primato sulla ragione, se si esaltano le «potenze assolute» e le «libertà personali», non si deve concludere che le disposizioni della volontà devono avere un primato su quelle del diritto naturale? Al vertice della morale sociale Duns Scoto pone, come abbiamo visto, i precetti positivi divini: non uccidere, non rubare, non commettere adulterio. Per Scoto queste norme sono *positive* più che razionali. L'assassinio, il furto, l'adulterio sono da considerare peccati *perché* Dio ha voluto che lo fossero; sono *mala quia prohibita*, e non proibiti perché in sé malvagi (*prohibita quia mala*), come invece nella dottrina di San Tommaso. Bisogna dunque riferirsi al *testo* della proibizione divina e non più ai ragionamenti fondati sulla natura delle cose, per individuare il contenuto del diritto. Ad esempio, la pena di morte, per Duns Scoto, è ammissibile solo in quei casi (come la blasfemia, l'omicidio, l'adulterio e numerosi altri) espressamente previsti da Dio nella legge antica. L'ordine determinato dalla *volontà* divina, promulgato nella Sacra Scrittura, il testo divino positivo avrà il primo posto nel novero delle regole giuridiche. Ma, in un rango inferiore, dato che Scoto rimette in onore le *libertà* dell'uomo e libera la sua volontà dai lacci della ragione, andranno considerate sovrane anche le leggi positive umane. Duns Scoto prende con estrema serietà le *convenzioni* positive; proclama che «le promesse lecite devono essere mantenute». Critica la tesi aristotelica e tomista del fondamento giusnaturalistico della schiavitù, ma ammette senza difficoltà che la schiavitù possa essere fondata su un contratto di subordinazione.

Il testo scotista più ricco di riferimenti al diritto, che io conosca, è quello del commentario di Oxford alle *Sentenze* di Pietro Lombardo, sull'origine del *dominium* e dell'autorità politica. Duns Scoto rifiuta la tesi tomista e aristotelica dell'origine *naturale* della proprietà e del potere politico, o per lo meno (dato che

non bisogna esagerare nel contrapporre le due dottrine) sottolinea che la natura non ha operato la «distinzione» delle rispettive proprietà, non ha fissato i limiti di ciò che è mio e di ciò che è tuo, così come non ha investito alcuno dell'autorità politica. Il punto di partenza del discorso di Scoto è la tesi tradizionale (che peraltro non contraddice letteralmente San Tommaso) secondo la quale tutte le cose erano in origine comuni e gli uomini liberi da ogni dominazione politica.

Ma, allora, donde provengono i poteri del *dominium* e del *governo*? In primo luogo, dall'*autorizzazione divina*: Dio ha abrogato il precetto, valevole nello stato di innocenza, secondo il quale tutti i beni dovevano essere in comune e ha dato agli uomini il permesso di creare proprietà private, *concessa licentia appropriandi et distinguendi communia*. La proprietà rientra così nel diritto positivo divino, per ciò che attiene al suo fondamento. Quanto alla distinzione effettiva delle singole proprietà, a parte qualche caso eccezionale della storia del popolo di Israele, in cui la distinzione è stata dettata direttamente da Dio o dai patriarchi, Duns Scoto afferma - citando al riguardo un celebre testo di Sant'Agostino - che la divisione dei beni procede dalla legge positiva umana: *non fit de lege naturae, sed positiva*.

La legge positiva umana presuppone il potere politico; questo a sua volta si fonda su di un accordo positivo dei membri della comunità, «ex communi consensu et electione». Mentre San Tommaso mette l'accento sulle ragioni di giustizia e di utilità che obbligano l'uomo per diritto naturale a fondare gli stati e a costituire proprietà separate e che di fatto giustificano i criteri di ripartizione dei beni, Duns Scoto non ha considerazione che per le cause efficienti, per l'opera volontaria dell'uomo, per le convenzioni e le leggi.

È comprensibile quindi la tentazione di datare, proprio a partire dall'opera di Scoto, la svolta storica che dall'antica dottrina del diritto naturale ha portato al positivismo giuridico. È questa la tendenza di Welzel, che attribuisce all'opera del maestro francescano un posto centrale nella storia della filosofia del diritto. Da parte mia, ritengo un po' eccessiva questa valutazione; mi pare che la dottrina scotista del diritto sia, in definitiva, esitante e moderata. Duns Scoto, infatti, non ha negato l'esistenza del diritto naturale e la posizione *realista* che egli assume nella disputa sugli universali lo fa aderire, in fin dei conti, alla tradizione giusnaturalistica: per noi, che viviamo di fatto in questo ordine concreto che Dio ha creato (anche se ne avrebbe potuto benissimo creare un altro del tutto diverso), è ben possibile cercar di dedurre il diritto dalla considerazione di questo ordine, di questa natura. Di fatto Duns Scoto ha continuato a sostenere il carattere «naturale» del diritto matrimoniale, dell'autorità paterna, del precetto che obbliga ognuno ad essere fedele alle sue promesse F. Anche nel testo che ho appena citato, sulla genesi della proprietà, non si può dire che Scoto sia arrivato a posizioni giuspositivistiche: nella quarta conclusione (che avevo omesso dalla citazione), egli esige che il legislatore, che ha il compito di ripartire i beni, sia mosso dalla *prudenza*, dalla *recta ratio*, dalla volontà di servire la *comunità*. È un modo, questo, di restar fedeli al diritto naturale.

Non è opportuno forzare il contrasto tra le dottrine *giuridiche* di Duns Scoto e quelle di San Tommaso. La vera differenza tra le due dottrine sta in ciò, che in Duns

Scoto non esiste una vera e propria dottrina giuridica. La *Summa Theologiae* è ricca di riflessioni sul diritto; essa contiene un ampio trattato *de jure et justitia*. Sappiamo che era ispirata ad Aristotele. Ma le *Sentenze* di Pietro Lombardo, che il dottore francescano commenta, hanno un contenuto ben diverso: toccano qua e là temi giuridici, come quello della *restitutio* dei beni rubati, al quale si riconnette il commento (che abbiamo analizzato prima) sulla genesi della proprietà. Ma si tratta di cenni occasionali. Duns Scoto è certamente un filosofo e un moralista, ma è del tutto indifferente al diritto, come tutti gli autori della scuola agostiniana, ai quali egli si rifà; la giustizia, egli la definisce come «rettitudine della volontà», secondo la formula agostiniana che già era stata ripresa da Sant'Anselmo; per lui la giustizia è la virtù della morale soggettiva, non quella che ha il compito di dare «a ciascuno il suo». Duns Scoto non aveva nemmeno l'idea che l'arte giuridica potesse avere finalità proprie. Perfino la sua analisi dell'origine della proprietà è priva di originalità; egli ha ripreso la tematica poetica tradizionale del comunismo originario, il tema dell'origine umana dell'autorità temporale, che già erano presenti negli scritti dell'epoca della riforma gregoriana o nel *Romanzo della Rosa* di Guglielmo di Meung. Scoto non ha aggiunto deliberatamente niente di nuovo a queste tematiche, né a maggior ragione ha escluso del tutto il diritto naturale. Quindi, anche se le incidenze future della sua filosofia sono state di notevole interesse per la storia della filosofia del diritto, non ritengo appropriato classificare Scoto tra i filosofi *del diritto*.

È, in fondo, lo spirito stesso del francescanesimo che ha reso per tanto tempo così sordi al diritto i filosofi francescani. Ecco perché dobbiamo anche prendere in considerazione la storia di questo ordine religioso.

II. *Povertà francescana e diritto*

Ritengo che uno degli eventi capitali nella storia della filosofia del diritto sia stata la grande *querelle* francescana sulla *povertà*.

Qualcuno, forse, mi accuserà di uscire dal seminato. Non c'è tema, più della povertà, lontano dagli interessi usuali delle nostre facoltà giuridiche; e, in effetti, la povertà francescana, nel suo spirito originario, non è altro che un tentativo di trascendere il diritto o comunque di farne a meno. Tentativo molto ambizioso. Per quale umana fatalità i francescani ricaddero dalla mistica di San Francesco al sordido livello dell'esperienza giuridica? In che modo la povertà stessa divenne un oggetto di discussione giuridica?

1. *Le intenzioni del fondatore*

Il movimento francescano delle origini non ha proprio alcun rapporto con il diritto; almeno se diamo a diritto e a giustizia il significato che noi preferiamo, quello di dare a ciascuno il suo, di dividere i beni temporali tra gli uomini. Il fatto è che San Francesco prescrive di adottare per regola di vita il Vangelo soltanto e i suoi consigli, prendendoli alla lettera; e il Vangelo, lo sappiamo bene, non ha nulla di giuridico: «Chi mi ha posto come giudice in mezzo a voi?» chiede Gesù. L'elemento

che San Francesco deduce dal Vangelo per costruire la sua Regola concerne innanzi tutto il consiglio della povertà.

Questo figlio della borghesia, che si è fatto mendicante ad Assisi, che non voleva ereditare alcunché dei beni paterni, nemmeno i vestiti, il cantore di «Madonna Povertà», costruisce il suo ordine tutto su questa tematica. Cristo infatti ha detto (e questa citazione la ritroviamo nella regola francescana): «Se vuoi essere perfetto, va', vendi tutto ciò che hai e dona il ricavato ai poveri»; «non prendete con voi né sacco, né bisaccia, né pane, né denaro, né bastoni»; «date a chi vi domanda; lasciatevi spogliare, non reclamate indietro ciò che vi hanno rubato»; «non preoccupatevi né di come vestirete, né di ciò che mangerete; tutto ciò vi sarà dato in sovrappiù», ecc. Questa sarà la legge fondamentale del movimento francescano, da cui San Francesco trarrà tutte le conseguenze: proibizione di aver danaro a propria disposizione, di avere persone al proprio servizio o comunque di esser proprietari di animali ed anche di abitazioni stabili 26. Lo stesso Cristo non aveva dove posare il capo:

San Francesco, di conseguenza, ha progettato il suo come un ordine di monaci vaganti. Egli torna su questo punto nel suo Testamento: «Si guardino bene i frati dal ricevere, sotto alcun pretesto, né chiese, né case, anche se umili, né qualsiasi edificio venga eretto per loro, se tutto ciò non è conforme alla santa Povertà, cui noi ci siamo vincolati accettando la regola; che essi vivano sempre come pellegrini di passaggio, come ospiti, come stranieri: *sicut ad venae et peregrini*». Queste ultime parole sono tratte dalla I lettera di San Pietro (n. 1).

Logicamente ci sono altre esigenze, oltre quella della povertà. Infatti non si è proprietari solo di beni corporei (danaro, provvigioni, servi, case), ma anche di quei diritti incorporei (*iura*), che sono ben familiari ai giuristi medievali, più che gli stessi diritti di proprietà. San Francesco proibisce altre si, e con insistenza, il possesso di onori: in apparenza non c'è meno cupidigia nella Chiesa che nelle società secolari per le cariche onorifiche e per gli uffici di governo. San Francesco li rifiuta decisamente per i suoi frati. «Nessun frate abbia potere o dominio sui suoi compagni. Infatti, il Signore dice nel Vangelo: I principi delle genti dominano su di loro e i più grandi esercitano il potere. Ma così non sarà tra i frati: chiunque vorrà essere maggiore tra loro, dovrà essere il *ministro* e il servo; e chi sarà maggiore tra loro faccia come se fosse il minore». Al titolo di abate e priore, che evoca un rapporto di comando, si sostituisce quello di *ministro*, che viene preso nel senso originario di «servitore». «Nessuno venga chiamato priore, ma tutti, indistintamente, frati minori. Essi si laveranno i piedi l'un l'altro». «Nessun ministro, nessun predicatore considererà come un bene personale il ministero che esercita presso i confratelli o l'ufficio di predicatore, ma in qualunque momento gli venga comandato, abbandonerà il suo incarico senza protestare». In modo particolare, San Francesco proscrive il possesso di quei *privilegi* e di quelle esenzioni che pullulavano nel diritto canonico medievale e di cui i monasteri più antichi o le altre confraternite di chierici andavano orgogliosi. Tale era, ad esempio, il privilegio di predicare, tanto più ambito dai chierici, in quanto si associava a quello di poter fare la questua. Nulla di tutto ciò per i frati minori, che dovevano

rimanere, sotto questo profilo, sottomessi all'autorità ordinaria, cioè a quella dei vescovi, nelle terre cristiane, o a quella del potere secolare nei paesi islamici. Conformemente al Vangelo, i francescani non pretenderanno nulla e non resisteranno nemmeno alla violenza, anche se ingiusta. «I frati non predicheranno nella diocesi di un vescovo che lo proibisca». «Faccio solenne proibizione in nome dell'ubbidienza a tutti i frati di non osar giammai di sollecitare la curia di Roma, né direttamente, né tramite terza persona, né per una chiesa, né per un altro luogo qualsiasi, né col pretesto della predicazione, né per essere difesi dalla persecuzione. Se essi non verranno accolti in un paese, che se ne vadano in un altro, per farvi penitenza con la benedizione di Dio».

San Francesco pretende che i suoi monaci rinuncino all'uso del diritto, che essi non si immischino in quelle questioni di spartizione dei beni temporali che costituiscono l'oggetto specifico del diritto; pretende insomma - per adottare il linguaggio di Carbonnier - che essi vivano nel *non-diritto*. E non si creda che egli professi una dottrina sociale comunista o anarchica, come aveva fatto qualche setta eretica cristiana prima del francescanesimo. I francescani saranno evangelici al punto tale da non appellarsi al diritto contro le pretese altrui; il loro ruolo non è quello di giudicare gli altri. Essi rispettano e riconoscono la proprietà del prossimo, le proprietà di cui sono ricolmi Roma e il clero secolare; riconoscono gli onori, i poteri e i privilegi del clero; si limitano a rinunziare al diritto solo per ciò che concerne loro stessi, senza concepire alcun progetto di riforma sociale. È curioso osservare come San Francesco e i francescani del XIII secolo siano vissuti di solito in perfetta armonia di comprensione reciproca con i grandi papi canonisti, Innocenzo III, Gregorio IX o Innocenzo IV, proprio quelli che romanizzarono la Chiesa e ne portarono il diritto fino alla massima fioritura. L'originalità della posizione francescana non sta nell'ostilità verso il diritto, ma nel non occuparsi affatto di diritto.

2. *La giuridicizzazione dell'ordine*

Il progetto francescano costituisce un test interessante per la filosofia del diritto. È possibile tenersi completamente al di fuori dell'esperienza giuridica?

Le intenzioni di San Francesco, per ciò che concerne la povertà, non potevano essere adottate, tali e quali, dal suo ordine. Già durante la sua assenza nel 1219, quando egli si recò in Egitto per convertire i musulmani, i francescani cominciarono ad appropriarsi di chiese e ad ottenere privilegi dalla Santa Sede. Subito dopo la morte del santo, il suo successore, Frate Elia, comincia a costruire, in suo onore, un lussuoso centro di pellegrinaggio, in cui cominciano ad affluire elemosine. In tutta l'Europa cominciano ad essere costruite chiese francescane (si consideri che è il secolo della grande architettura religiosa); dopo le chiese si costruiscono i conventi e nei conventi si trova il posto per i granai e per il deposito di provvigioni; presso i conventi cominciano a trovarsi i servitori, i giardinieri, i cuochi salariati. E dato che l'azione dei francescani incontra spesso l'opposizione dei vescovi e dei parroci, vengono chiesti ed ottenuti da Roma privilegi, esenzioni, autorizzazioni a predicare, a confessare, a raccogliere elemosine: l'autorità apostolica si mostra prodiga nei

confronti dei conventi francescani per tutto il XIII secolo, fino alla concessione, da parte di papa Alessandro IV, della Bolla *Virtute conspicuos* che i francescani chiameranno il *Mare Magnum*, tanti sono i privilegi in essa contenuti. Non è possibile che un ordine, divenuto folto e influente e profondamente radicato nel suo tempo, viva senza diritto e senza possedimenti sicuri; consapevole di questa necessità, il papato lo incoraggia a darsi uno statuto giuridico. E forse questa nuova struttura giuridica non è, in fin dei conti, inconciliabile con lo spirito di San Francesco.

Può capitare, anche a dei monaci, che la lettera conti per lo meno tanto quanto lo spirito. Gli sforzi del papato, come protettore dell'ordine, erano rivolti ad armonizzare le nuove pratiche francescane con la *lettera* della regola. Si credette possibile risolvere la difficoltà con un cavillo giuridico: i conventi, il denaro, i servitori, i libri di cui si doveva garantire ai monaci lo stabile possesso, non sarebbero stati loro concessi in *proprietà*, ma soltanto in uso (è questa la disposizione della Bolla *Quo elongati* di Gregorio IX del 1230). In una successiva serie di bolle, si arrivò a stabilire il seguente regime: la proprietà dei beni di cui godono i francescani è attribuita teoricamente ad amici «spirituali», cioè a benefattori laici, o-più tardi-al papato stesso. Ci fu qualche difficoltà per ciò che concerneva la *gestione* di quei beni, di cui i francescani rigoristi non ritenevano lecito nemmeno avere la gestione; la questione fu risolta affidandola a procuratori responsabili verso il Papa. Insomma, con molta generosità, il papato riserba a sé tutti gli oneri e tutti i fastidi della proprietà, di cui i francescani hanno solo l'*uso*; il sistema durò almeno fino agli inizi del XIV secolo, quando la curia romana fini per stancarsene. Questo comunque fu lo statuto giuridico della vita francescana. Le cose, beninteso, non mancarono di suscitare violente opposizioni da parte dei nemici dell'ordine. Questo non poteva veder aumentare la sua potenza, senza creare ostacoli ad altrui interessi e senza minacciare diritti altrui. Sono numerosi, nel XIII secolo, gli individui e i gruppi gelosi delle ricchezze e dell'influenza dell'ordine francescano: si tratta di preti e di membri del clero secolare, urtati dall'enorme successo della predicazione francescana (tanto più che le prediche sono in genere seguite dalla raccolta della questua e che si rimprovera ai sermoni tenuti dai francescani di non accentuare nel modo dovuto il dovere di pagare le decime); si tratta di universitari parigini che protestano contro la loro intrusione nell'università (si sa che San Tommaso interviene in questa controversia per difendere gli ordini mendicanti, come del resto intervenne anche San Bonaventura); si tratta infine anche di laici, urtati dalla finzione teorica che riempie i monaci di ricchezze, lasciandoli ufficialmente poveri. Uno dei passaggi più celebri del *Romanzo della Rosa*, databile intorno al 1290, mette in scena il monaco *Falso-Sembiante*, che è di sicuro un francescano:

Si que l'on croie par le monde
Que vertu toute en nous abonde
Et toujours pòvres nous feignons
Nous sommes, ce que vous fais sçavoir,

Cil qui tout ont, sans rien avoir.

«Se si crede nel mondo/che in noi abbondi la virtù/e che noi restiamo sempre poveri/Noi siamo, dovete saperlo/quelli che hanno tutto senza avere nulla».
Non è possibile reintegrarsi nel sistema del diritto, senza doverne render conto.

3. *Problemi giuridici del francescanesimo*

Siamo ora in grado di capire il paradosso di come gli scolastici francescani, educati nella più completa indifferenza nei confronti del diritto, possano aver dato un contributo fondamentale alla teoria giuridica. Essi non hanno potuto rimanere a lungo nel non-diritto; si sono trovati ai suoi bordi e sono giunti a collocarsi in una *situazione-limite*: e sono proprio le situazioni-limite quelle che hanno da sempre fornito gli stimoli maggiori alla riflessione filosofica. La situazione dell'ordine francescano si fece tale da suscitare gravi accuse. Ecco che i maestri dell'ordine vennero coinvolti in una controversia giuridica; e non una controversia qualsiasi, ma proprio in quella che aveva per oggetto esattamente la nozione che, come si mostrerà più avanti, costituirà il punto di transizione dal pensiero giuridico classico ai sistemi giuridici moderni. È la nozione del diritto individuale. Se non si fosse trattato che di opporre ancora una volta al regime della proprietà privata (restaurato e difeso in quello stesso tempo da San Tommaso e dalla sua scuola) un ideale comunitario, non ci sarebbe stato in fondo niente di nuovo da discutere. Ma si trattava, più precisamente, dello statuto della vita francescana. Questione di grande sottigliezza, dato che la discussione veniva a vertere su quei termini tecnici, come uso, usufrutto, *dominium* o proprietà, che solamente i tecnici del diritto sanno utilizzare con rigore.

Le circostanze fanno nascere un vero e proprio obbligo nuovo per le teste pensanti dell'ordine: quello di immergersi nello studio del diritto romano. Per temperamento, non c'era proprio nessuno che fosse meno portato allo studio del diritto romano del grande scolastico francescano San Bonaventura. Ma se apriamo la sua *Apologia pauperum*, che egli pubblica intorno al 1253, contro i nemici degli ordini mendicanti, vediamo come egli sia costretto ad opporre al *dominium*, alla *proprietas*, allo *jus*, da cui i frati minori si astengono, l'*usus*, che non può venir negato loro. Non era questo il linguaggio delle Bolle protettrici dell'ordine, della *Quo elongati* di Gregorio IX o dell'*Ordinem vestrum* di Innocenzo IV? E proprio su questo punto si indirizzano le critiche degli avversari dell'ordine, che denunciano l'ipocrisia di tante sottili distinzioni, che oltre tutto non sono affatto conformi, malgrado le ripetute e numerose citazioni delle *Istituzioni* giustinianee, alla vera scienza giuridica romana. Infatti, si obietta, né l'«uso», né l'«usufrutto» possono essere perpetui, mentre i francescani hanno tutta l'intenzione di usare i loro conventi in perpetuo; nel diritto romano non c'è né «uso», né «usufrutto» a carico di beni consumabili, mentre i francescani parlano di uso anche a proposito degli alimenti. Qualunque cosa dicano di se stessi, i francescani sono uomini come tutti, hanno diritti ed anche diritti di proprietà. Ecco perché San Bonaventura è costretto a cercare proprio nel *Digesto* le tesi in appoggio alla difesa dell'ordine. Il suo

argomento alla fine è che nel diritto romano il *filius familias* o lo schiavo possono utilizzare un peculio, senza peraltro esserne considerati proprietari. Ma non credo che questo tipo di replica vada davvero al fondo del problema.

Per la verità, al tempo di San Bonaventura, questioni del genere, piuttosto meschine, non hanno ancora una grande rilevanza nell'universo intellettuale degli scolastici francescani. Per quanto ne sappiamo, Duns Scoto non se ne è affatto occupato. Bisogna aspettare un'epoca successiva della storia dell'ordine. Verso la fine del XIII secolo, e più ancora agli inizi del XIV, il papato comincia a non mantenere più verso l'ordine francescano quell'atteggiamento miracolosamente favorevole che aveva avuto a lungo nei suoi confronti. Passa nel novero dei suoi avversari. Forse si è lasciato convincere da costoro o forse si è stancato di servire da prestanome e di monopolizzare gli oneri che comporta l'amministrazione delle ricchezze temporali dell'ordine. Insomma, il papato pretende di imporre all'ordine la titolarità e gli oneri delle sue proprietà. Questa, almeno, è la decisione che nel 1323 prende Giovanni XXII. Ed ecco che i francescani, che temono di dover abbandonare anche le ultime vestigia della loro regola, sono obbligati a farsi carico di queste dispute.

La polemica sarà tanto più vivace, in quanto nella stessa epoca nasce nell'ordine un partito rigorista. In realtà, le mezze misure prese dal papato non avevano mai convinto la totalità dell'ordine. C'erano state proteste già nei frati che ne avevano visto la fondazione; questo atteggiamento si perpetuò in tutti quei devoti alla persona di San Francesco, che mettevano decisamente la regola scritta dal Santo (e le citazioni dal Vangelo che in essa figuravano) al di sopra delle *Decretali* e del diritto canonico. Ci furono nell'ordine forti pressioni per indurre il papato a dichiarare invalido il Testamento di San Francesco; più tardi San Bonaventura, divenuto generale dell'ordine, fu a sua volta pressato a che ordinasse la distruzione di tutte le «leggende» sorte sulla vita di San Francesco. Verso la fine del XIII secolo, in Italia e nella Francia meridionale, nasce il movimento degli *Spirituali*: essi riscoprono il culto intransigente della povertà e perfino l'esagerano: con un rigore scolastico molto lontano dalle maniere evangeliche di San Francesco, essi giungono a professare un vero disprezzo per la proprietà e sostengono come verità di fede che il Cristo e gli apostoli siano vissuti in povertà, senza esser mai stati proprietari di nulla. Gli spirituali giungono a denigrare, come moralmente inferiore, la vita di chi gode di una proprietà (il che non doveva certamente riuscir troppo gradito alla curia romana). Per ciò che concerne i francescani, questo movimento condanna ogni forma di proprietà, ogni modalità di amministrazione dei beni conventuali; non è disposto a concedere assolutamente nulla al di là del mero *uso* dei beni, anzi di un «uso povero» (*usus pauper*). Gli spirituali in tal modo arrivano a rivoltarsi contro il papa e a gettare il dissenso all'interno dell'ordine. La questione ormai non può più essere elusa: dove comincia il diritto? Che cosa è il diritto? Come distinguere dall'uso il diritto soggettivo di proprietà? Si tratta di una controversia decisiva, che si prolunga per tutta la metà del XIV secolo e nella quale la fa da protagonista Guglielmo di Occam. È da questa controversia che è destinato a nascere il pensiero giuridico moderno.

Capitolo terzo. **LA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI GUGLIELMO DI OCCAM**

I. *Biografia*

Lo scolastico francescano che maggiormente ha influenzato la filosofia del diritto - e la cui opera segna il momento di passaggio dal diritto classico a quello moderno - è indubbiamente, nella prima metà del XIV secolo, Guglielmo di Occam. Le circostanze storiche fecero di quest'uomo in primo luogo un filosofo e in secondo luogo un politico.

Per analizzarne la vita, può esser utile dividerla in due parti.

1. *Gli studi. La filosofia*

Guglielmo di Occam, le cui origini restano per noi oscure, viene in evidenza nei primi trent'anni del XIV secolo come studente e poi come professore ad Oxford. Questi due ruoli si distinguevano tra loro nell'università medievale in modo molto meno rigido di quanto non succeda oggi. La carriera universitaria di Guglielmo di Occam incontrò probabilmente alcune ostilità; non avrebbe mai conseguito il titolo di Maestro e sarebbe restato solamente baccelliere: questo potrebbe essere il significato del termine *inceptor* che è entrato a far parte del suo soprannome (*Venerabilis Inceptor*).

Lasciamo da parte la questione dei suoi titoli accademici e limitiamoci ad osservare che il giovane universitario del centro francescano di Oxford si ritiene, proprio come Duns Scoto, ottimo conoscitore di Aristotele, che egli pretenderà di saper interpretare meglio di quanto non facessero i tomisti, e soprattutto un esperto di *dialettica* aristotelica.

Occam è un virtuoso della dialettica ed è del resto spinto a divenirlo perché, in quell'epoca della storia universitaria, anche le scuole francescane erano indotte a procurarsi le stesse armi delle altre scuole, per poter rivaleggiare con esse. È un'epoca ubriaca di dialettica: alla Facoltà delle Arti si coltiva una logica estremamente raffinata, quella codificata dalle *Summulae logicales* di Pietro Ispano e alla quale già vien dato il nome di logica *moderna* (*logica modernorum*). Come abbiamo già visto, i francescani hanno potuto studiare anche loro logica e filosofia, a condizione che tali studi non avessero nella loro vita che un significato strumentale. In verità non credo che la dialettica occupi in Guglielmo di Occam, quali che siano le sue affermazioni di principio, uno spazio ausiliare; essa sta a fondamento di tutte le sue opere, come ad esempio l'*Expositio aurea super artem veterem* o come, molto più tardi, la *Summa totius logicae*; ma pervade anche le *quaestiones*, i *quodlibeta*, i *Commenti alle Sentenze*. Il culto, spinto fino all'estremo, di una tecnica di ragionamento non può non reagire alla fine sulla dottrina (e forse si può dire che non può non sostituire ad una visione più realista una concezione del mondo conforme ai postulati idealistici del ragionamento logico).

Può darsi che proprio a causa del gusto esacerbato per la dialettica Guglielmo di Occam divenne il fondatore (l'*inceptor*, in un altro senso) di una nuova filosofia, di

una «via nuova» (*via moderna*), cioè di una nuova maniera di filosofare, destinata ad una grande fortuna nel tardo Medioevo ed anche oltre. È il *nominalismo* moderno, e il nominalismo, in quanto tale, rappresenta nella filosofia del diritto una rivoluzione radicale. Non fosse altro che come *inceptor* del nominalismo, Guglielmo di Occam ben meriterebbe un posto di rilievo nella storia della filosofia del diritto.

Ma c'è di più. Nel 1324 Guglielmo di Occam è citato alla corte papale di Avignone, per rispondere delle sue tesi teologiche: la teologia costituisce la struttura fondamentale dei suoi studi e le *Sentenze* di Pietro Lombardo sono l'oggetto dei suoi commenti. Il cancelliere dell'università di Oxford avrà ritenuto la nuova logica di Occam e la sua nuova filosofia in contrasto con l'ortodossia.

2. *La vita attiva*

Nel 1329 la vita di Occam subisce una svolta radicale. È portato davanti alla corte di Avignone e accusato di eresia, un rischio allora non infrequente per i teologi. Ma il suo processo viene a mescolarsi con altre due questioni.

La venuta di Occam da Oxford ad Avignone coincide col periodo più duro della lotta tra Giovanni XXII e i francescani rigoristi. Il papa ha lanciato le sue bolle contro gli spirituali e ha deciso di imporre ai francescani il regime della proprietà; ha anche mandato al rogo un buon numero di «spirituali»; altri ne ha messi in prigione; perfino il generale dell'ordine, Michele da Cesena, è trattenuto ad Avignone, perché sospettato di eresia. Occam, naturalmente, si schiera a fianco dei suoi confratelli.

D'altra parte, in quello stesso momento, rinasce l'eterno conflitto tra l'impero e il papato. Il papa, che secondo i canonisti ha ogni diritto a controllare l'impero e le elezioni imperiali e che tiene a questa sua prerogativa in ordine al governo temporale più che ad ogni altra, si è rifiutato di riconoscere la validità dell'elezione di Ludovico il Bavaro. Ne è derivata una lunga lotta tra Ludovico da una parte e Giovanni XXII e i suoi successori dall'altra. Ludovico il Bavaro e i suoi partigiani hanno lanciato contro il papa, secondo una prassi consolidata, l'accusa di eresia. Il partito dell'imperatore viene naturalmente ad affiancarsi a quello dei francescani ribelli contro il papa.

Dopo aver sondato per quattro anni l'atmosfera della curia, che manda per le lunghe il processo contro di lui, in una notte dell'anno 1328, Occam fugge da Avignone insieme al generale dell'ordine Michele da Cesena e si dirige alla corte di Ludovico il Bavaro, prima a Pisa, poi a Monaco, in cui trascorrerà la maggior parte del resto della sua vita. Si affida alla protezione dell'imperatore: «Difendimi con la tua spada; ti difenderò con la mia penna». Il che significa che egli si consacra alla lotta contro il papa, e si pone definitivamente dalla parte del francescanesimo e di Ludovico il Bavaro.

È una lotta infelice, nella quale, militando accanto a Marsilio da Padova - ma non sempre d'accordo con lui - Occam si vedrà periodicamente abbandonato dall'imperatore ed anche dal proprio ordine: dopo la morte del generale Michele da Cesena (che peraltro consegna ad Occam il sigillo dell'ordine), la maggior parte dei francescani ritorna sotto l'ubbidienza al papa. Sembra che verso la fine della sua

vita Occam, isolato, respinto sia dalla Chiesa che dal mondo francescano, sia stato vicinissimo a domandare la riconciliazione con la Chiesa e a fare onorevole ammenda (siamo nel 1349).

Ma prima di questa data dalla sua penna è uscita una lunga serie di opere politiche, e non solo di queste: la *Summa totius logicae*, che resta la sua opera filosofica più rilevante, sembra che risalga a quest'epoca. E del resto le accuse di eresia rivolte al papa (prima Giovanni XXII, poi i suoi successori Benedetto XII e Clemente VI) danno l'occasione di toccare una molteplicità di temi. È molto ampio, quindi, il ventaglio delle tematiche che costituiscono la materia dei grandi scritti occamisti di questo periodo: il *Compendium errorum papae*, l'*Opus nonaginta dierum*, il *Dialogus*, il *Breviloquium de principatu tyrannico*, la *Lettera al capitolo di Assisi,* ecc.. È un vero peccato che queste opere non siano presenti (il che comunque non vi stupirà affatto) nella Biblioteca della Facoltà di diritto di Parigi, dato il loro grande rilievo per la storia del diritto.

Infatti Occam ha messo alla prova (cosa che non era stata fatta da Duns Scoto) la sua filosofia e la sua logica affrontando questioni politiche e *giuridiche*. Qualcuno ha negato che ci sia un rapporto tra le sue opere filosofiche e le sue opere politiche; quanto a me, sono convinto invece che esiste. E in tal modo si viene a completare il quadro dell'apporto occamista alla filosofia del diritto: non solo egli fu il fondatore del *nominalismo*, che riverbera i suoi influssi sul diritto come in ogni altro ambito; ma le circostanze hanno indotto, lui francescano, a diventare giurista. Quando un filosofo ed un mistico arrivano a interessarsi di diritto, ciò comporta di norma una serie di infrazioni alla routine degli specialisti. Individueremo nell'opera di Occam il sorgere del *positivismo giuridico* (per ciò che attiene alle fonti del diritto) e della nozione di *diritto soggettivo* (per ciò che riguarda la struttura del diritto).

II. *La vittoria del nominalismo*

La ragione fondamentale della celebrità di Occam sta ovviamente nel fatto che egli inaugura *la via moderna*. Indubbiamente egli non è stato assolutamente il primo a muoversi in questa direzione. Si parla già di nominalismo nell'XI e nel XII secolo con Roscellino ed Abelardo; verso la fine del XIII secolo il francescano Pietro Aureoli e il domenicano Durando di San Porziano (eterodosso all'interno del suo ordine) erano di tendenza nominalista. Ma l'analisi storica si è soffermata soprattutto sull'opera personale di Occam ed ha fatto di lui il fondatore di una scuola filosofica fondamentale per la cultura moderna e che sopravvive ancor oggi: l'occamismo, in effetti, trionfa negli ultimi secoli della storia universitaria medievale, quando i maestri più famosi, non solo di Oxford, ma di Parigi e di molti altri centri di studio, saranno nominalisti: Tommaso di Bravardino e Gregorio da Rimini, Buridano, Marsilio di Inghem, Nicola d'Autrecourt, Gerson, Pietro d'Ailly, Alberto di Sassonia, Nicola Oresme. La pretesa proibizione del nominalismo di Luigi XI nel 1474 sembra vada annoverata tra le leggende. Il nominalismo sarà il legato del Medioevo alla filosofia moderna, passando in Germania da Gabriele Biel a Lutero, e in Inghilterra a Bacone, Hobbes, Locke e Hume ...

Sono persuaso che pochi studi sono più utili per la storia della filosofia del diritto di quello del nominalismo, se confrontato col suo opposto, il realismo di San Tommaso. La disputa sugli universali può apparirci oggi arcaica, forse sorpassata; mentre è solo *démodée* (ed in sé resta eterna). C'è da perdere meno tempo a studiarla di quanto non ce ne voglia a chinarsi su vecchi documenti o a studiare vecchie consuetudini, se si tratta di capire il contrasto e la transizione dal diritto antico al diritto moderno. Infatti è nel nominalismo che va rinvenuta la linea di frattura tra il diritto naturale classico, inseparabile dal realismo di Aristotele e San Tommaso, e il positivismo giuridico. È nel nominalismo che va rintracciata la chiave del problema fondamentale (fondamentale anche oggi, checché se ne dica) della filosofia del diritto. E del resto non mancano sull'argomento materiali bibliografici.

Dato comunque che è ben poco probabile che molti giuristi leggano le opere di Guglielmo di Occam, è bene riassumerne rapidamente la dottrina. Sarà sufficiente ricordare ciò a cui essa si oppone, darne una rapida sintesi ed analizzare brevemente le sue conseguenze culturali.

Cominciamo dalla tesi che Occam avversa, quella del *realismo*. A dire il vero essa si presenta, nell'opera di San Tommaso, in forma *moderata*: l'Aquinate, discepolo di Aristotele, parla di realtà soprattutto a proposito degli individui. Ma egli considera altresì *reali* (e in ciò consiste il «realismo», nel senso scolastico del termine) gli «universali». I generi, le specie, questi universali - l'animale, l'uomo, il cittadino - non sono solo concetti, ma hanno un'esistenza al di fuori del nostro spirito, anche se vanno considerati «sostanze seconde», in quanto che la qualità di «sostanze prime» è riconosciuta solo agli individui (Pietro o Paolo). Si tratta quindi solo di un «semi-realismo», che è però sufficiente a darci del mondo esteriore quella ricca visione sulla quale soltanto può fondarsi una dottrina del diritto naturale. Il mondo esterno non è un pulviscolo di atomi in disordine, più di quanto non sia un pulviscolo di individui; esso ha in sé un ordine, comporta delle classi in cui vengono a inserirsi tutti gli esseri individuali (le «cause formali») e le nature (le «cause finali»): comporta tutto un sistema di *relazioni* tra individui e al di sopra degli individui. Tutto ciò esiste obiettivamente, indipendentemente dall'intelletto che scopre quest'ordine nelle cose. Tale è, grosso modo, la metafisica realista, che costituisce a nostro avviso una condizione necessaria a che si possa scoprire nella «natura» un «diritto».

Abbiamo già sottolineato, quando si è parlato del pensiero di Duns Scoto, qual è l'elemento che in questa visione del mondo appare teologicamente inaccettabile ai francescani e che turba la loro spiritualità. L'idea di un ordine naturale assolutamente fisso, necessario, li scandalizza come fosse un'offesa all'onnipotenza divina, una negazione del miracolo e dell'azione diretta di Dio in ogni vita individuale. In verità, il pericolo di incatenare Dio alla ragione si dà meno nella dottrina sapientemente sfumata di San Tommaso, che in quella degli averroisti e forse anche di alcuni maestri ferrati in neo-platonismo; alla fine del XIII secolo e agli inizi del XIV, il partito della filosofia pagana è rappresentato più da altri scolastici che da San Tommaso; ma dopo la condanna del 1277, si va alla ricerca anche nell'opera tomista di una tendenza a rimettere in onore l'antico culto greco-

romano, idolatrico, della natura. San Bonaventura e Duns Scoto condanneranno questa idea di una natura obiettiva ed impersonale, in nome della teologia, considerata regina di tutti gli studi.

Ma Occam va molto al di là di Duns Scoto in quest'atteggiamento di reazione. A proposito della disputa sugli universali, Duns Scoto si è ritrovato, come è noto, in definitiva dalla parte dei «realisti»; salvo a riservare il primato all'individuo (e all'onnipotenza divina), Duns Scoto ammette che le qualità che vengono espresse dai termini universali (come, negli individui Pietro e Paolo, l'umanità, la libertà, l'animalità) sono formalmente distinte nell'essere; egli giunge a riscoprire il realismo e forse anche esagera in tal senso. Alla fine Scoto sarà considerato, nelle controversie del XIV secolo, tra i sostenitori del vecchio modo di fare filosofia (*via antiqua*). Occam, al contrario, ebbe l'onore di essere considerato l'iniziatore, l'*inceptor*, della *via moderna* e le motivazioni religiose non furono affatto le sole a instradarlo per questa via. Forse fu il suo amore per la *logica*, tanto studiata in questo periodo della scolastica, che lo condusse a posizioni così radicali; l'amore per la logica aristotelica: Occam infatti si ritenne sempre fedele ad Aristotele e per suo conto non si chiamò mai *moderno* (il termine, del resto, possedeva ancora e continuò per qualche tempo a possedere una risonanza peggiorativa). Ma, da logico scaltrito, egli pone una differenza netta tra le cose, *res*, e i *segni* che ad esse si riferiscono. Le parole (e tali sono i termini universali) non sono che segni delle cose; ora, un ragionamento metodico porta a concludere che le cose non possono essere per definizione che «semplici», isolate, separate; essere, significa essere unico e distinto; Pietro, Paolo, gli *individui* sono, e nella persona di Pietro non c'è altro che Pietro e non altra cosa che se ne distingua né «realmente», né «formalmente». L'«animale» e l'«uomo» così come l'«animalità» e l'«umanità» non sono né cose né esseri. Forse Occam si è reso, a questo riguardo, colpevole di un eccesso di logicismo; forse trasferisce in maniera sconsiderata i suoi modi di ragionare alla soluzione dei problemi ultimi della metafisica, come se le nostre regole logiche avessero il potere di comandare la struttura del reale; ma dobbiamo lasciare da parte queste considerazioni critiche. In ogni caso, Occam è arrivato al rifiuto totale del *realismo* tradizionale.

Nel suo insegnamento, Occam ha portato all'estremo il movimento anti-platonico ed anti-aristotelico fino ad allora ancora incerto, criticando il generale a beneficio dell'individuale. Nell'interpretazione occamista esistono solo gli *individui*: Pietro, Paolo, questo o quell'albero, quel masso di pietra, sono i soli ad essere *reali*; solo essi costituiscono *sostanze*. Quanto all'«uomo», al «vegetale», al «minerale», non esistono e altrettanto si potrebbe dire di tutte le nozioni generali. Ad esempio, quando parlo di «nominalismo», scambio, per un eccesso di intellettualismo, questa parola per una realtà; ma a dire il vero non esiste un «nominalismo»; esistono solo quei singoli filosofi detti nominalisti, Occam, Gregorio da Rimini o Gabriele Biel. Non esiste «filosofia moderna», ma solo i filosofi «moderni», ciascuno nella sua individualità, Hobbes, Cartesio, Spinoza o Locke. Non esiste nella realtà un «ordine francescano», ma solo frati francescani, sparsi in tutta Europa. Quest'ultimo esempio è dello stesso Occam ed è prodotto, come vedremo, nella polemica contro il

papa Giovanni XXII. Un altro esempio, tratto dall'ambito delle «relazioni»: non esiste *paternità*. Come potrebbe esistere una paternità, senza «padre» e senza «figlio»? È che non ci sono «padri» e «figli» in generale, ma solo determinati padri e determinati figli. Non esiste natura delle cose, natura dell'uomo, né forme comuni o cause finali 6. Non possiedono esistenza reale che gli individui nella loro singolarità, di cui del resto (tesi francescana, già presente in Duns Scoto) possediamo - una conoscenza immediata ed intuitiva e che noi designiamo attraverso determinati segni, che sono i nomi propri.

Ma cosa sono allora quegli universali, come l'uomo, il francescano, il padre? Per Occam non sono che *segni*, termini linguistici, *nomi*, che adempiono nella nostra logica ad una funzione particolare: ci servono a «connotare» (cioè a «notare insieme») molti fenomeni individuali. Essi esprimono una rassomiglianza o un rapporto che percepisco tra diversi esseri individuali; così designo con la parola «uomo» una certa similitudine che credo discernere tra Socrate, Platone, Pietro o Paolo. Questo modo di parlare non è affatto arbitrario, ha dei solidi fondamenti nel mondo reale (*fundamentum in re*), dato che è vero che c'è una qualche rassomiglianza tra Socrate, Platone, Pietro e Paolo. Ma peraltro l'essere non appartiene veramente che agli individui e, quindi, i termini generali non significano nulla di per sé, null'altro che una conoscenza imperfetta e parziale degli individui. A dire il vero, i termini generali non esprimono che una conoscenza imperfetta, confusa e grossolanamente indistinta: è come se vedessi avanzare da lontano Socrate, senza poter distinguere ancora i suoi tratti personali e non discernessi altro se non genericamente un «uomo»; in questa situazione, non possiedo ancora l'oggetto vero della conoscenza. Allo stesso modo, quando parlo di «nominalismo» non ne ho nello spirito che una nozione vaga e indeterminata; non comincio a toccare la realtà che quando vi parlo di una specifica teoria di Guglielmo di Occam. La sola conoscenza perfetta, veramente adeguata al reale, è quella dell'individuale.

La metafisica di Occam trasporta nel mondo del linguaggio e del pensiero, nell'universo concettuale, ciò che secondo i tomisti apparteneva al mondo dell'«essere»: i generi, le forme comuni, le relazioni. Per Occam questi non sono altro che concetti, strumenti, tappe sul cammino della conoscenza di una realtà, che è esclusivamente individuale; non sono altro che un inizio di conoscenza che nasce dagli individui.

Universali e relazioni non sono che strumenti del pensiero.

Non esiste nel reale e nella «natura» reale nulla che sia al di sopra degli individui: non esistono universali, non esistono strutture, non esiste diritto naturale.

Nelle sue grandi linee, questa è dunque la dottrina nominalista. Se non l'ho intesa male, devo dir subito che non riscuote il mio consenso. Non vedo perché non potremmo percepire nel mondo naturale esterno a noi un ordine, una serie di insiemi e di relazioni, così come percepiamo individui singoli. L'idea che esistano «sostanze» individuali (Pietro, Paolo, quest'albero, quella roccia) mi sembra altrettanto gratuita di quella dell'esistenza di «sostanze seconde» (l'animale, l'uomo, il cittadino) sostenuta da Aristotele e da San Tommaso; nella nostra filosofia contemporanea si potrebbero trovare molti argomenti contro la dottrina

occamista. Credo che si possa accusare Occam di aver imposto al reale, contro ogni evidenza, il modello del proprio pensiero, cioè a dire della sua logica formale. Occam anticipa l'idealismo, mettendo il pensiero al posto dell'essere. Personalmente, e fino a che uno studio più accurato non mi convincerà del contrario, manterrò la mia preferenza per la metafisica tomista. Ma lasciamo stare la critica.

Quel che davvero importa è aver chiare le conseguenze storiche di questa nuova filosofia. Il suo successo, la sua lunga fortuna nel mondo dei filosofi sono stati già esposti. Ma una filosofia quando non è banalmente scolastica (e confinata nella sezione filosofica della Sorbona) influenza i settori più diversi dell'attività intellettuale: e così accadde col nominalismo. Abbiamo già fatto menzione delle sue incidenze *teologiche*, che furono le prime a manifestarsi (dato che Occam era professore di teologia) e che furono la causa della sua messa sotto accusa davanti alla corte pontificia: il nominalismo portò Occam ad allontanarsi da diverse proposizioni tradizionali della teologia cattolica, per esempio per ciò che concerne il dogma della Trinità o l'analisi degli attributi dell'essenza divina (non ci possono essere, per Occam, attributi separati in Dio, come la ragione, la volontà, la giustizia, la misericordia: ci sono solo, come dice la Bibbia, dei «nomi» con i quali designiamo Dio, *connotandolo* con diversi fenomeni del mondo creato: l'*unità* radicale di Dio si oppone a che distinguiamo in lui una pluralità di attributi). Sempre partendo dal nominalismo, Occam giunse a rifiutare quasi del tutto le prove razionali (come quelle fondate sull'ordine cosmico) con le quali San Tommaso credeva di poter dimostrare l'esistenza di Dio e di conseguenza a distruggere quel ponte che San Tommaso e la sua scuola avevano innalzato tra la filosofia pagana e la conoscenza di Dio. Il nominalismo di Occam porta ad una separazione brutale tra ragione e fede; la filosofia naturale e la ragione hanno per ambito la creazione; solo la fede è mezzo di accesso alla conoscenza di Dio. «I dogmi di fede non sono materia di dimostrazione e non sono suscettibili di prove; sono perfino falsi per la maggior parte o addirittura per la totalità dei saggi di questo mondo, dei saggi della filosofia». Il protestantesimo di Lutero (e, in una certa misura, anche quello di Calvino) hanno le loro più lontane radici, come si sa, in Occam.

Non c'è nemmeno bisogno di molte parole per ricollegare al nominalismo lo sviluppo futuro delle scienze sperimentali; esse, del resto, hanno cominciato a fiorire già nel Medioevo, soprattutto nella scuola francescana e in particolare proprio ad Oxford; ne sono stati precursori i francescani Ruggiero Bacone e Roberto Grossatesta (anche se fu proprio del tutto estraneo agli ideali di San Francesco lo studio della fisica o della botanica). Occam insegna che la ragione naturale dell'uomo ha per oggetto suo proprio non gli «universali», non le «nature», ma le cose individuali, così come Dio le ha *poste* nella creazione. Senza dubbio egli è l'antenato del *positivismo*, nel senso che verrà dato a questo termine da Augusto Comte, dato che lo stesso termine fa parte del vocabolario occamista (*res positivae*).

Ora, come suscita una crisi all'interno del pensiero teologico, come a lungo termine porta ad un rinnovamento metodologico della scienza, così il nominalismo finisce per investire anche il *diritto*. Ciò comporta l'abbandono del diritto naturale,

cioè di quel metodo che secondo la nostra interpretazione aveva presieduto alla costituzione della scienza giuridica romana e che la scolastica umanista aveva restaurato nel diritto colto medievale; quel metodo che prendeva come punto di partenza per arrivare a dare soluzione ai casi giuridici l'osservazione della *natura* e dell'ordine che in essa si manifesta. Il nominalismo, al contrario, induce a pensare tutte le cose a partire dall'*individuo*. L'individuo (e non più il rapporto tra parecchi individui) diviene il centro di interesse della scienza del diritto; lo sforzo della scienza giuridica è ormai rivolto a descrivere le qualità giuridiche dell'individuo, l'ambito delle sue facoltà, dei suoi *diritti individuali*. Quanto alle norme giuridiche, non potendole più dedurre dall'ordine stesso che si credeva in precedenza di poter leggere nella natura, sarà giocoforza cercarne l'origine esclusivamente nella volontà positiva degli individui: il *positivismo* giuridico sarà figlio del nominalismo. Tutti i caratteri essenziali del pensiero giuridico moderno sono già insiti in potenza nel nominalismo.

Questi esiti sono già presenti, lo vedremo ben presto, in Occam; ma non penetreranno nella scienza giuridica che con lentezza. Allo stesso modo, le scienze positive sperimentali non avranno un loro pieno sviluppo che nel XVII secolo, cioè ben tre secoli dopo la nascita del nominalismo. Sarà necessario che le nuove prospettive logiche e la nuova visione del mondo, che la filosofia di Occam ha introdotto nelle scuole, si facciano strada nella cultura degli intellettuali. Ed anche in quella dei giuristi. Ma la struttura del diritto moderno è inesplicabile se non si risale a questa sua fonte, a queste premesse metafisiche elaborate dalle scuole medievali giunte al loro zenith. La logica e la metafisica, anche se trasmesse con lentezza e in modo indiretto ai giuristi, sono dunque l'apporto maggiore di Occam alla storia del diritto, anche se è vero che se Occam non lo avesse elaborato altri indubbiamente lo avrebbero teorizzato in quella stessa epoca: le rivoluzioni nella storia del pensiero non sono mai fatte da una persona sola.

III. *Il positivismo giuridico di Guglielmo di Occam*

Alcuni studiosi hanno manifestato un certo scetticismo sui rapporti esistenti tra la filosofia di Occam e le sue dottrine giuridiche; gli storici materialisti, ad es., ritengono che la filosofia non possa mai esercitare alcuna influenza sul contenuto positivo del diritto, né spiegarci mai nulla delle sue vicende storiche. Mi sembra, invece, che gli intellettuali, compresi i giuristi, hanno il grave difetto di tener molto alla coerenza delle loro opinioni, quale che sia il loro oggetto. Ritengo che il modo occamista di scrivere il diritto, di scegliere tra le fonti, di prendere per base del suo ragionamento giuridico solo fonti *positive*, è perfettamente coerente con la sua filosofia.

1. *Testi sulla legge e sul diritto naturale*

Far risalire il *positivismo giuridico* al XIV secolo è certo un modo di andar contro corrente. Questa dottrina, di solito, ci viene presentata come un prodotto della cultura ottocentesca, più o meno legata al positivismo scientifico di Augusto Comte; alcuni - tra i quali mi colloco io stesso - ne fanno risalire le origini alla dottrina

giuridica di Thomas Hobbes. È veramente paradossale far risalire questa metodologia giuridica, che sembra armonizzarsi così bene col rigore scientifico moderno, alle tenebre del Medioevo.

Bisogna dire che l'espressione «positivismo giuridico», così come quella «diritto naturale», sono singolarmente equivoche. Potrete trovare nelle opere di alcuni studiosi che amano l'«analisi del linguaggio», come Norberto Bobbio, una lista dei significati che questa espressione ha nel linguaggio contemporaneo; e bisogna riconoscere che la maggior parte di questi significati non si adatta alla posizione occamista. Ma anche se l'analisi del linguaggio è una delle correnti. filosofiche oggi più in voga, personalmente sono molto scettico sui suoi risultati; e, nel nostro caso, ho l'impressione che il suo esito sia quello di aumentare la confusione più che la chiarezza del linguaggio, con la sua pretesa di registrare i significati delle parole, anche quelli più impropri, e di attribuire a questi ultimi, in nome dell'imparzialità della scienza, lo stesso peso del senso autentico. Prestando tanta attenzione ai significati diffusi nell'uso comune ed in voga presso la gente meno colta, si finisce addirittura per non dare notizia del senso autentico delle parole, per la paura che il droghiere all'angolo della strada non sia capace di capirlo. È ovvio che io sono preda della deformazione opposta a questa che sto denunciando, perché, come storico, preferisco dare ai termini il loro significato originario, quello che essi avevano all'epoca in cui nacquero e in cui vennero maggiormente usati, e che per lo più è anche il significato più vicino alla radice etimologica della parola.

Che cos'è il positivismo giuridico? L'espressione *diritto positivo* (*jus positivum, justitia positiva*) è nata, come abbiamo visto, nella scolastica umanistica, a Chartres; è stata utilizzata da Abelardo, quindi dai glossatori ed è entrata in seguito nel linguaggio di San Tommaso. È la traduzione dell'espressione greca *dikaion nomikòn*: le leggi (*nomoi*), da cui deriva il giusto, hanno come propria essenza specifica il fatto d'esser *poste* (*legem ponere*). Questa dottrina è specifica del sistema giusnaturalistico classico. Ma in questo sistema il *giusto* che deriva dalla legge, il giusto positivo, è solo una fonte sussidiaria del diritto, dato che la fonte principale resta pur sempre l'ordine della *natura*, da cui, col suo lavoro, il giurista deduce le norme giuridiche. Il *positivismo* giuridico è, al contrario, quella dottrina che esalta il diritto positivo (nato in seno al diritto naturale), fino a pretendere di edificare sulla legge e sulla legge soltanto l'*insieme* dell'ordine giuridico.

Ora, è in questo senso, che è anche il più semplice e il più chiaro, che il positivismo giuridico è un prodotto del *nominalismo*. E della dottrina di Guglielmo di Occam.

Occam, come abbiamo già detto, afferma che solo le *res positivae*, le cose nella loro singolarità, sono oggetto di conoscenza; di conseguenza non può non riconoscere come fonti del diritto altro che le formule di legge, che sono l'espressione di una volontà individuale: l'ordine della natura non può rientrare nella sua prospettiva. In tal senso Guglielmo di Occam ha concepito e messo in opera il positivismo giuridico. Limitiamoci a segnalare, a questo riguardo, alcuni testi di portata generale.

Già nel commento di Oxford sulle *Sentenze* di Pietro Lombardo, Occam riprende la tesi scotista secondo la quale i precetti del Decalogo non sono affatto naturali né necessari in sé; essi sono obbligatori solo perché positivi, perché voluti da Dio. Ma su questo punto egli esagera: mentre Duns Scoto riteneva che i precetti della prima tavola del Decalogo (come quello dell'amor di Dio) fossero razionalmente necessari, Occam estende il suo scetticismo all'insieme del Decalogo. Dio avrebbe potuto fare dell'odio contro di lui una virtù, se lo avesse voluto; avrebbe potuto comandarci di adorare gli idoli. Non c'è *ragione* che possa limitare l'*onnipotenza* di Dio (in Dio ragione e volontà non sono separabili; la nostra intelligenza non conosce nulla dell'essenza divina e termini come «ragione» e «volontà», essendo solo «connotativi», non possono essere applicati a Dio). I precetti del Decalogo ci vengono rivolti in quanto *positivi*, in quanto cioè ordinati da Dio; il furto, l'adulterio, lo spergiuro e lo stesso odio contro Dio sono da considerare peccati solo perché Egli li ha proibiti (*mala quia prohibita*) e non per la ragione contraria, perché sono cattivi in sé. È vero che questi esempi riguardano solo la morale; la critica di Occam, in questo ben noto passaggio del Commento alle *Sentenze*, non prende ancora in considerazione altro che la *legge* morale naturale, e non il *diritto*.

Ma perché non estendere al diritto questo modo di ragionare? Nella seconda parte della sua vita, le circostanze indussero Occam, come abbiamo già detto, a immergersi nelle dispute giuridiche più importanti del suo tempo. Egli non poteva non fare i conti con la nozione di *diritto naturale*, riproposta dalla scolastica umanistica e dai romanisti, anche se in accezioni diversificate. Questa nozione era ormai incorporata nell'ortodossia; era divenuta una delle colonne dell'ordine sociale della cristianità, ed era pregiata tanto dai teologi che dai giuristi. Nell'opera polemica di Occam, esiste un celebre testo, nel *Dialogus*, in cui egli si confronta con questa nozione.

Si tratta di un testo oscuro e forse intenzionalmente difficile, sia perché era probabilmente pericoloso prendere di petto l'ortodossia, sia perché Occam vi pratica un metodo dialettico, quello del *dialogo*, in cui vengono liberamente confrontate opinioni diverse e non si espone direttamente il pensiero dell'autore. Il De Lagarde ha accuratamente commentato questo testo: mi limiterò a seguire il suo commento nei limiti dei nostri interessi.

Si comincia col discutere se i romani, in base al diritto naturale, abbiano il diritto di eleggere il papa: il problema è caratteristicamente giuridico. A questo punto nasce una discussione tra il Maestro e il discepolo sui diversi possibili significati dell'espressione diritto naturale; il Maestro non intende affatto negare completamente la legittimità dell'espressione, ben radicata nell'uso comune; fa mostra di volerne solo approfondire il significato.

Il Maestro distingue tre significati diversi di diritto naturale; rientra nella prassi scolastica *distinguere* il significato delle parole e questa prassi s'accentua vieppiù nel *nominalismo*, per il quale i termini generali non sono altro che segni artificiali, suscettibili di essere utilizzati più o meno arbitrariamente.

In una prima prospettiva, per *jus naturale* si è soliti intendere alcuni precetti razionalmente necessari, quali quelli del Decalogo, non uccidere, non commettere

adulterio ... In verità, Occam non crede affatto che questi precetti morali siano davvero necessari secondo ragione, né che siano autenticamente «naturali»; abbiamo appena visto che secondo lui si tratta di precetti di origine *positiva*, che si fondano cioè sul comandamento positivo di Dio. Ed infatti, poco più avanti, il Maestro sottolinea che questo genere di diritto naturale è contenuto nella Sacra Scrittura, «in Scripturis ... continetur». Del resto, i precetti contenuti nel Decalogo non sono ancora *giuridici*; essi non dicono nulla riguardo alla ripartizione tra il mio ed il tuo e da essi non siamo in grado di dedurre, ad esempio, se i romani abbiano o no la facoltà di eleggere il papa. Tutt'al più si tratta di precetti rilevanti per la *legge* morale *naturale*.

In un secondo senso, seguita il Maestro, il termine *jus naturale* designa lo statuto primitivo dell'umanità, il regime giuridico in vigore *prima* di ogni legislazione, prima che si formasse qualsiasi consuetudine tra gli uomini: «absque omni consuetudine vel constitutione humana». È un vecchio significato, che viene da lontano, dal sogno stoico dell'epoca aurea dell'umanità, adattato dal cristianesimo al tema del paradiso terrestre. Ad esempio, in questa accezione, la comunione dei beni tra gli uomini sarebbe di diritto naturale, dato che un'antica tradizione ce la presenta come il regime tipico dello stato di natura. Ma ciò non significa affatto che essa mantenga ancor oggi la sua obbligatorietà, dato che nel frattempo sono intervenute le leggi umane e le consuetudini, che hanno istituito l'opposto regime della proprietà individuale. Se si intende il diritto naturale in questa accezione (che avrà grande fortuna nell'epoca moderna), va subito detto che esso non ha alcuna validità *attuale*. E da molto che siamo usciti dallo «stato di natura»; e del resto nello stato di natura non ci si poneva il problema dell'elezione del papa.

Rimane, prosegue il nostro testo, un terzo significato. Si possono indicare con *diritto naturale* le conseguenze che derivano razionalmente da un avvenuto accordo tra gli uomini o da una data regola positiva. «Tertio modo ... illud quod ex jure gentium vel aliquo faeto humano evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum quorum interest, statuatur contrario». Ad esempio, una volta istituita la proprietà, ne segue logicamente che il deposito deve essere restituito al proprietario. Occam concede un posto di rilievo nell'arte giuridica alla ragione, al ragionamento, al principio di non contraddizione; è solo in questi limiti che egli è d'accordo nell'utilizzare (anche se impropriamente) l'espressione «diritto naturale». E in questo senso, egli concluderà che il diritto naturale conferisce ai romani il potere di designare il papa. L'istituzione del papato è infatti positiva; e dato che il papa è il vescovo di Roma ed è preposto alla sorveglianza, al governo dei romani, ne segue razionalmente che solo i romani hanno il diritto di eleggerlo: «Supposito enim quod aliquibus sit aliquis praelatus vel princeps vel rector praeficiendus, evidenti ratione colligitur quod ... illi quibus est praeficiendus habent jus eligendi et praeficiendi eis, unde nullus dari debet ipsis invitis» (si tratta in fondo di un argomento contrattualistico).

Ecco cosa in pratica è divenuto per Occam il diritto naturale: esso non sta a significare altro che le conseguenze razionali delle regole positive. Oltre a non aver più alcun nesso con la *natura*, ha perduto altresì ogni carattere *universale* e

obbligatorio, per lo meno nei confronti del legislatore. Infatti, le conclusioni che il giurista trae, per via di sillogismo, dalle leggi non possono avere alcun valore nei confronti delle intenzioni esplicite del legislatore stesso; possono valere solo finché permane la volontà legislativa, che ha servito loro da fondamento: «nisi... statuatur contrario». L'autorità legislativa che ha fondato il regime della proprietà è perfettamente legittimata a stabilire che, in certi casi, il deposito non debba essere restituito; oppure (dato che in quest'ambito non c'è altro legislatore) il Cristo che ha fondato la Chiesa avrebbe potuto stabilire che il papa non fosse il successore di San Pietro, o il vescovo di Roma.

Basta che intervenga un nuovo testo legislativo ed ecco che tutte le conclusioni logiche del diritto naturale, «tertio modo» si trasformeranno, come dirà Kirchmann nell'epoca dell'assoluto trionfo del positivismo, in una chiacchiera vana e superata, una vuota parafrasi, una *bloße Makulatur*, nient'altro che carta straccia 12.

Il quarto possibile significato di diritto naturale, quello recepito da San Tommaso (e per il vero il solo autentico), lo cercheremmo invano nel *Dialogus*. L'espressione diritto naturale comincia ad essere usata (è una vicenda destinata a ripetersi e che dura fino ai nostri giorni) e ad essere mantenuta in vita per via di un rispetto solo verbale ed apparente, in accezioni del tutto improprie e che non hanno più alcun rapporto con l'esatta etimologia dei termini. Il fatto è che il vero diritto naturale non può entrare nell'ottica del *nominalismo*; questa prospettiva filosofica è addirittura incapace di concepirlo. Al termine della lunga discussione teorica di Occam, mi pare che del diritto naturale non rimanga più nulla, se non il mero termine. Ma vedo nascere dal prolungamento del nominalismo occamista, come suo corollario, il positivismo giuridico.

2. *Il metodo del Breviloquium*

Ritorniamo a considerare Occam nel suo lavoro di giurista. Tra le opere polemiche che egli ha scritto (e che non possiamo ovviamente legger tutte), ne ho scelta una, il cui argomento mi sembra giuridico per eccellenza. Si tratta del *Breviloquium de principatu tyrannico*, ritenuto perduto, ma riscoperto da Scholz nel 1926 e pubblicato già due volte 13 e che è stato da allora oggetto di numerosi studi critici. Forse sarà necessario giustificare l'affermazione che ho fatto e cioè che il *Breviloquium* è un'opera giuridica; essa potrebbe essere contestata da alcuni giuristi d'oggi, che la riterrebbero piuttosto un'opera «politica». Ma non trovo alcun valido argomento per negare che in essa Occam affronta un tema specificamente *giuridico*, il più importante anzi per il diritto pubblico medievale: la ripartizione dei poteri tra le due autorità sovrane del Medioevo: il papa e l'imperatore. Sappiamo che Occam è entrato al servizio di Ludovico il Bavaro e che per conto di questo polemizza contro la tesi pontificia della *plenitudo potestatis*, cioè della sovranità totale, non soltanto spirituale, ma anche temporale, del papa.

Consideriamo questo libro in una prospettiva un po' nuova, senza preoccuparci di approfondirne il contenuto dottrinale, ma solo di mettere alla prova il *metodo* seguito da Occam. Leggendo in questa prospettiva il *Breviloquium*, resteremo sorpresi dal carattere stranamente moderno, sotto certi aspetti, del suo stile: il suo

attaccamento rigoroso alle fonti del diritto positivo corrisponde allo stile stesso del *positivismo*. Il metodo seguito da Occam in questa materia costituisce a nostro avviso una decisiva *novità* nel panorama culturale dei primi anni del XIV secolo. Ma a questo punto dobbiamo tornare un momento indietro.

Sappiamo tutti che il grande conflitto tra il papato e lo Stato ha suscitato un'abbondante letteratura critica. Il conflitto di Ludovico il Bavaro e di Giovanni XXII non è altro che la continuazione di quello tra Filippo il Bello e Bonifacio VIII, che ha prodotto, da una parte e dall'altra, una fervida attività giuridico-dottrinale, anche se alcuni studiosi non la qualificano più oggi con questo nome. Dalla parte del papa intervengono, dopo Tolomeo da Lucca (continuatore del *De regno* di San Tommaso) e la coorte dei canonisti della curia papale, Egidio Romano e Giacomo da Viterbo; sotto Giovanni XXII, ad esempio, Agostino Trionfo o il francescano spagnolo Alvaro Pelayo. Dalla parte statale, invece, abbiamo Giovanni di Parigi (un altro discepolo di San Tommaso, la cui dottrina è moderata), Dante, ecc. e sotto Giovanni XXII soprattutto Marsilio da Padova, compagno di Guglielmo di Occam alla corte di Ludovico il Bavaro.

Ora, verso la fine del XIII secolo e gli inizi del XIV (non credo che le cose andassero allo stesso modo all'epoca di Gregorio VII) tutti questi autori ci danno la prova del trionfo del metodo del *diritto naturale*. È questo l'unico motivo per cui i positivisti contemporanei vorrebbero negar loro il titolo di *giuristi* e arrivano per lo più a qualificarli come «pubblicisti». Nel partito papale, non si usano quasi argomenti che non siano di impronta giusnaturalistica e del resto non ci sarebbe stato altro modo di fondare il potere temporale del papa (per qualche tempo si è argomentato a partire dalla *Donazione di Costantino*, ma questo argomento a doppio taglio è stato rapidamente abbandonato). Si porta avanti una visione del mondo e in particolare del mondo degli uomini, dell'umanità, affermando che per sua *natura* sarebbe *una*, formerebbe un *corpo* e non dovrebbe avere che una testa. E, sulle tracce di San Tommaso (uno dei rami della scuola tomista ha sostenuto il partito del papa), si prova che l'ordine naturale deve giungere al suo coronamento attraverso la sua inserzione nello spirituale, mediante il suo compimento attraverso la grazia: «Come il corpo riceve dall'anima l'essere, la potenza, l'attualità (*esse, virtutem, operationem*) ... così la giurisdizione temporale dalla giurisdizione spirituale di Pietro e dei suoi successori». «Il potere temporale ha la sua fonte nell'inclinazione *naturale*, dunque in Dio stesso, per il fatto che la *natura* è opera di Dio: ma non esiste formalmente e perfettamente che per il potere spirituale, dato che la grazia ... porta la *natura* a perfezione». Argomentazioni simili possono essere riscontrate anche nell'opera di un canonista come l'Ostiense.

È vero che si trovano invocati, sussidiariamente, anche alcuni testi della Sacra Scrittura: in specie il Genesi, il passaggio relativo alle due luci, cioè al sole e alla luna che rappresentano i due poteri del papa e del sovrano secolare; e come la luna riceve dal sole la sua luce, così bisogna pensare che l'imperatore derivi dal papa la sua autorità. Spesso citata è anche l'immagine evangelica delle *due spade*, che sono entrambe nelle mani di San Pietro o quella delle «chiavi», ricevute da Pietro. Ma è chiaro che è impossibile arrivare a soluzioni giuridiche inerenti al problema dei

poteri del papa e dell'imperatore partendo da questi testi e sottoponendoli ad un'esegesi *letterale*: i partigiani del potere temporale del papa ricorrono in questi casi all'interpretazione *simbolica*, che presuppone una certa visione dell'universo, considerato come pieno di corrispondenze, ricco di analogie, *ordinato*. Questo modo di argomentare, che sembra fedele ai testi, in verità non deduce assolutamente nulla da essi, se li si considera nella loro letteralità; esso piuttosto fa perno, al di là dei testi, su di una determinata concezione della *natura*.

Lo stesso metodo, con risultati opposti, è utilizzato dagli avversari del potere temporale del papa, come Giovanni da Parigi (che è il discepolo e il successore di San Tommaso al convento di tue Saint-Jacques, ma che ha elaborato una dottrina più favorevole di quella del maestro all'autonomia dello stato) o come Marsilio da Padova. Marsilio si pone al servizio (anche se con notevoli divergenze, quanto alle conseguenze ultime della sua dottrina) della stessa causa per cui si batte Guglielmo di Occam. Ma non la difende alla stessa maniera del francescano. Indubbiamente egli condanna, come Giovanni da Parigi, il metodo argomentativo che si fonda sull'esegesi simbolica dei testi scritturistici. Senza dubbio egli esalta il potere legislativo dell'imperatore romano e la sovranità imperiale (ma non è affatto un teorizzatore - come si crede in base a un diffuso pregiudizio - di un vero contratto sociale individualistico come fonte del potere imperiale). Si potrebbe anche riconoscere a suo merito l'elaborazione della nozione di diritto positivo, dato che egli mette l'accento sulle «cause efficienti» delle leggi positive (che sono poi la volontà del popolo o quella dell'imperatore, una volta che l'impero sia stato istituito), anche se egli non nega l'esistenza di «cause finali», anche cioè se non fuoriesce dalla dottrina del diritto naturale. Ma in che modo Marsilio arriva a queste conclusioni? Leggiamo l'indice del suo libro, il *Defensor Pacis*. Marsilio parte dalla definizione della città, del regno, della comunità civile; poi si interroga sulle «cause» della «comunità civile», la causa materiale, la causa formale e la causa finale; quindi sulla causa finale di ogni parte costitutiva della città. È per questa via che egli giunge alle sue conclusioni sul potere imperiale e dà un fondamento all'autorità delle leggi imperiali, partendo cioè da una visione del mondo che si basa essa stessa sull'osservazione della *natura*. Insomma, Marsilio utilizza il metodo giusnaturalistico, anche se lo rende meno duttile e lo pratica non senza pedanteria. Non è da questo universitario infatuato di aristotelismo e complice d'averroismo che bisogna aspettarsi un abbandono della tradizione giusnaturalistica. Il metodo del diritto naturale trionfava insomma nel diritto pubblico agli inizi del XIV secolo. Ma dato che questo fatto non viene sempre sottolineato, sono stato costretto a farlo io, allungando a dismisura questo preambolo. Possiamo ora arrivare finalmente alla nostra questione: qual è il metodo di Guglielmo di Occam?

3. *Il diritto positivo*

Ho già rimarcato come lo stile giuridico del *Breviloquium* colpisca il lettore per il suo aspetto moderno, per la sua stringatezza positivistica e per la costante ostentazione di assoluta fedeltà alle fonti *positive* del diritto. Di argomentazioni fondate sull'ordine del mondo, sull'essenza dell'uomo, sulla natura della comunità

politica, sulle cause finali delle azioni umane non se ne trova traccia in tutta l'opera; quanto all'impiego del metodo giusnaturalistico, che come si è visto era diffusissimo in quell'epoca e per quel genere di controversie, bisogna dire che il *Breviloquium* ne è assolutamente carente.

Occam è pienamente consapevole degli obiettivi che vuol raggiungere. Con esemplare chiarezza, egli afferma di non volersi mai discostare dai testi di diritto positivo. Ce ne sono di due tipi: le leggi divine e le leggi umane.

È ovvio che il *diritto divino positivo* occupi il posto più rilevante nell'opera occamista, come del resto avevamo già visto a proposito dei precetti del Decalogo, che Occam considera come la fonte di tutta la morale. Quando infatti si tratta di distinguere i poteri del papa da quelli dell'imperatore, la decisione - afferma Occam - non può evidentemente essere affidata a nessuna di queste due autorità, che sono parti in causa, ma può essere fondata solo sullo *jus divinum* (*ius* per Occam significa legge, ordine, comando; la vecchia concezione dello jus, che lo identificava con lo *justum*, non ha alcun senso per il nominalismo) e sull'*ordinatio Christi*. Insomma, la distinzione tra i due poteri non può esser fatta in base ad altra legge che non sia quella che promana direttamente da Dio: «Istae duae potestates non cadunt ... in eundem hominem quod quidem non accidit ex natura rei, sed ex ordinatione Dei et jure divino quo cavetur ne ordinarie et regulariter idem homo praesit omnibus saecularibus et etiam divinis». La questione deve essere affrontata in base ai testi della Sacra Scrittura e l'esegesi della Scrittura è affare dei teologi: «Theologorum ... est scire quam potestatem habeat papa ex jure divino».

L'esegesi deve inoltre essere *letterale*, ancorarsi cioè alla lettera del testo o individuare l'intenzione del legislatore. Occam condanna espressamente (almeno se se ne vogliono dedurre conseguenze rilevanti sul piano del diritto) l'uso dell'interpretazione mistica: «Il senso mistico della Scrittura, a meno che la Scrittura stessa, direttamente o nel contesto, non lo comporti espressamente, può essere utilizzato per l'edificazione morale, ma non può né deve essere sfruttato quando si tratta di portar argomenti su di un punto in discussione, quando c'è una disputa tra cristiani». Ecco quindi rifiutati in un colpo solo gli argomenti dei due soli, delle due spade, ecc. Occam non ammette altro che l'interpretazione letterale, quella che non aggiunge nulla al testo, quella che si fonda integralmente sul dato positivo. Egli interpreta a lungo, con minuzia, i testi relativi ai poteri di Pietro: Tu sei Pietro ..., Pasci le mie pecore ..., Tutto ciò che legherete sulla terra. Ed è da questi testi che egli constata, con rigore, che non c'è alcuna possibilità di dedurne il potere temporale del papa. Ma si può dedurre da un'altra affermazione del Cristo, «Date a Cesare», il potere temporale dell'imperatore.

Una tal maniera di ragionare giuridicamente non ha nulla veramente di nuovo: un tale attaccamento alla lettera della Scrittura (anche se interpretata, indubbiamente, in modo più duttile) ci era già apparso come caratteristico dell'agostinismo giuridico, che aveva dominato la cultura giuridica fino al trionfo, nei secoli XII e XIII, della scolastica umanistica. Abbiamo già notato come nel francescanesimo ci siano aspetti reazionari. Guglielmo di Occam riabilita il vecchio metodo teologico, che pretendeva di sottomettere assolutamente l'intelligenza al testo positivo

rivelato. Il metodo positivistico consistette, in un primo momento, in una sorta di prestito dei teologi ai giuristi. Ma non dobbiamo cadere nell'errore di pensare che l'opera di Occam si qualifichi tutta per il ritorno al passato; la sua dialettica è ben più rigorosa di quanto non poteva essere quella dell'epoca dell'agostinismo giuridico. E d'altra parte nel suo sistema c'è anche uno spazio adeguato per il diritto positivo di origine umana.

Le esigenze giuridiche della società sono infatti ben più estese nel XIV secolo di quanto non lo fossero nell'epoca dell'agostinismo, in cui si poteva ancora concepire l'idea di rimettersi totalmente alla Sacra Scrittura, lasciando da parte il diritto positivo. Ma ora si sono sviluppati il commercio, le città, gli stati e il sistema, sempre più complesso, dei rapporti amministrativi. Ora, se si ripudia l'interpretazione simbolica, non si può dedurre nulla su questi temi né dal Vangelo, né a maggior ragione dall'Antico Testamento. È necessario ricorrere a fonti giuridiche di origine umana; e a questa esigenza rispondeva in effetti la rinascita del giusnaturalismo greco-romano e la rinascita del diritto romano, che ne fu il corollario. Occam, da parte sua, soddisfa tali esigenze esaltando le *leggi* positive umane.

Non si può dire che queste leggi vengano considerate ampiamente nel *Breviloquium*; ma il problema che si discute in quest'opera non ha fondamentalmente alcun rapporto con la legislazione umana. Peraltro Occam vi arriva ad anticipare alcune precise questioni, che riguardano l'autorità dell'imperatore e i poteri del papa e che attengono al diritto positivo umano. Anche la donazione di Costantino, sulla quale si poteva fondare il potere papale, costituisce l'oggetto di una sua minuziosa esegesi (che peraltro, nel testo che è giunto fino a noi, è incompleta). *A fortiori* i diritti dell'imperatore si fondano sul diritto positivo umano. E la questione compete allora, ci insegna Occam, ai *jurisperiti*, cioè ai romanisti che coltivano la scienza delle leggi.

Leggi romane e non più *diritto* romano. C'è in Occam la tendenza (ricca di avvenire, anche se contraria alla verità storica) a concepire il diritto romano come di origine imperiale, come prodotto dalla volontà positiva degli imperatori romani; l'interpretazione del *Corpus juris civilis* deve di conseguenza essere anch'essa praticata in modo stretto e letterale e non più nel modo duttile raccomandato da San Tommaso, secondo i principi della dottrina del diritto naturale. Per San Tommaso, che su questo punto vedeva meglio di Occam, il diritto romano era di origine *dottrinale* e come tale poteva essere interpretato liberamente dagli interpreti moderni. Per Occam, invece, il diritto romano è *legislativo* e pertanto la sua interpretazione deve restar rigorosamente fedele alle formule positive dei testi e andare alla ricerca della volontà del legislatore, dato che si tratta di diritto positivo: il *giurisperito* deve applicare nei confronti delle leggi imperiali gli stessi metodi che il *teologo* usa nei confronti dei precetti divini.

Occam delinea una teoria dell'origine dei testi giuridici romani, per metterne in evidenza il carattere esclusivamente positivo. Cita le *Istituzioni*: «Quod principi placuit legis habet vigorem, cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit». La competenza creatrice

della volontà imperiale trova essa stessa il proprio fondamento nella *volontà* popolare. Si sa bene che questo testo delle *Institutiones* non aveva affatto, a Roma, quella portata universale che gli viene attribuita da Occam.

Studiando l'origine del *dominium*, cioè del diritto di proprietà, e della *iurisdictio temporalis*, cioè della sovranità 29, Occam riprende l'analisi già abbozzata da Duns Scoto. Di norma la proprietà, autorizzata, dopo il peccato originale, dal diritto divino positivo, nasce per volontà del sovrano temporale, e la stessa autorità del sovrano temporale ha la sua fonte nella decisione dei sudditi, ai quali il diritto divino positivo concede il permesso di costituire i sovrani, «*potestatem instituendi rectores habentes jurisdictionem temporalem*». E questa istituzione comporta la concessione al sovrano temporale del potere di emanare leggi: *potestas condendi leges*.

E così il cerchio si chiude. Il diritto umano, così come il diritto di origine divina, sono concepiti solo come positivi: essi nascono, in ultima analisi, da volontà individuali. Abbiamo già incontrato, nel *Dialogus*, a proposito dell'elezione del papa, l'affermazione di principio per la quale ogni autorità si fonda sul consenso originario dei sudditi: «Supposito enim quod aliquibus sit aliquis praelatus vel princeps vel rector praeficiendus, evidenti ratione colligitur quod ... illi quibus est praeficiendus habent jus eligendi et praeficiendi eis, unde nullus dari debet ipsis invitis». È questo il vero contratto sociale di origine individualistica, che non si riscontra in Marsilio, ma che era in germe nel pensiero di Duns Scoto e che ben si confà alla prospettiva nominalistica. Non esiste più che una sola fonte del diritto, la volontà individuale: o la volontà dell'individuo-Dio, o la volontà dell'individuo-uomo.

Con una perfetta coerenza, dunque, l'Occam giurista si muove sulle tracce dell'Occam filosofo. Si deve affermare quindi che egli sia stato l'inventore del positivismo giuridico? È un tipo di affermazione che uno storico non osa azzardarsi a fare. Il metodo giuridico di Occam non è privo di precedenti, sia nel suo ordine, sia più generalmente nella storia del diritto. Ma, prima della rinascita tomista del diritto naturale, l'agostinismo giuridico si teneva stretto ai soli testi positivi divini, senza peraltro interpretarli in modo rigoroso; e non si può dire che esista positivismo giuridico nella Roma classica o nella Grecia antica (i sofisti, ad esempio, negavano sì il diritto naturale, ma non pretendevano di costruire a partire dai testi positivi un ordinamento giuridico materiale; il loro pensiero era negativo e unicamente finalizzato alla distruzione dell'ordine esistente ...).

Che concludere? Si può dire almeno questo: prima di Guglielmo di Occam non c'è esempio di applicazione consapevole e sistematica del positivismo giuridico; che questo positivismo nell'opera di Occam *deriva* da una certa *logica*, dal culto della dialettica e da un gusto, portato all'estremo, per il ragionamento rigoroso; in breve da una determinata metafisica. Il positivismo occamista è il primo risultato, nel diritto, del *nominalismo*.

Capitolo quarto. **PROLEGOMENI ALLO STUDIO DEL DIRITTO SOGGETTIVO IN GUGLIELMO DI OCCAM**

Dobbiamo ora prendere in considerazione un altro tema fondamentale nei sistemi giuridici moderni, ancora più fondamentale di quello del positivismo giuridico: il tema del *diritto soggettivo*. Vi voglio dimostrare che l'idea del diritto soggettivo nasce anch'essa in ambito nominalistico e diviene esplicita con Occam. Bisognerà dedicare una qualche attenzione a questo punto e perciò gli dedicherò due capitoli di questo libro.

Non si tratta di un tema particolarmente gradevole. «Diritto soggettivo» è una di quelle espressioni da cui i giuristi più raffinati tengono elegantemente ad astenersi: come tutte le espressioni oscure, essa denota infatti una sospetta attinenza alla filosofia.

Malauguratamente, è anche una delle chiavi del pensiero giuridico contemporaneo. Non c'è senza dubbio nessuna critica del pensiero giuridico moderno (o almeno nessuna critica veramente profonda) che non prenda le distanze dalla nozione del diritto soggettivo. È quello che, ad esempio, fa Duguit, sulle tracce di Augusto Comte; e le migliori pagine della *General Theory* di Kelsen sono proprio quelle che egli ha scritto, in un'ottica tutta differente, contro l'idea di diritto soggettivo.

In una prospettiva più tradizionale, il diritto soggettivo è stato difeso da studiosi di diritto civile, come Dabin e Roubier. Anche la scienza giuridica tedesca è intervenuta nella discussion3. Insomma, è in atto oggi una disputa sul diritto soggettivo, che magari non fa troppo chiasso e non è arrivata ancora a turbare il sonno dei giuristi, ma che è comunque tale da richiamare la nostra attenzione.

Per vedere chiaro in questa disputa (e anche per mettere a fuoco l'espressione così nebulosa di «diritto soggettivo») è utile studiarne le origini. So bene che molti esiteranno a prendere sul serio la tesi che voglio difendere e cioè che l'idea di diritto soggettivo ha avuto come padre il nominalismo di Guglielmo di Occam e che quindi non la si può far risalire che agli inizi del XIV secolo. È che non siamo mai troppo ben disposti a mettere in causa le nozioni di cui facciamo un uso quotidiano; esse ci appaiono troppo «naturali» e ci risulta anche difficile immaginare che in altre epoche se ne sia potuto fare a meno. Mi ricordo che durante la discussione su di una relazione che avevo presentato alla *société historique du droit* nel 1953, il decano Le Bras giunse ad affermare che la nozione di diritto soggettivo gli sembrava vecchia «quanto Adamo ed Eva». È un'opinione a prima vista verosimile; ed anche se cercherò di confutarla, non sono affatto sicuro di sostituirla con una dottrina altrettanto chiara. Ci sono due modi di fare ricerca in storia del diritto: quello di chi procede lungo sentieri già battuti da altri e riesce sempre ad essere ben chiaro; e quello di chi abbandona le vie che l'educazione e l'abitudine hanno già tracciato per lui e che non riesce sempre, pertanto, a trovare la sua strada.

In ogni caso, l'argomento stesso mi obbliga, prima che io possa affermare la novità dell'opera occamistica, ad una messa a punto pregiudiziale: devo in primo luogo mostrarvi che la nozione di diritto soggettivo è logicamente incompatibile con il

diritto naturale classico; che era sconosciuta alla scienza giuridica romana; e che non è presente, se non in modo embrionale, prima dell'epoca di Guglielmo di Occam.

I. La nozione di diritto soggettivo e il sistema del diritto naturale

1. Significato dell'espressione «diritto soggettivo»

Non si può discutere sulla data di nascita del *diritto soggettivo*, se non si comincia col riflettere su ciò che significa questa espressione. Bisogna confessare che non è affatto facile definirla senza un considerevole sforzo intellettuale (un tipo di sforzo che è assolutamente sgradito alla maggior parte dei giuristi francesi di oggi; e del resto quando un problema ha un carattere spiccatamente filosofico, si preferisce in generale risolverlo bruscamente, senza far ricorso alla filosofia). La nozione di diritto soggettivo viene ricostruita al giorno d'oggi, da parte di molti studiosi, in modo assolutamente arbitrario: essa viene per lo più adattata ai sistemi personali elaborati da ciascun autore e di conseguenza allontanata senza scrupoli dal suo significato originario. Non ci si deve quindi meravigliare che in queste condizioni il diritto soggettivo resti per il grande pubblico una nozione oscura, pedante e inutilmente complicata.

Peraltro, anche se non ci facciamo mai carico di spiegarla fino in fondo, usiamo tutti i giorni la nozione di diritto soggettivo. Non c'è niente che per il giurista sia più abituale o di uso più comune. Parliamo dei nostri diritti al lavoro, alla salute, alla cultura; dei nostri diritti di credito, dei diritti reali, del diritto di proprietà fissato dal Codice civile. Questa nozione, così fondamentale per il pensiero giuridico contemporaneo, appena un secolo fa suscitava ancora l'attenzione appassionata della dottrina, che si sforzava continuamente di definirla: basti ricordare la definizione della Pandettistica, per la quale il diritto soggettivo non sarebbe altro che una «potestà della volontà». Questa formula, che risale a Savigny, ha conosciuto innumerevoli varianti ed è stata contestata, a partire da Jhering, altrettante volte. Credo che non ci sia alcuna possibilità di mettere in chiaro questo concetto, se non si risale all'epoca in cui esso fu elaborato, al momento in cui è stato pensato, con il massimo di pregnanza, dai suoi inventori. Ogni termine giuridico appartiene a una particolare epoca, all'interno della quale va considerato, se lo si vuole comprendere.

Limitiamoci per il momento a considerazioni elementari. Ciò che si dà di caratteristico nell'espressione di diritto soggettivo, se la vogliamo intendere nel suo significato autentico ed originario, è che essa applica l'etichetta, il contrassegno del giuridico (la forza normativa del *diritto*) ad una facoltà del soggetto, ad uno dei suoi *poteri*. Il diritto soggettivo di proprietà è ad esempio il *potere* di usare, di godere, di disporre della cosa attribuita al proprietario, che è lui stesso riconosciuto, garantito, sanzionato *giuridicamente* come tale. Questa nozione complessa risulta così dall'associazione di due idee, quella di *diritto* e quella di *potere*. Credo che un'analisi così semplice possa essere illuminante, se cerchiamo ora di mettere in evidenza quale è stata l'origine storica del nostro concetto.

2. *Primo tentativo di distinzione di due linguaggi*

Basta una rapida considerazione della filosofia classica del diritto naturale, quella di Aristotele e della sua scuola, che secondo noi ha avuto una notevole fortuna storica, per comprendere come essa non lasci spazio all'idea di diritto soggettivo, così come l'abbiamo precisata in precedenza.

Lo specifico della dottrina di Aristotele e di San Tommaso, come ho ormai più volte ripetuto, sta nel costruire la scienza del diritto non a partire dalla «natura dell'uomo» (come è avvenuto nell'epoca moderna), da cui si inferisce l'attributo (proprio dell'uomo isolato) del «potere» e infine del «diritto soggettivo», ma dalla «natura cosmica»: il giurista determina il diritto a partire dall'osservazione dell'*ordine* che regna nel *corpo sociale* naturale, da cui non si possono che dedurre rapporti, proporzioni, conclusioni *obiettive*.

Il compito del giurista, secondo questa prospettiva, non è affatto quello di porsi al servizio dell'individuo, di soddisfare i suoi desideri, di riconoscere e proclamare i suoi poteri; questi scopi sono specifici di altre attività; la ricerca dell'utile o dello sviluppo intellettuale e spirituale dei soggetti non attengono affatto all'ambito del giuridico. Il giurista è il «sacerdote della giustizia» (*sacerdotes justitiae*: così Ulpiano chiama i giuristi). Il giurista va alla ricerca del giusto, di questo valore che nell'epoca classica veniva precisamente definito come armonia, equilibrio, proporzione aritmetica o geometrica tra le cose o le persone.

Che cosa è il diritto, il *dikaion* o lo *jus*? Per San Tommaso (come per Ulpiano, o per Aristotele) il diritto è ciò che è giusto (*id quod justum est*), è il risultato cui tende il lavoro del giurista: individuare il giusto rapporto oggettivo, la giusta proporzione che deve intercorrere tra i poteri da attribuire al re, quelli da attribuire ai militari e quelli che spettano alle altre classi di cittadini (è questo, in fondo, il tema della *Repubblica* di Platone); o, ancora, individuare il giusto rapporto tra i patrimoni di due proprietari vicini o tra due soggetti che sono in reciproco rapporto, come la vittima di un delitto e il criminale che ne è stato l'autore, o il creditore e il debitore, ecc. Insomma, l'*oggetto* dell'arte giuridica è l'individuazione dei criteri di ripartizione.

In un'accezione più ristretta, si parla dello *jus* che spetta ad un certo individuo. La parola allora designa la *parte* che costui riceve secondo giustizia, dato che è compito della giustizia attribuire a ciascuno il *suo* diritto: *suum jus cuique tribuere*.

In particolare: in quel tipo di ripartizione che si effettua frazionando le diverse utilità che si possono trarre da una cosa «corporea», un cittadino potrà ricevere l'uso della cosa (*jus utendi*), o la servitù di passaggio, o il diritto di attingervi l'acqua, o l'abitazione. Oppure *jus* può designare in generale lo *statuto*, la condizione particolare di un certo individuo, così come si distingue il «diritto» dell'uomo libero, dello schiavo o del cittadino (*jus civitatis*). O quella certa cosa, quell'immobile, quel credito o quel debito che gli vengono riconosciuti.

Lo specifico del linguaggio giuridico dell'epoca classica è di prendere in considerazione un mondo di *cose*, di beni esteriori, perché solo nelle cose e nella distribuzione fatta a partire dalle cose si manifesta il rapporto giuridico *tra* le persone. La scienza giuridica prende in considerazione solo le *cose* e per questo motivo l'autentico linguaggio giuridico è essenzialmente obiettivo.

Ben diverso è il linguaggio dell'individualismo. Invece di prendere in considerazione l'ordine del gruppo sociale, esso si incentra sul *soggetto* nella sua particolarità. Esso è volto a concepire e ad esprimere le «qualità» o le «facoltà» di un soggetto, le forze che irradia il suo essere: i suoi poteri, ma nel senso fondamentale del termine, intesi cioè come capacità della persona, che attengono alla sua soggettività, *soggettivi*. Conseguenza: si concepisce il potere del soggetto in linea di principio come *illimitato*. È solo in un secondo momento, quando sarà necessario tener conto dei poteri concorrenti degli altri soggetti, che gli verranno assegnati dei limiti. Ma sulle prime i poteri del soggetto sono indefiniti.

Cominceremo col mettere in chiaro (ce ne è proprio bisogno) il contrasto tra questi due linguaggi, cioè tra i due significati della parola *diritto*, il significato oggettivo ereditato dalla giurisprudenza romana, e il significato soggettivo moderno. Cominciamo col considerare il diritto romano.

II. *Lo jus del diritto romano classico*

Quando mi preparavo per la libera docenza, pubblicai un articolo intitolato: *Les Institutes de Gaius et l'idée de droit subjectif*. So bene che con questo articolo non ho riscosso l'approvazione né della commissione esaminatrice, né quella dei romanisti. Parecchi di loro hanno giudicato la mia tesi troppo «avventurosa». Da parte mia, muovo loro il rimprovero di non sapersi distaccare dalle categorie moderne del pensiero. Ma a ciò non si può arrivare se non con l'aiuto della storia della filosofia. E dato che immagino lo scetticismo dei miei lettori, bisogna proprio che io giustifichi il mio punto di vista. Sarà necessario richiamare prima alla mente la dottrina oggi dominante e poi riassumere brevemente i risultati della mia ricerca.

1. *La dottrina dominante*

Esiste un pregiudizio molto diffuso: che il diritto dell'Europa moderna debba la propria struttura soggettivistica all'influenza del diritto romano. Dal mondo germanico noi avremmo desunto tutte le consuetudini (dalle quali ci saremmo liberati progressivamente a partire dal XVI secolo), mentre saremmo debitori alla rinascita del diritto romano di tutti questi concetti: la proprietà assoluta, il diritto di usare e di abusare della cosa nel modo più pieno (ciò che viene qualche volta designato ancora come la «proprietà alla romana») e l'insieme di tutti i diritti soggettivi, i diritti di credito, i diritti di servitù, i diritti processuali, i «diritti reali» o i «diritti relativi». Non ci sono diritti, se non quelli attinenti al diritto pubblico delle nostre democrazie moderne, come il diritto di voto o i diversi diritti di libertà, che non si sia preteso di aver ereditato dalla Repubblica romana.

Per quanto grande sia stato il successo di questo modo di vedere, lo ritengo gravemente errato. Esso fa perno su di un metodo razzista di spiegazione storica, che viene oggi largamente confutato. Ma soprattutto esso muove dalla confusione tra il diritto romanistico moderno e il vero diritto romano: ad esempio, la definizione del diritto assoluto di proprietà dell'art. 544 del codice civile francese è stata elaborata dai *romanisti*, cioè dai giuristi europei che mantennero per secoli l'abitudine di parlare latino; ma ciò non comporta affatto che questa definizione sia

presente nel diritto romano antico. Tutti i manuali di diritto romano trattano ampiamente il tema dei «diritti reali» e dei «diritti relativi»; ma da ciò non segue affatto che queste espressioni siano romane. I romanisti dell'Europa moderna, che non praticavano affatto il nostro «metodo storico», hanno costruito un «diritto romano» in base al quale noi viviamo ancora e che noi continuiamo ancora ad insegnare, ma che differisce notevolmente dal diritto dell'epoca di Cesare o di Marco Aurelio.

Per quanto ne so io, né l'idea di proprietà «alla romana», né, in generale, quella di «diritto soggettivo» hanno fatto mai parte della cultura giuridica classica e non riesco del resto nemmeno a trovare i termini che sarebbero allora stati in grado di esprimere adeguatamente questi concetti.

2. *Sua critica*

Ritorniamo al contenuto dell'idea di diritto soggettivo. Esso risulta dall'associazione delle due idee di *potere* e di *diritto*. Ora è ovvio che i Romani conoscessero l'idea dei poteri dell'individuo; ma non davano a questi poteri la qualifica della giuridicità, né li ritenevano diritti. Per diritti essi intendevano ben altra cosa.

Il mondo romano è pieno di potestà: di *dominia*, di *manus*, di *imperia*, di *potestates*. Non c'è fumo senza fuoco; bisogna quindi riconoscere al mondo romano - almeno se lo paragoniamo a quello germanico - un cachet di individualismo. La Roma classica non conosceva quasi quelle comunità di villaggio o quelle comunità tribali tipiche delle popolazioni germaniche dei primi secoli della nostra èra. Roma è un aggregato di famiglie relativamente piccole e nella società romana ogni capofamiglia esercita gelosamente il suo *dominium*, la sua sovranità sulla casa, sui domestici e sul patrimonio familiare ed è da ritenere che questo potere sia stato, agli inizi, assoluto. Anche la filosofia dominante nel mondo romano dà un largo spazio alla nozione di *libertà* di ciascun individuo; in ogni caso lo si può sostenere a proposito della filosofia stoica, che ha liberato l'individuo dai ceppi della *polis* e l'ha posto (come cittadino della *cosmopolis*) al di sopra di ogni città o gruppo sociale particolare, esaltando la dignità di ogni ragione individuale. Nella dottrina stoica, trasmessa a volte anche attraverso testi giuridici, c'è un sentimento acuto della *libertà* personale.

Ma possiamo chiamare *diritti* queste potestà? Assolutamente no, almeno se facciamo riferimento alla *libertà individuale* degli stoici: per quanto ne so io, i Romani non arrivarono mai a fare della libertà uno *jus*, un «diritto dell'uomo e del cittadino». Il fatto è che la libertà non riguarda il diritto; essa si esplica al di fuori della comunità, al di fuori del diritto, in un'altra sfera dell'esistenza. Ai tempi di Epitteto ci fu chi tentò di dimostrare il contrario: siccome Epitteto, che era uno schiavo, insegnava che tutti gli uomini sono liberi, anche gli schiavi, il padrone cercò di dimostrargli il contrario mettendoli in ceppi. Epitteto rispose: «Anche se incatenato, sono libero, perché *la mia anima* è libera». È chiaro che la libertà stoica, quella di cui parla Epitteto, non si esercita mai sul piano del diritto; e di conseguenza gli stoici non hanno mai preteso l'abolizione della schiavitù.

Quanto al *dominium*, ad esempio, o al potere del creditore, ci potrà sembrare piuttosto strano che non vengano concepiti come *diritti*: in effetti essi erano considerati come fatti extra-giuridici, come libertà naturali. Questa almeno è la conclusione cui si deve giungere studiando i testi classici del diritto romano.

Il fatto lampante, capitale per la storia del diritto - e che i nostri manuali non segnalano affatto - è che il *dominium*, quello che noi chiamiamo diritto di proprietà, quello che per noi è divenuto l'archetipo e il modello del diritto soggettivo, non riceve a Roma la denominazione di diritto. Quando a Roma si fissa la categoria dei *diritti*, degli *jura* di cui può usufruire un individuo, non si annovera tra di essi il *dominium*; ma al contrario, per quanto possa meravigliarci, si oppongono due nozioni: «sive dominus, sive is qui jus in re habet». E analogamente per il diritto di credito, un altro esempio tipico di ciò che per noi è il diritto soggettivo: a Roma, ciò che viene chiamato *jus* non è il potere del creditore, il diritto di credito, ma l'obbligazione stessa, il *vinculum juris*, il rapporto che lega obiettivamente il creditore e il debitore. Allo stesso modo, non esistono nel vocabolario giuridico romano né «diritti reali», né «diritti relativi», quelli che i romanisti moderni chiamano *jus in re* e *jus in persona*. Ed anche i diritti «su cosa altrui», come i diritti di servitù, di usufrutto, di passaggio, che noi concepiamo come *poteri*, non vengono affatto designati nelle *Istituzioni* o nel *Digesto* col termine *jura*: *jus in re* non indica a Roma un potere sulla cosa, altrimenti il *dominium* implicherebbe uno *jus in re*, il che, come abbiamo visto, non è confermato dai testi. Lo *jus utendi fruendi* dei romani non significa affatto la facoltà di usare e di godere della cosa. Altrimenti il proprietario che detiene la piena proprietà si vedrebbe attribuire questo *jus*: il che non accade.

Che cosa significa allora il termine *jus* nel linguaggio scientifico dei giuristi? È ovvio che un termine così diffuso non può avere un unico. rigoroso significato. È ovvio che lo vediamo adoperato in molte diverse accezioni. Esso può indicare lo statuto che è attribuito ad una persona relativamente ad altre persone («*jus suum» cuique tribuere*), o ad una classe di persone relativamente alle altre classi (*jus civitatis*); può designare un vantaggio o un valore particolare che vengono attribuiti ad una persona nella divisione di una cosa corporale (*jus eundi, utendi, fruendi*), o anche lo statuto di una cosa (*jus fundi*). Ma possiamo lasciare ai romanisti enumerazioni e analisi più dettagliate.

Ciò che ci riguarda da vicino è che questi significati apparentemente si accordano con ciò che abbiamo chiamato il tipo ideale della filosofia classica del diritto naturale; che cioè, negli esempi che abbiamo appena citato, lo *jus* romano sia sempre una cosa e non la potestà su di una cosa. Le *Istituzioni* di Gaio trattano degli *jura* sulle cose (*pars rerum*); l'obbligazione, l'usufrutto o le servitù sono qualificate come *jura* e, come abbiamo visto, sono cose, sono oggetto di commercio; si può pretendere che uno *jus* non vi appartenga, si può rivendicare uno *jus* così come una cosa corporea (*jus suum esse, juris vindicatio*). Lo *jus* è quanto ci è attribuito, è il risultato della distribuzione dei beni. È così che hanno inteso questo termine i glossatori medievali, quando si sono sforzati di restituire al diritto romano il suo tenore più autentico: nei glossatori c'è ancora, come nel *Digesto*, e come anche in

San Tommaso, una lista dei significati del termine *jus* e vi si fa sempre menzione del fatto che questa parola indica la giusta parte, l'*id quod justum est*, e non la potestà di un soggetto.

Per questi motivi dobbiamo restare scettici, quando sentiamo parlare, anche se non più ormai da parte dei romanisti, del preteso assolutismo della proprietà nel diritto romano; può ben essere che il *dominium*, *di fatto*, sotto molti profili, sia stato veramente un potere assoluto; ma sta anche di fatto che il diritto romano non lo giuridicizza, né gli fornisce alcuna garanzia: non è questa la sua funzione. Il diritto romano non dà qualificazioni a situazioni di potestà; non ne fa dei *diritti*. Esso si limita a tracciare i limiti delle proprietà e a regolamentare tutto ciò che rientra nell'ambito di ciascuna proprietà; i rapporti del proprietario con la proprietà che gli è stata assegnata non concernono più il diritto. La potestà assoluta che viene esercitata dal padrone romano sulla cosa che è sua fuoriesce dall'attenzione del diritto; o, se si vuole, su di essa cala il silenzio del diritto (se si preferisce, si può dire che al riguardo il diritto romano è lacunoso). Non c'è nel diritto romano nessuna definizione del contenuto di un preteso diritto soggettivo di proprietà. Alla stessa maniera, può essere ben di fatto il padrone abbia esercitato sullo schiavo una potestà illimitata; ma il diritto romano (a parte qualche tardo testo di epoca imperiale) non se ne prende la responsabilità; il diritto che è soltanto un criterio di ripartizione dei beni tra i capifamiglia, non può, in linea di principio, occuparsi dei rapporti interni alla famiglia; in ogni caso il diritto romano non definisce affatto il contenuto del diritto soggettivo che il padrone avrebbe sullo schiavo. Il preteso *diritto* di mettere a morte (*jus vitae necisque*) non si trova affatto, per quanto io possa vedere, nei testi giuridici romani; sono i costumi che regolamentano l'ampiezza di questa *potestas*.

Sono stati i romanisti moderni a deformare il linguaggio romano e a dare un'etichettatura giuridica alla potestà, definendone il contenuto, mettendo nel conto del diritto il suo preteso assolutismo e infine modellando il diritto soggettivo di proprietà sostituendolo all'informe *dominium* romano. E potrebbe anche darsi che essi, nello stesso identico modo, abbiano costruito l'immagine deformata che noi tutti abbiamo ormai della schiavitù antica. E si può anche pensare che i romanisti si siano sbagliati nel rendere il *dominium* un vero e proprio diritto di assoluta potestà sulla cosa, dato che si è visto poi che la prassi giuridica è stata rapidamente costretta a fare marcia indietro e di utilizzare come antidoto quel dubbio espediente che è l'«abuso del diritto». Forse Roma aveva ragione di riservare il titolo di diritto a ciò che è in effetti l'oggetto specifico della giurisprudenza, il suo specifico prodotto e cioè la *giusta parte*, il *suum cuique tribuendum*.

Il diritto romano al giorno d'oggi, nelle facoltà giuridiche francesi, è talmente deprezzato e i pedanti di oggi sono così infatuati di se stessi, sono così poco inclini a riconoscere la superiorità della giurisprudenza romana, che esito a confessarvi la mia personale opinione: il linguaggio romano mi pare più intelligente del nostro e testimonia di una cultura più alta; arrivo a pensare che la nozione di diritto soggettivo, che ha tanto successo nella cultura contemporanea, sia una nozione

barbara e confusa. Essa deriva da un fraintendimento del linguaggio giuridico romano; è un infelice controsenso; ed è arrivata troppo tardi.

III. *Preistoria dell'idea del diritto soggettivo*

Ed ora ho fretta di passare a studiare Guglielmo di Occam; e lo farei immediatamente, se così non si rischiasse qualche malinteso. Potremmo dare l'impressione di voler attribuire ad Occam un potere magico, come tante volte lo si è fatto per Aristotele. Ma si tratterebbe solo di un errore di prospettiva, causato dal fatto che i nostri studi sono necessariamente specializzati. Non dobbiamo mai dimenticare che la filosofia non ha come funzione sua propria quella di essere creatrice, ma solo quella di interpretare ciò che già si dà nell'esperienza ed è latente nell'opinione comune. È necessario che esista il linguaggio, prima che se ne possano definire i termini.

Ho diversi motivi per ritenere che la dottrina filosofica del diritto naturale, dedotta essa stessa dall'esperienza delle città greche, ha fornito agli elaboratori della giurisprudenza romana quei principi sistematici che la rendono così coerente. Ma non tutti aderiscono a questa filosofia; di solito concezioni del mondo estremamente diverse, più o meno confuse, si mescolano nell'opinione comune; indubbiamente tutte le filosofie sono presenti, almeno in germe, in tutte le epoche; e non c'è nulla che sia più privo di logica e di ordine del destino delle parole e del loro significato, quando esse passano a far parte del linguaggio di tutti i giorni.

Del resto, quando ho parlato di Roma antica, non ho fatto cenno al significato di *jus* nell'uso comune della lingua latina o nei testi letterari. È molto verosimile che il senso di *jus* si sia notevolmente allontanato da quello specifico elaborato dai giuristi. Del resto, una cosa è la prospettiva del giurista che vede nello *jus* la parte giusta, il polo cui tende la sua ricerca; altra cosa è, necessariamente, il punto di vista della persona qualunque. Non dobbiamo ovviamente ritenere che a Roma i cittadini fossero imbevuti di aristotelismo; anzi, si può pensare che, almeno a livello incosciente, i romani non avessero alcuna particolare simpatia per questa dottrina, se non altro perché si interessavano ben poco alla giustizia sociale e il loro egoismo naturale li induceva a mettere al centro dell'universo l'individuo nella sua singolarità. Nello *jus* che gli è stato assegnato, il romano non vede tanto la *giusta parte*, che al termine di un lungo lavoro fatto dai giuristi il legislatore o il giudice gli hanno riconosciuto in rapporto agli altri, quanto un punto di partenza e un trampolino per l'esercizio delle sue potestà. E in effetti se il diritto e i suoi organi mi attribuiscono un determinato terreno, come facente parte del mio *jus*, ne tirerò la conseguenza pratica che vi posso esercitare liberamente il mio *dominium*. Ogni *jus* ha come conseguenza pratica l'esercizio di una potestas. Non che lo *jus* sia identico alla *potestas*; anzi il diritto dopo tutto non mi ha affatto autorizzato ad esercitare sul mio terreno una potestà arbitraria ed illimitata, anzi non si è affatto pronunciato al riguardo; esso si è limitato soltanto a tracciare i confini del terreno che mi è stato dato. Ma può ben essere che l'egoismo e l'incultura popolare abbiano confuso le due nozioni.

Simili slittamenti di senso si sono moltiplicati nella prassi medievale, dato che in quell'epoca, fino alla rinascenza tomista, la dottrina aristotelica è praticamente dimenticata e la scienza giuridica cade in letargo. Durante tutto l'alto Medioevo, non esiste più un vero lavoro creativo da parte della giurisprudenza, nel senso romano della parola, intesa cioè come ricerca dottrinale del giusto. Si vive sul passato, sulle consuetudini, sui ruderi della legislazione romana. E dato che il punto di vista del giurista non ha più alcuno spazio (a causa della scomparsa della stessa scienza giuridica), è ovvio che prevalga quello dell'uomo qualunque. Ognuno redige la lista dei propri *diritti*, che ritiene di avere in base al diritto scritto: i diritti dell'imperatore contro il papa, i diritti dei re contro i loro sudditi (*jura regalia*), i diritti di quel certo signore o di quel corpo sociale o di quella classe di individui, diritti che sono come il contrafforte delle potestà di ognuno e che vengono più o meno a confondersi con queste. Ho già in altra occasione paragonato questa specie di confisca del diritto a favore degli interessi privati dei cittadini all'abitudine dei romani del Medioevo di saccheggiare i ruderi dei templi per costruirsi le loro case.

Non c'è dubbio che dietro questa prassi si nasconda una visione del mondo: una visione *antigiuridica*. L'ordine giuridico naturale è stato completamente dimenticato e non c'è nessuno che ci creda o che se ne preoccupi. Sta già spuntando l'individualismo, conseguenza dello sfacelo dell'ordinamento romano, ma che è anche, sotto certi profili, un prodotto del pensiero cristiano. Si può osservare come in tutto il Medioevo si moltiplichi disordinatamente l'iniziativa individuale, liberata quasi completamente dai vincoli del diritto: assistiamo alle conquiste operate in base alle vittorie in guerra e che tagliano e ritagliano i regni; alla costituzione per via contrattuale della gerarchia feudale; a vasti movimenti di associazione, che creano corporazioni, comuni, raggruppamenti politici. Verso la fine del XIII secolo, come ha ben mostrato De Lagarde, proprio alla vigilia dell'apparizione dell'opera occamista, sta per nascere un nuovo ordine, che ha le sue radici nella libertà: accordi spontanei, carte, contratti giurati (il positivismo giuridico, come è ovvio, è iscritto nella realtà stessa, ben prima che Occam gli conferisca le sue patenti di nobiltà teorica), iniziative volontarie. I soggetti e soprattutto i gruppi sociali nascondono ben volentieri quest'esplosione di libera attività dietro i loro *jura*: la parola viene a significare lo *statuto* che essi derivano da una fonte di diritto, ma cui essi non ricorrono se non per i vantaggi che ne traggono, e cioè per la copertura del loro potere, delle loro potestà. Lo slittamento del significato del termine *jus* verso l'idea della potestà caratterizza nel Medioevo il linguaggio della prassi. Ma non intendiamo in questa sede studiare questo fenomeno. E del resto come definire il significato di una parola del linguaggio comune, che nemmeno coloro che la usano sentono il bisogno di definire con precisione? Nulla ci consente di affermare con certezza che nella prassi medievale antecedente il XIV secolo, la parola *jus* abbia già acquistato il significato pieno di diritto soggettivo. Al contrario, come abbiamo appena detto, tutti gli elenchi dei significati della parola *jus*, stilati dalla scuola dei glossatori o da San Tommaso, ignorano il significato di diritto soggettivo. Perché si operi questo mutamento di senso, perché jus sia definito e integrato in un sistema giuridico nuovo, ci vuole necessariamente l'aiuto di un filosofo. E, per quanto io

possa valutare le articolazioni di questa vicenda, credo proprio che il punto di svolta decisivo sia costituito da Guglielmo di Occam.

Capitolo quinto. **LA GENESI DEL DIRITTO SOGGETTIVO IN GUGLIELMO DI OCCAM**

Eccoci arrivati finalmente a Guglielmo di Occam. Se questo pensatore occupa un posto essenziale nella storia del diritto soggettivo, è soprattutto perché il diritto soggettivo ci appare come un naturale prodotto del nominalismo, e anche perché Occam ha elaborato a partire da questa nozione una teoria assolutamente completa e specifica e, con ogni probabilità, veramente innovativa. Cominciamo da qui.

I. *Una teoria occamista del diritto soggettivo*

Quando abbiamo tracciato i lineamenti della vita di Guglielmo di Occam, abbiamo visto come egli, dottore e monaco francescano, teologo, ma certamente non giurista, si sia successivamente trovato gettato in mezzo alle controversie teoriche che coinvolgevano la vita del suo ordine. Tra le opere di Occam, che hanno per oggetto il grande dibattito francescano sulla povertà, la più interessante, a mio avviso, è l'*Opus nonaginta dierum*, che risalirebbe all'incirca al 1332. È un grande merito di George De Lagarde l'aver richiamato l'attenzione degli storici del diritto sull'importanza di questo libro.

Su questo punto credo si possa essere ancor più perentorio di De Lagarde. Ritengo che già nelle pagine iniziali dell'*Opus nonaginta dierum* possiamo cogliere sul vivo il passaggio dal linguaggio romano al linguaggio moderno. È in questo testo che Guglielmo di Occam ha l'occasione di definire esplicitamente il diritto soggettivo e di costruirne, probabilmente per primo, la teoria. Mi sembra che questi testi meritino uno studio approfondito. Cominceremo col situarli nel quadro storico che fu il loro, coll'individuare l'avversario contro il quale furono scritti: tutto questo lavoro preliminare sarà necessario per restituire alle pagine di Occam il loro autentico significato.

1. *L'occasione*

Conosciamo già l'oggetto della controversia e quante difficoltà abbia incontrato l'ordine francescano nel raccordare l'ideale di vita cristiano con il diritto. San Francesco aveva dato per regola ai frati del suo Ordine l'essere *poveri*, secondo l'esempio del Cristo; ma non si era affatto preoccupato di definire la povertà in termini giuridici. All'inizio non entrava affatto in questione il significato del termine *jus*. I Francescani, però, si sono trovati, in seguito all'ingrandimento dell'ordine e dell'immenso prestigio che andò acquistando, ad essere proprietari di beni molto rilevanti: chiese, conventi, libri e provviste. Si dava indubbiamente una contraddizione tra questa pratica e la Regola. Il papato, che fu a lungo un protettore dell'Ordine e che in genere fu occupato per tutto il XII secolo da celebri canonisti - e che comunque non ha mai condiviso fino in fondo il culto francescano per la povertà - cercò di individuare dei mezzi per aggiustare la faccenda. Ne venne fuori

un compromesso nel miglior stile giuridico e che rasenta indubbiamente la finzione: come fare per lasciar godere i loro beni alle comunità francescane, senza peraltro che esse divengano proprietarie di nulla, dato che la Regola lo proibisce? Ecco il modo: i beni delle comunità francescane resteranno a loro disposizione; le comunità ne avranno l'uso. Ma questi beni teoricamente saranno da considerare «in jus et proprietatem Beati Petri»*; jus, proprietas, dominium* faran capo ufficialmente alla Santa Sede, non potendo essere dei francescani, allergici al diritto. Queste parole sono contenute nella Bolla *Ordinem Vestrum*, emanata da papa Innocenzo IV nel 1245. Seguì poi una lunga serie di bolle, che organizzarono e garantirono questo regime e che comunque suscitarono aspre discussioni; la più celebre, quella cioè che fece nascere il maggior numero di dispute, è una bolla di Nicolò III, la *Exiit qui seminat* del 1279. Essa prescrive che i francescani non abbiano sui loro beni che il «simplex usus facti», nemmeno lo «jus utendi», l'«usufructus» o la «possessio», mentre la Santa Sede romana ne avrà la *proprietas*. Il senso di questi termini nelle bolle papali non è ancora del tutto esplicito e vedremo quante diverse interpretazioni essi vennero a ricevere. Ma non era questo l'importante. Per i francescani, ospiti nei loro ricchi conventi, andava tutto bene; essi potevano risiedervi con tutta tranquillità e sicurezza e avevano la coscienza pulita, dato che non ne erano proprietari, ma solo utenti. Da un punto di vista empirico, si deve dire che il papato aveva escogitato un artificio per soddisfare l'aspirazione, indiscutibilmente cristiana nelle sue origini, e imprevedibile dal punto di vista della giurisprudenza romana, dei francescani a fare a meno del diritto.

Le cose, però, cominciarono a cambiare quando Giovanni XXII, in seguito alle prime controversie con gli esaltati dell'Ordine, gli «Spirituali», veri estremisti della povertà, si convinse a denunciare i vecchi accordi. Il papa condannò le tesi professate dagli Spirituali sul valore preminente della povertà e cercò di forzare i francescani - scandalo supremo - a prendere la titolarità delle loro proprietà. Ricordiamo tre bolle: *Ad conditorem canonum, Cum inter nonnullos, Quia quorundam* (del 1323 e del 1324), alle quali fece seguito una quarta: *Quia vir reprobus*, del 1329. Il *vir reprobus* non è altri che il generale dei francescani, Michele da Cesena, che a nome dell'Ordine ha protestato contro le innovazioni del papa ed è fuggito insieme con Guglielmo di Occam. Da questo affare nasce una polemica enorme, una polemica il cui vigore, la cui densità intellettuale e la cui pedanteria non possono non sorprendere. È che siamo in un'epoca di grande cultura ecclesiastica, anche se un po' troppo scolastica. Non esistono problemi di cui non si impiccino i maestri universitari, i teologi o i dottori in diritto canonico e in diritto romano. All'occorrenza, il papa chiede agli specialisti più illustri (come ad esempio al grande canonista Béranger Fredol) i loro pareri; e nel campo avversario non si tarda a raccogliere opposti pareri. E la questione, in cui sono coinvolti la corona di Ludovico il Bavaro e la permanenza del papa sul trono di Pietro, oltre che il rogo per dozzine di monaci, diventa in pratica come una disputa alla Sorbona. E proprio da questa *querelle* emerge stranamente il momento decisivo della storia del diritto soggettivo: vedremo come, esaminando più da vicino gli argomenti del papa e poi quelli di Guglielmo di Occam.

2. *L'offensiva di Giovanni XXII*

Diamo uno sguardo alle bolle di Giovanni XXII. Questo papa merita di essere ascoltato, quando si discutono questioni giuridiche. Aveva sì la fama di essere un teologo mediocre e uno spirito non di prima grandezza, ma era sicuramente un giurista (oltre al fatto che si preoccupava di radunare attorno a sé i migliori giuristi del suo tempo). Promotore della canonizzazione di San Tommaso d'Aquino, il papa si circondava altresì di consiglieri formatisi sul tomismo; possiamo trovare l'eco della dottrina tomista del diritto nella grande bolla *Ad conditorem canonum*, in cui, seguendo la dottrina tomista, egli afferma che il papa ha il potere di modificare i canoni antichi e di fondare, quando lo richieda il bene comune, un nuovo diritto. Si consideri anche che uno degli insegnamenti di San Tommaso d'Aquino è che la proprietà va considerata di diritto naturale, per le stesse ragioni che dà Aristotele. San Tommaso è ben lontano dal condividere la critica francescana, o almeno quella degli Spirituali, nei riguardi della proprietà e del resto l'ordine domenicano, anche se composto in linea di principio da monaci mendicanti, non ha mai rinunciato ad essere proprietario, come collettività, di beni; il regime della proprietà sembra essere il più adatto a favorire nell'uomo, su questa terra, il suo sviluppo naturale. Non ci si stupisce, dunque, nel vedere che Giovanni XXII ha rifiutato di considerare la rinuncia della proprietà come la virtù suprema, ma che al contrario ha cercato di generalizzare il regime proprietario e di imporlo alle comunità francescane.

Imponendo all'Ordine questo statuto, Giovanni XXII insiste nell'affermare che egli non rompe affatto con la tradizione. Egli avrebbe pure il potere di innovare, dato che ha il potere di creare nuovo diritto positivo, essendo lui, il papa, il *conditor canonum*; ma egli ritiene in fondo di restare pienamente nella linea dei suoi predecessori. Ciò che egli vuole modificare è il *linguaggio* dei papi precedenti, ancora indistinto e improprio e che proprio per la sua mancanza di precisione serve da pretesto alle eresie degli Spirituali: è pur necessario alla fine esprimersi in un linguaggio giuridicamente corretto. Non per nulla egli è un giurista. L'offensiva di Giovanni XXII porta il problema del significato del termine *jus* al centro della discussione, se è vero che si tratta soprattutto di una questione verbale.

I Francescani, in base alle bolle dei loro protettori del XIII secolo, pretendevano di avere dei loro beni solo l'*usus*: non la *proprietas*, né lo *jus utendi*, né altra specie di *jus* (tutte parole, queste, che si trovano usate nella *Exiit qui seminati*. Questa asserzione, controbatte il papa, è tecnicamente inammissibile. È una pura finzione pretendere che i Francescani non abbiano diritti: e che dunque? Essi hanno l'uso stabile e garantito dei loro conventi, dei loro giardini e dei loro granai; ne traggono i frutti, ne detengono tutto il *commodum*, tutto il valore della cosa, e pretendono di sostenere che tutti questi beni non siano degli *jura in re*? È in questi valori stessi che consistono lo *jus utendi* e lo *jus fruendi*! Ma soprattutto è ormai opportuno restituire ai Francescani la *proprietà*. È ben vero che i papi del XIII secolo hanno acconsentito in teoria, e per soddisfare i falsi scrupoli dei Francescani, a prendere a loro carico il *dominium*, la *proprietas*. Ma questa non era che una finzione. Il papato si era fatto carico di un tipo di *dominium* ben strano, un *dominium verbalis,*

nudi et aenigmatici, privo di ogni contenuto sostanziale, di ogni *commodum* sulla cosa. E c'è da chiedersi se in questa situazione è davvero possibile *separare* usufrutto e proprietà: ciò è tecnicamente accettabile solo quando resta a carico del proprietario un qualche vantaggio, per lo meno futuro, dato che l'usufrutto non può essere perpetuo. Ma dato che quello che di fatto è goduto dai Francescani è praticamente perpetuo, non è possibile distinguerlo dalla proprietà.

Resta il caso dei *beni consumabili*, in ordine ai quali il papa ci offre un corso, piuttosto prolisso, di diritto romano. C'è il pane, c'è la zuppa, c'è la brocca d'acqua: i Francescani mangiano e bevono come tutti gli altri uomini. Essi dicono di non averne che l'uso, ma anche il più indotto studente di diritto non può ignorare che in materia di cose consumabili l'*uti* non è separabile dall'*abuti*, né l'uso lo è dalla proprietà. «In rebus consuptibilibus ... nec jus utendi nec usus facti separata a rei proprietate sed dominio possunt constitui vel haberi... quia dominium dominis semper abscedente usu inutile redderetur». Anche se può essere spiacevole dirlo, lo stesso San Francesco d'Assisi, quando mangiava un pezzo di formaggio, ne aveva la proprietà.

Quelli di cui godevano i monaci francescani erano sicuramente dei *diritti* e per di più numerosi e di ogni specie. Non si può seriamente pretendere, come fa qualcuno ancor oggi, che essi si limitassero ad esercitare un *uso di fatto*, «usus facti», a compiere l'«atto» di mangiare, di consumare i beni consumabili, di abitare i conventi, di raccogliere i frutti dai loro giardini, senza rivendicarne *il diritto*. Le nostre azioni, ci dice la filosofia, non possono essere esercitate senza il potere di agire (*potentia*) e soprattutto non possono essere considerate giuste se non si fondano su degli *jura*. Del resto, che cosa significa nella sua interezza il termine *jus*? Esso designa un bene, un valore, una prerogativa, che spettano secondo giustizia. Senza lo *jus utendi*, l'uso non sarebbe giusto: «Constar quod non justus esset actus utendi hujus modi reputandus, cum ille usus fuerit, cui non competebat jus utendi». Bisogna dunque concludere che San Francesco si è comportato ingiustamente, che non aveva il *diritto* di mangiare il suo pezzo di formaggio? No di certo; la bolla di Nicolò III non poteva proporsi di negare lo *jus* dei Francescani; il suo linguaggio era impreciso, ma la sua intenzione autentica, quando attribuiva ai monaci l'*usus* o l'*usus facti*, era quella di alludere al giusto uso, quello che implica l'esistenza dello *jus utendi*: «De tali intellegi debeat, qui justus est, id est pro quo competat jus utendi». Tutto induce a pensare così; tale era il pensiero di Nicolò III, di Innocenzo IV e di Gregorio IX; né in particolare si può pensare che l'*usus* fosse attribuito all'Ordine nella sua generalità, invece che ai monaci nella loro individualità: l'ordine francescano non agisce, non mangia, non beve, né raccoglie i frutti. Le azioni sono sempre fatti individuali. All'ordine non può spettare, dato che è una persona morale, se non lo *jus*, sul quale si fonda la giustizia delle azioni individuali.

Ma gli errori degli Spirituali sono anche più gravi; divengono eresie e meritano il rogo. È quando essi arrivano a sostenere che il Cristo, modello di San Francesco, gli apostoli e i primi cristiani non avrebbero mai avuto *diritti*. Su questo punto, che è estremamente grave, Giovanni XXII interpella Béranger Fredol, di cui ci è pervenuto il responso. Esso non è privo di imbarazzo. Ma la dottrina del papa è

ferma: il Cristo e gli apostoli non hanno forse mangiato e bevuto, non hanno avuto del denaro (quello di cui Giuda aveva la custodia)? E il Cristo ha pur usato un asino nel giorno delle palme. Come poteva avvenire tutto questo senza uno *jus utendi*? Il Cristo avrebbe rubato il danaro che aveva? Si vorrebbe sostenere che il Cristo è stato ingiusto, che non avrebbe giustamente usato le sue spettanze? Sarebbero proposizioni eretiche. Possiamo concludere che secondo Giovanni XXII, e a partire dal suo linguaggio, la pretesa di vivere al di fuori del diritto non è concepibile.

Vi ho riassunto la tesi del papa in modo fin troppo prolisso. Rabelais se ne sarebbe fatto beffe, tanto essa è scolastica, sofistica e incapace di afferrare il cuore della questione. Ma ciò non toglie che in essa non si veda la mano di un buon romanista. Se ve l'ho riferita, è perché essa offre un esempio - alla vigilia dell'opera occamista - di uso corretto del termine jus nel significato romano dell'espressione: *id quod justum est*, la parte giusta, il bene di cui si gode – completamente - in conformità a giustizia, sia che la giustizia provenga dall'ordine naturale o da quella fonte supplementare che è la legislazione positiva. È ben vero che la conseguenza logica di questo ragionamento rischia di essere questa, che i Francescani hanno dei diritti come tutti gli altri uomini e che sarebbe artificioso e fittizio considerarli come semplici fruitori di fatto senza proprietà; ma in questa conclusione non c'è proprio nulla di contraddittorio. Del resto, lo stesso San Francesco non aveva detto nulla su questo argomento: egli si era limitato a prescrivere ai suoi monaci la *povertà*, senza immaginare che fosse suscettibile di essere definita giuridicamente. Forse l'ordine avrebbe potuto, senza rischiare gravi danni sul piano della sua spiritualità, accettare le formule proposte dal papa. Ma le cose non andarono così, né per Michele da Cesena, né per Guglielmo di Occam.

3. *La risposta di Occam*

L'obiettivo di Occam, nell'opera che stiamo per prendere in esame, è quello di abbattere Giovanni XXII, di dimostrare la sua eresia, anzi la «novità» ereticale della sua dottrina e di difendere Michele da Cesena e quella parte dell'ordine francescano che si è rivoltata contro la curia di Avignone; di tener ferma, dunque, contro il papa, la formula secondo cui i Francescani, e Gesù Cristo e gli apostoli, hanno l'*uso* senza il *diritto*. Occam intende mettere a nudo l'ignoranza del papa, l'incapacità del papa di utilizzare termini giuridici, dato che il problema sul tappeto è un problema giuridico. Il proposito è davvero temerario, dato che per la verità Occam non ha alcuna preparazione giuridica. È solo un giurista occasionale. Ma il fatto alla fine torna a suo vantaggio: come vedremo tra poco, nulla prepara meglio alle innovazioni, a capovolgere la routine dei professionisti, del fatto di non averla mai praticata. In piena buona fede, e con tutta naturalezza, Occam porta nel diritto il linguaggio di chi del diritto non è un tecnico. E in tal modo dalla penna di Occam può uscire quella che è la prima teoria del diritto soggettivo.

L'*Opus nonaginta dierum* comincia col discutere la bolla *Quia vir reprobus*, l'ultima di quelle che Giovanni XXII ha fulminato contro i francescani. In via preliminare, egli comincia a porre alcune *definizioni* e precisamente quelle dei termini giuridici che sono in questione: *usus facti, usus juris, jus utendi, res usu*

consumptibiles , dominium et proprietas. Ognuno porta il contributo che può alla storia del diritto e il ruolo di Occam fu quello di dare *definizioni* nuove e non quello di ripetere stancamente le definizioni antiche, come facevano i glossatori. Occam osa dare definizioni personali ed appropriate alla nuova problematica. In quest'arte egli è maestro, perché ha portato ai vertici più alti la dialettica, che è appunto la scienza di distinguere il senso delle parole e di definirle. Il nominalismo aveva portato quest'arte al suo zenith, grazie alla libertà che si prendeva nei confronti del linguaggio ed alla persuasione che le parole non sono che segni e che il loro uso è convenzionale. Il significato delle parole, di conseguenza, è *relativo*, dato che esse «connotano» realtà diverse, secondo il punto di vista di colui che le usa. Occam utilizza da virtuoso quest'arma, senza nascondere un certo compiacimento, da cui vien fuori la sua vanità universitaria. Voluttuosamente, egli disseziona i diversi significati delle parole *usus, nonarius, meum, suum, proprietas*, ecc. Ad esempio, la parola *dominium* avrà significati diversi in teologia, in morale, in filosofia naturale e nell'uso comune; quando lo stalliere addestra il cavallo del padrone, si dice che lo padroneggia, che ne è *dominus: puer dominati equo domini suo dicitur*. Ma ciò che importa è individuare, nel conflitto in corso, l'accezione giuridica del termine, il suo significato *in scientia legali*. Arriviamo alle definizioni giuridiche del *dominium*, dell'usufrutto, dello *jus utendi*. Esse offrono questa particolarità, che è stata fino ad oggi poco evidenziata dagli storici, ma che senza dubbio è notevole per il suo tempo e di cui cercheremo più avanti la chiave nella filosofia occamista: ed è il semplice fatto che la nozione di diritto viene risolutamente fatta coincidere con quella di *potere*.

Le formule di Occam sono precise; certamente non sono meno chiare di quelle che vengono proposte dai teorici del diritto del giorno d'oggi. Tutto il diritto, nel senso tecnico del termine, è dunque un *potere*; esso differisce dal semplice «permesso» o dalla concessione revocabile, di cui usufruiscono, ad esempio, i poveri che sono invitati alla festa del padrone, nella parabola evangelica, e che il padrone può mandar via quando vuole. Nessuno può essere privato del suo *diritto* senza motivo o senza il suo consenso: «potestas ... qua quis sine culpa sua et absque causa rationali privari non debet invitus» ci dice Occam a proposito dello *jus utendi*. Il diritto differisce dal permesso che si può avere di servirsi, ad esempio, del mantello che una persona ci ha prestato, salva la possibilità di riprenderselo: «jus differt a licentia qua quis dat alicui licentiam utendi veste sua cum potestate revocandi quandoque placuerit». Questo potere ci viene attribuito per la concessione di una legge *positiva*: o almeno questo è il caso dell'*usus iuris*: «est quoddam jus positivum determinatum institutum ex ordinatione humana qua quis habet potestatem ecc.», o del *dominium*, inteso secondo i canoni della scienza del diritto (*in jure civili et canonico*): «competit hominibus ex jure positivo salicet ex institutione humana». È munito di sanzione: «et si privatus fuerit privantem poterit in judicio convenire»; consiste essenzialmente nel poter agire in giudizio: «potestas ... vindicandi et defendendi in humano judicio». Il che distingue di nuovo questo diritto dal semplice permesso: «separat hoc dominium ab omni gratia et licentia utendi re aliqua».

Di conseguenza, ogni diritto sarà specificato in base al *contenuto* del potere. In base a questo criterio verranno distinti nella pratica medievale diversi tipi di proprietà: così, ad esempio, i chierici non possiedono sui beni della Chiesa lo stesso tipo di completo potere che includerebbe il *dominium strictissime sumptum*. Già si può intravedere quella che sarà l'opera della dottrina giuridica moderna, e cioè una *classificazione* dei diversi diritti soggettivi. Riprendiamo l'esempio dello *jus utendi*, o potere di usar della cosa, che peraltro appartiene anche al proprietario che gode della piena proprietà. Occam in questo caso è costretto a rovesciare la soluzione della giurisprudenza romana ed anche quella dei glossatori (che non osavano parlare in questo caso che di «usufrutto causale» e non di «vero usufrutto»). Ecco la definizione: «Jus utendi est potestas licita, utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus, et si privatus fuerit, privantem poterit in judicio convenire».

Si vede subito quali conseguenze possono esser tratte da queste definizioni nella disputa sulla povertà. Esse permettono di ridare un senso alle formule che contrappongono il diritto all'«uso di fatto» e di criticare le affermazioni di Giovanni XXII. Occam ha cura di definire altresì l'uso di fatto (*usus facti*); si tratta - egli ci dice - dell'«atto stesso di usare una cosa del mondo esterno, come l'abitare, il mangiare o il bere». A queste azioni di uso né i Francescani, né il Cristo hanno mai rinunciato; essi si sono limitati a rinunciare al *potere*. E Occam conclude con un'ultima distinzione. In un certo senso, non si può negare che il Cristo e i Francescani non abbiano avuto il *diritto*, il permesso di mangiare, bere e abitare nelle loro case. Ma, ci dice Occam, si tratta in questo contesto dello *jus poli*, cioè del permesso, dell'autorizzazione che proviene dal cielo (*polus*), dalla ragione o dal diritto positivo divino. L'espressione *jus poli* è tratta da Sant'Agostino, che l'adoperava nel senso di diritto oggettivo, e venne trasmessa attraverso le *Sentenze* di Pietro Lombardo. In un senso analogo, anche Michele da Cesena aveva ammesso che i frati minori potessero usufruire di uno *jus naturale*. Non sarebbe affatto concepibile, nel sistema di pensiero di Occam, la rinuncia dei Francescani ad ogni diritto soggettivo. Ciò a cui essi rinunciano, è un diritto di secondo grado, quello che verrà chiamato - sempre secondo le indicazioni agostiniane, ma deformate - lo *jus fori*. Occam definisce lo *jus fori* come quella *potestas* che nasce *ex pactione*, che procede cioè dagli accordi intersoggettivi e dalla legge positiva umana e che comporta pubblica sanzione. E questo è il caso del *dominium*, dell'usufrutto, dello *ius utendi*, di cui fanno appunto menzione le bolle papali favorevoli all'ordine e di cui Occam sottolinea il fatto che provenissero *ordinazione humana*. La loro essenza, del resto, consisteva precisamente nella potestà, conferita da tali diritti, di ricorrere alla sanzione prevista dallo stato: «potestas vindicandi et defendendi in humano judicio».

E così termina l'analisi del diritto soggettivo nella sua accezione più ristretta.

Ora, perché ho perso tanto tempo nel citare alla lettera queste definizioni? Per noi moderni, esse sono certamente banali e non offrono alcuna difficoltà; se ci vuole un certo sforzo per capire le definizioni del diritto romano, non ce ne vuole proprio nessuno per capire quelle di Occam: noi, infatti, continuiamo a concepire il diritto

proprio come lo concepiva lui. Questo non prova affatto, però, che la maniera occamista sia la migliore per intendere il diritto. Ma nel tempo che fu il loro, le definizioni di Occam costituirono una vera *innovazione*. Senza dubbio io non sono in grado di affermare con assoluta certezza (ma quale storico potrebbe mai farlo?) che queste definizioni non siano state ispirate da qualche studioso precedente; Occam, nel suo convento di Monaco di Baviera, non sembra che avesse a disposizione una biblioteca giuridica; egli è tanto onesto da affermare che le definizioni che egli dà, ad esempio quella del *dominium*, non sono state mai rinvenute, né da lui, né dai suoi compagni di polemica, nei testi romani: «diffinitionem propriam dominii non legerunt in aliqua scriptura autentica». Le sue definizioni differiscono da tutte quelle dei glossatori di cui io abbia conoscenza, così come dalla dottrina di Giovanni XXII, che è immediatamente antecedente ...

Va rimarcato, al contrario, quanto queste definizioni siano appropriate all'*occasione* per la quale esse furono scritte ed esattamente calibrate per promuovere la causa al servizio della quale Occam si era posto. E in effetti se nella controversia che oppone Occam a Giovanni XXII noi seguiamo la definizione romanistica data dal papa, è giocoforza concludere con Giovanni XXII che i Francescani hanno diritti e che non possono esserne esentati, dato che è ben sicuro che essi detengono dei beni, o porzioni di beni, che risultano da una giusta distribuzione. Per dare un fondamento alla tesi francescana di rinuncia al diritto, bisogna cambiare la nozione di *jus*, darle un significato più ristretto e in qualche modo peggiorativo; bisogna ridurre il diritto a strumento di coercizione materiale, al potere di difendersi davanti al giudice, cosa che in effetti è sconsigliata nel Vangelo dal Cristo. Bisogna smetterla di intendere per *jus* la parte dei beni che ci viene attribuita secondo giustizia naturale o positiva; bisogna cominciare a dare a jus il significato - che nell'uso linguistico volgare del Medioevo tende sempre più a diventare il prevalente - di *potestà*. È in questo caso che diviene possibile distinguere, a carico del *medesimo bene* che ci è stato attribuito, la potestà che proviene dal cielo di goderne e di consumarlo e la potestà che proviene dalla legge umana; il permesso di usare di un certo bene, che tutti gli uomini hanno ricevuto dal loro creatore, e la potestà istituita dal legislatore temporale, la *potestas vindicandi*. Diviene insomma possibile riservare il titolo di *diritto*, nel senso più ristretto, a quest'ultima sorta di potestà, allo *jus fori*. Il diritto viene così gravemente svalutato e non ci deve sorprendere che questa operazione venga compiuta da un francescano, che dedica tutti i suoi sforzi a dimostrare che la vita è tanto più santa, quanto meno ha a che fare col diritto. Questo gioco dialettico tende a rovesciare vittoriosamente le conclusioni di Giovanni XXII e a giustificare i Francescani nel loro avere dei beni, senza avere il *diritto* di difenderli. Si può rimproverare ad Occam di giocare con troppa disinvoltura col senso tradizionale delle parole e di aver inventato una nozione del tutto nuova. Ma non si trattava di una nozione inutile; essa rispondeva perfettamente alla situazione francescana, alla nuova situazione della spiritualità cristiana, chiaramente insospettita nei confronti dei giuristi di formazione romanistica, e formata da uomini mossi dall'aspirazione a vivere poveri e ben lontano dalle bassezze del *forum*. L'intelligente trattato di

Guglielmo di Occam riesce a dare una soluzione adatta alle circostanze, molto più del trattato scolastico e ripetitivo di Giovanni XXII.

Insomma, le definizioni dell'*Opus nonaginta dierum* vanno considerate originali, e frutto dell'ingegno di Occam, anche se in qualche modo omogenee alle tendenze della lingua volgare. E che spetti proprio ad Occam il merito di aver dato a queste tendenze linguistiche magmatiche rigore teologico, oltre che quello di aver *concepito* per primo il diritto soggettivo, congiungendo l'idea di *diritto* a quella di *potestà*, può essere argomentato in base ad altri fatti ulteriori. C'è in primo luogo la sua ignoranza del diritto romano, il fatto che egli non ebbe mai a frequentare scuole giuridiche, fatto questo che sarebbe rarissimo, se non unico, per un teorico del diritto; Occam, insomma, era sufficientemente ignorante da capovolgere in assoluta buona fede il linguaggio giuridico romano. Ma c'è ancora, e soprattutto, la sua *filosofia*, che mi sembra sia la fonte diretta della definizione occamista del diritto soggettivo. Dobbiamo ancora mostrare perché questa definizione provenga dal nominalismo: questo è per noi il punto più di rilievo. Infatti, la data di nascita esatta del diritto soggettivo (che peraltro non potrà mai essere determinata con assoluta certezza) mi lascia assolutamente indifferente; ciò che mi interessa è capire a quale sistema filosofico e soprattutto a quale sistema giuridico questa nozione vada rapportata.

II. *I fondamenti del diritto soggettivo nella filosofia di Occam*

Le pagine dell'*Opus nonaginta dierum* che abbiamo riassunto, la difesa e la messa in chiaro dei caratteri della povertà francescana, non sono per il vero che un episodio secondario nell'opera di Occam. Hanno attratto la nostra attenzione, perché ci hanno permesso di confrontare il linguaggio romano e quello moderno; ma il loro oggetto è troppo specifico e peraltro probabilmente esse sono state troppo poco conosciute per aver potuto influenzare il linguaggio dei giuristi. Del resto io non credo che questo linguaggio sia davvero mutato prima dell'epoca di Grozio. Bisogna perciò andare più in là. È l'insieme della filosofia elaborata da Guglielmo di Occam, e destinata ad una lunga fortuna, che sta alla radice del diritto soggettivo. È a questo livello, e non ad altri, che si colloca lo spartiacque. L'accezione romana del termine *jus*, quella fatta propria da San Tommaso, quella di Giovanni XXII, quella dei glossatori, non può esser capita che a partire dalla filosofia di Aristotele. È impossibile afferrarla, se prima non si è capito che la giurisprudenza ha per funzione di dare a ciascuno la giusta parte e che ciascuno deve ricevere la parte giusta secondo natura, secondo l'ordine naturale delle cose. Ora, la filosofia di Occam, su tutti questi punti, prende di contropiede la filosofia classica. E non ne può derivare che un'ottica assolutamente nuova sui fenomeni giuridici.

1. L'individualismo di Occam

George De Lagarde ha consacrato gli ultimi tre tomi della sua opera monumentale sulla *Naissance de l'esprit làique* a quello che egli chiama l'*individualismo*

occamistico. Ma forse l'interesse che la storia del diritto nutre per la filosofia di Occam sarebbe stato ancora più giustificato se il pensiero occamista fosse stato posto a raffronto con la filosofia classica del diritto naturale.

I punti di partenza sono radicalmente opposti. Mentre la scienza di Aristotele è «del generale», è cioè volta alla ricerca di nozioni generali, e si fonda su di un ordine «cosmico» (dal quale si può inferire la nozione romana di *jus*), la scienza per il nominalismo gravita attorno all'individuo. Solo l'individuo è dotato di esistenza reale; egli è l'unico centro di interesse, il solo oggetto autentico delle nostre conoscenze. Ne segue che non può più esistere un ordine giuridico che non proceda dalla volontà individuale.

Allo stesso modo, ogni attività deve tendere *verso* l'individuo. Di conseguenza, Guglielmo di Occam non può più rifarsi all'idea che avevano i classici dei compiti del diritto. Che il giurista vada alla ricerca del «giusto», che egli sia il «sacerdote della giustizia», tutto ciò non ha senso per Occam. Come tutta la scuola francescana, sulla giustizia Occam si rifà alla definizione mistica e molto vaga di Sant'Agostino («rettitudine della volontà»), trasmessa alle generazioni scolastiche attraverso le *Sentenze* di Pietro Lombardo. Occam non concepisce più la giustizia «particolare» o specifica, per la quale San Tommaso si era rifatto all'analisi aristotelica e il cui oggetto consiste nel dare a ciascuno il suo, nello scoprire e nel salvaguardare l'ordine naturale. La «parte giusta» nel nominalismo non è altro che un fantasma privo di realtà.

Quale sarà per Occam lo scopo dell'arte giuridica? Temo che egli non se ne sia mai fatta un'idea precisa, dato che non ha mai avuto l'idea di un ordine sociale sovraindividuale, in quanto un simile ordine, nella sua prospettiva, non ha alcuna realtà. Spesse volte mancherà ai moderni la definizione dell'ambito specifico del diritto. Mi sembra che in fondo Occam concepisca l'arte giuridica, a partire dalla prospettiva nominalistica, non come protesa alla ricerca dell'armonia della comunità politica vista come un fine in sé, ma solo come al servizio dei singoli individui. Senza dubbio egli ha in mente soprattutto l'utilità individuale, il che è un presagio di quell'utilitarismo che è proprio del pensiero giuridico moderno, ma praticamente non stabilisce alcuna precisa frontiera del diritto. Lo scopo che alla fin fine egli riconosce al diritto è quello di assicurare all'individuo le condizioni per una vita libera e del tutto autonoma nei confronti degli altri; il diritto, anche se questo può sembrarci proprio il contrario del suo vero compito, deve garantire alla persona, per quanto è possibile, le libertà e i poteri cui essa aspira.

In tal modo la dottrina di Occam viene incontro a quello che abbiamo chiamato il «punto di vista dei cittadini privati», cioè alla tendenza propria di costoro di liberarsi dagli impacci del diritto naturale oggettivo, di espandere liberamente la propria attività; un fenomeno che ha moltiplicato il disordine proprio del Medioevo e che ha trovato un suo prolungamento nel liberalismo moderno. Gli uomini medievali, incolti, poco portati alla astrazione, sono indotti spontaneamente a pensare a partire dall'individuo; sopra le rovine dello stato romano hanno costruito alla buona un regime sociale fatto di potestà individuali e dell'intreccio dei *poteri* dei re, dei feudatari e dei loro vassalli. È un modo di pensare rimasto a lungo

informe, ma che la speculazione di Guglielmo di Occam riesce ad elevare a livello scientifico; è una dottrina, la sua, che esplicita, consacra, giustifica queste tendenze.

Ma, fatto ancora più significativo, è una dottrina, quella di Occam, che pretende di esprimere l'ideale del cristianesimo e che per questo motivo appare tipicamente francescana. La filosofia francescana, come abbiamo già notato parlando di Duns Scoto, insiste tanto più sul valore della *libertà* dell'individuo, in quanto questa appare essere un'esigenza della vita cristiana. Su questo punto essa si oppone alla dottrina aristotelica: c'è nell'aristotelismo come un riflesso del regime della città greca, in cui l'individuo non è altro che un elemento della comunità. E per questo che Aristotele riconduce la condotta dell'individuo nell'ambito eli una morale chiusa, in cui tutti i doveri dell'uomo possono in linea di principio essere ben definiti. Ma lo specifico della morale cristiana non può essere quello di ubbidire ad un ordine astratto imposto dalla ragione. Proprio come Dio, in quanto creati a sua immagine, gli uomini hanno la missione di esercitare una *potestas absoluta*. L'atto meritorio per un cristiano non è certo l'atto imposto da un comando; è al contrario l'atto gratuito, che presuppone la libertà; è l'atto supererogatorio, quello di chi dona *più* di ciò che dovrebbe, come quello del Buon Samaritano della parabola, che incarica l'albergatore di curare il viaggiatore ferito *al di là* di ciò che corrisponderebbe al danaro che gli viene anticipato («quodcumque supererogaveris»). Analogamente, San Francesco e i suoi monaci non erano affatto obbligati a far voto di povertà, di castità e di ubbidienza; li han fatti gratuitamente.

In opposizione alla morale classica dell'ordine naturale, Occam sostiene la tesi per cui esiste un'infinità di azioni che van considerate moralmente «indifferenti», e cioè libere, che l'individuo non è affatto tenuto razionalmente a compiere, ma che egli compie per amore: e in ciò andrebbe individuata la virtù cristiana. Bisogna dunque che ciascun individuo sia considerato come una potenzialità di condotta libera, dunque come un centro di poteri assoluti. Non c'è nulla di meno giuridico di un simile ideale.

È ben vero che queste concezioni non hanno nulla di assolutamente nuovo; che il cristianesimo ha sempre messo l'accento, fin dalle sue origini, non sulle idee generali, ma sulle persone, a cominciare da quella di Gesù; che il personalismo è un tratto permanente della vita cristiana, già presente nelle confidenze intime di Sant'Agostino (e che continuerà ad esser tale in quelle di Lutero, di Pascal, di Kierkegaard). Allo stesso modo l'idea di libertà cristiana è antica quanto il Vangelo e le epistole paoline, cui Occam, nel passaggio che abbiamo citato, non manca di fare riferimento. All'inizio di questo capitolo, abbiamo anche ricordato la teoria stoica della libertà individuale. E lo stesso San Tommaso non ignorava certo le virtù «sovraerogatorie», l'atto gratuito, non ricollegato ad alcun ordine oggettivo. Ma nella sintesi tomista, così come per i giuristi romani discepoli della dottrina stoica, questa libertà radicale dell'uomo nei confronti della legge non poteva essere pensata che in una sfera superiore, che non concerne affatto il diritto (questa era, come si ricorderà, una posizione tipica dello stoicismo). Per San Tommaso, ben diverso è l'ambito della morale naturale propriamente detta, della giustizia e del diritto, da quello della virtù sovrannaturale, o «teologale». C'è un settore della nostra vita, nel

quale le nostre azioni sono sottomesse all'ordine naturale, in cui nessuna azione è «indifferente» per la morale naturale; è in quest'ambito che si collocano giustizia e diritto. Così, possono coesistere, senza mai contraddirsi, uno «stato di vita» sovrannaturale, ad esempio quello del monaco, che vive povero e libero, e rinuncia a servirsi del diritto, e ad un livello inferiore uno stato di vita naturale, quello dei comuni mortali, in cui la giustizia dà a ciascuno il suo e stabilisce ciò che è dovuto da ciascuno.

Quella di Occam è al contrario una visione del mondo monista e totalitaria. Non ci dovrebbe essere difficile capire il suo atteggiamento nei confronti del diritto, dato" che non è mai scomparso dalla cultura cristiana e può ancora essere rinvenuto in tante personalità religiose, che armate della sola formazione che hanno ricevuto nei conventi o nei seminari e da un'esperienza puramente spirituale, non temono di affrontare e discutere questioni sociali.

Lo specifico di queste speciose e pericolose «dottrine sociali» sta nel confondere i due ambiti che San Tommaso aveva distinto così bene e nel gerarchizzare l'ambito della vita sovrannaturale e della carità da una parte e quello del diritto e della vita sociale dall'altra. È quello che fa Occam, francescano, che si immerge - mancando in ciò di fedeltà a San Francesco - nelle lotte secolari; egli trasporta sul terreno del diritto modi di pensiero elaborati sul terreno della vita spirituale. Come abbiamo appena visto, Occam sposta sulla teoria giuridica della proprietà il suo amore per la vita cristiana e francescana di carattere comunitario; il che lo induce a dare del diritto di proprietà un'immagine volutamente impoverita e peggiorativa, disegnata dal punto di vista monacale e finalizzata unicamente a che i monaci possano astenersene. Dal personalismo cristiano valido solo sul piano sovrannaturale, Occam deduce tutta una filosofia; e rifiuta pertinacemente, quando studia l'ordine naturale delle cose, di togliersi gli occhiali del nominalismo, dell'individualismo, del misticismo. E trasporta nel mondo del diritto la meravigliosa nozione cristiana della libertà, valida per il monaco distaccato dal mondo, ma certamente molto meno valida per gli uomini calati nell'esperienza temporale, per i proprietari, i negozianti, gli scrocconi, i ladri, per tutti quelli insomma di cui si occupa il diritto. Così la più alta morale cristiana viene finalmente in aiuto degli egoismi scatenati nel disordine medievale. Occam usa come pietra angolare del diritto proprio la nozione meno adatta ad esercitare questa funzione, quella della «potestà assoluta», quella della libertà.

E che questo sia l'esito ultimo della dottrina di Occam, lo proveremo definitivamente ritornando a discuterne la filosofia del diritto.

2. *Il diritto nel Breviloquium*

Avevamo già fatto riferimento a quest'opera, quando avevamo osservato come in essa venisse ad emergere il metodo positivistico. Ma ora possiamo penetrarne più a fondo la dottrina. Nel terzo libro del *Breviloquium* si parla brevemente dell'origine delle istituzioni giuridiche, tema che compare altresì nell'*Opus nonaginta dierum*. Ci troviamo di fronte allo schema completo di un sistema giuridico.

Sistema incentrato sul *potere* dell'individuo. Tale nozione diviene l'*alpha* e l'*omega* della scienza del diritto, la nozione prima e insieme la nozione ultima del diritto. È la nozione che ci dà la chiave del positivismo giuridico, perché le stesse norme positive, da cui, come abbiamo visto, Occam deduce con rigore tutte le soluzioni dei casi controversi non possono essere la fonte prima dell'ordinamento: prima della legge, emanazione della volontà del legislatore, bisogna presupporre il potere del legislatore. Occam concepisce l'opera del potere legislativo come una delega di poteri. Tutto il diritto, insomma, si compone di poteri individuali.

Riassumiamo il discorso occamista.

Al fondamento non c'è dubbio che vi sia la libertà di Dio, la sua *potestas absoluta*, che è la fonte di tutto l'ordinamento giuridico. Non è più concepibile, nell'occamismo, andare alla ricerca della fonte del diritto in una natura impersonale, nella quale si potrebbe riscontrare un ordine. Dato che l'unica realtà è l'individuo, la fonte di tutto l'ordinamento giuridico non può che essere la volontà e il potere individuali, e in primo luogo di questo essere individuale al quale tutti gli uomini sono soggetti la persona divina. Da questa fonte deriva in primo luogo ciò che abbiamo qualificato come il positivismo divino, tutto il diritto positivo contenuto nella legislazione divina, promulgato nella Sacra Scrittura e, quanto all'essenza, puramente volontaristico, anche se Occam lo designa impropriamente con l'espressione di diritto naturale.

Ma dalla legislazione divina, prodotta dalla *potestas* di Dio, derivano - secondo il *Breviloquium* - anche altre *potestates* per gli uomini. A questo riguardo Occam riprende la trattazione di Duns Scoto, il che è prova della continuità della scuola francescana; ma le dona un'attenzione molto più accurata, rintracciando con grande minuzia nei testi biblici la creazione di questi poteri. Si tratta di mostrare l'origine dell'*imperium* (cioè della sovranità, della «giurisdizione temporale») e quella del *dominium*. Questi diritti sono creati, secondo l'analisi occamista, solo indirettamente. Bisogna stabilire in primo luogo che Dio ha concesso all'uomo, in un primo stadio, il *potere di appropriazione*: non era così, come si sa, nei primi tempi della storia dell'uomo, al tempo dell'innocenza originaria; allora tutto era comune e Dio nel sesto giorno della creazione non aveva concesso all'uomo che un *dominium* collettivo sulle piante e sugli animali. Non aveva istituito in quell'epoca che pochissimi diritti individuali: solo la potestà maritale e quella paterna. Ma dopo il peccato originale Dio abroga il comunismo originario e promulga la *potestas appropriandi*. Ciò risulta da parecchi testi della Sacra Scrittura o, almeno indirettamente, da questo: «Tulit ergo Dominus Deus hominem, et posuit eum in paradiso voluptatis, ut operaretur». Ora, non si può *operari*, cioè coltivare, se non individualmente, come ha dimostrato Aristotele. E qui può intervenire il ragionamento giuridico, quello che Occam chiama il diritto naturale nella sua terza accezione: l'argomentazione che parte da un comando positivo e va alla ricerca razionale degli effetti di questo. E poi, bisogna procedere ad assegnare la proprietà, cosa che la legislazione divina ha fatto solo pochissime volte direttamente, e comunque limitatamente all'Antico Testamento, come nel caso dell'assegnazione

agli ebrei della terra di Canaan. Ma nel momento stesso in cui conferiva la *potestas appropriandi*, Dio si è dato cura di dare all'uomo un'altra potestà, la *potestas instituendi rectores*, il potere cioè di nominare dei capi; il che non può esser fatto, come si è visto, se non attraverso il procedimento elettivo o contrattualistico. La dimostrazione è data a partire dai Proverbi. E il compito di questi capi sarà proprio quello di determinare il limite delle proprietà individuali, in modo che possano coesistere tutte insieme.

Si spiega in tal modo l'origine della terza dimensione dei poteri, quella alla quale facciamo riferimento noi giuristi. Il sovrano temporale ha infatti ricevuto per delega popolare la potestà legislativa: *potestas condendi leges et jura humana* - istituire i limiti della proprietà significa, in effetti, legiferare -, alla quale si ricongiunge l'esercizio della *jurisdictio*. È di qui che nascono le leggi positive umane, che nel sistema di Occam prendono il posto dell'ordine naturale che è venuto meno. Esse sono altresì l'unica fonte di tutto l'ordinamento umano, dato che ormai, secondo le esigenze del nominalismo, il giuridico è ciò che è *legale*. Ora, qual è l'apporto delle leggi umane? Ancora una volta, esse conferiscono potestà; le leggi positive producono il *dominium*, l'usufrutto, lo *jus utendi*, i diritti soggettivi in senso stretto, garantiti, sanzionati dall'autorità statale; quelli che implicano essenzialmente la *potestas vindicandi*, e che sarebbero ben presto stati chiamati gli *jura fori*. È a questi tipi di diritti che i Francescani ritengono di dover rinunciare. Così appare questa piramide di poteri, che sgorgano tutti dalla potestà divina assoluta, per vie gerarchiche, per una serie di concessioni successive e che riflette la piramide dei rapporti feudali.

Così, dalla cima alle radici, tutto l'ordine giuridico è costituito da poteri (da cui provengono ogni volta le singole norme, che collegano i poteri reciprocamente). C'è un diritto soggettivo di Dio, la sua *potestas absoluta* e subito al di sotto gli *jura poli*, le potestà concesse da Dio a ciascun individuo e non ancora fornite di sanzione; abbiamo quindi i poteri prodotti dal diritto positivo umano, gli *jura fori*. Sono tutte potestà *assolute*. Le si può usare a proprio piacimento, ci si può rinunciare e non usarle affatto, così come i Francescani rinunciano ad esercitare la loro *potestas appropriandi*. Si può anche entrare con un atto di volontà nella condizione servile, che comporta anch'essa una rinuncia a questa *potestas*. E se uno usa i suoi poteri, lo fa a suo rischio e pericolo. Ad esempio, se si vuole costituire liberamente un'autorità politica sovrordinata, bisogna poi sopportarne tutte le conseguenze e per sé e per i propri discendenti, dato che la potestà paterna è di diritto divino positivo e che attraverso di essa si possono vincolare i figli e i discendenti. Tutto l'ordine sociale consiste di concessioni e distribuzioni di libertà, di quelle libertà essenziali alla vita morale cristiana dell'individuo. I diritti soggettivi degli individui hanno colmato il *vuoto* che risulta dalla perdita del diritto naturale. L'ordine sociale appare dunque costituito non da un equilibrato sistema di ripartizione dei beni tra i soggetti, ma da un sistema di *poteri* subordinati gli uni agli altri e dalle *leggi* che promanano da questi poteri.

Non c'è quindi da meravigliarsi per il fatto che Occam, seguendo l'uso comune del termine, utilizzi per designare il potere del singolo la parola *jus*, la cui antica

accezione romana è per lui priva di significato; casi come utilizza l'espressione «diritto naturale» per designare tutt'altra cosa dal diritto naturale autentico. È ciò che egli ha fatto, come abbiamo visto, nell'*Opus nonaginta dierum*. Ma ora possiamo capire come, partendo dalla sua visione del mondo, Occam non potesse assumere una posizione diversa nella disputa linguistica che l'opponeva a Giovanni XXII; e come non solo l'interesse per la causa francescana, ma tutta la tradizione filosofica del suo ordine dovessero indurlo a rovesciare il linguaggio romano e classico. Si è trattato di una rivoluzione semantica che già di per sé sola è stata piena di conseguenze; infatti, utilizzare per la nozione volgare, medievale, cristiana di potere dell'individuo quella latina e dotta di *jus*, ha comportato l'introduzione della categoria del potere nel mondo della cultura (a cominciare da quella teologica e filosofica, per poi passare subito a quella giuridica); un preludio all'immenso lavoro della romanistica moderna, che su questa base ribalterà il diritto romano da capo a piedi, trasformandolo in un sistema di diritti soggettivi.

Questa modificazione semantica ci appare ancora più significativa, per il fatto che, come abbiamo constatato, il termine «diritto soggettivo» conclude e riassume tutta una filosofia. L'affermarsi di questa espressione e la sua definizione teorica sono solo piccoli dettagli nella storia del linguaggio giuridico. Ma essi comportano l'abbandono di una forma di pensiero giuridico, che aveva avuto un grande successo e che era fondata sull'ordine naturale e la sua sostituzione con un'altra, basata sull'idea di potere. Ci troviamo di fronte ad una vera e propria rivoluzione copernicana nella storia della scienza del diritto; di fronte alla frontiera che divide due mondi diversi. Nasce un nuovo ordine sociale, la cui cellula elementare sarà il diritto individuale e che si costruirà tutto a partire dalla nozione di *potestas*, elevata alla dignità di *diritto*. E a questa nozione verranno ricondotte d'ora in poi le leggi positive, divenute l'unica fonte dell'ordine sociale e provenienti esse stesse da poteri individuali; così come sempre a questa nozione va ricondotto il contenuto individualistico liberale e utilitaristico del nostro diritto occidentale. Mi dispiace molto, anche perché personalmente non amo questa nozione, ma nel corso delle nostre lezioni, quando tratteremo di Hobbes, di Locke e di Spinoza, sarò obbligato ad annoiarvi ancora con la storia del diritto soggettivo. Come il *diritto naturale* è la parola-chiave della scienza giuridica romana, così il *diritto soggettivo* è la parola d'ordine del diritto moderno.

Capitolo sesto. **OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULLA SCOLASTICA MEDIOEVALE**

Nella teoria scolastica del diritto, quanti autori hanno portato un grande contributo oltre a San Tommaso, a Duns Scoto, a Guglielmo di Occam! La storia non è mai una scienza esatta, almeno quella di cui ci occupiamo noi. Nell'immensa foresta delle diverse dottrine, noi scegliamo di interessarci a questa o a quella un po' per caso, senza aver mai la sicurezza che sia davvero la più importante. Può anche

darsi che abbiamo commesso un errore, nel soffermarci così a lungo su quel periodo della storia della filosofia, che si situa all'incirca agli inizi del XIV secolo.

Una simile insistenza non è frequente. Se consideriamo il libretto di Jean Wahl, *Tableau de la philosophie française* (un bel lavoro di filosofia, che si cerca di diffondere tra il grande pubblico), notiamo che il quadro che ci è offerto non risale a prima del XVII secolo: si direbbe quasi che la filosofia sia nata con Cartesio, così come per altri non è veramente nata che con Kant ... Per la filosofia del diritto, potrebbe essere un vantaggio l'essere obbligati, come storici, a seguire un ordine cronologico e trovarsi a indugiare ancora, dopo tre mesi di corso, sulle prime parti del programma; si riesce così a ridare alle dottrine più antiche il posto che esse meritano.

Non cediamo troppo alla moda e riconosciamo che non sono frequenti al giorno d'oggi, malgrado la nostra grandiosa politica nazionale di promozione della cultura, molti uomini dall'intelligenza, dalla potenza speculativa, dall'ampiezza di vedute paragonabili a quelle di San Tommaso d'Aquino o di Guglielmo di Occam. Se abbiamo ritenuto che questi due autori abbiano un'importanza maggiore di quella che viene loro comunemente attribuita, è perché, come abbiamo detto, essi han posto le fondamenta del diritto moderno e soprattutto perché la loro filosofia rimane un necessario strumento per la comprensione dei problemi del giorno d'oggi.

Tra il 1250 e il 1350 si è verificato, nelle grandi università di Parigi e di Oxford, un prodigioso fervore di studi filosofici, fondati su di una profonda conoscenza della cultura classica e felicemente subordinati alla teologia (del resto non c'è filosofia degna di questo nome che non si preoccupi di integrare in sé il fenomeno religioso). Si trattava di studi sorprendentemente liberi e da cui sono derivati sistemi significativamente discordanti: e qui si pone la necessità di una scelta. Da parte nostra, abbiamo deciso di studiare le opere dei due grandi ordini religiosi, che vennero ad acquistare un ruolo di primo piano nella vita universitaria del tempo: il primo, l'ordine domenicano, è dedito fin dalle sue origini alle controversie razionali contro i «gentili», e dunque per necessità ferrato nella filosofia pagana; il secondo, quello di San Francesco, è più fortemente attaccato alla fonte evangelica.

Per la verità, l'opera di Alberto Magno, di San Tommaso o di Giovanni da Parigi si inserisce nel vasto movimento di rinascita umanistica della filosofia pagana, che va ben al di là della storia dell'ordine domenicano. Gli effetti di questo movimento vanno ricercati più nella Facoltà delle Arti che in quella di teologia e un esempio in tal senso abbiamo potuto farlo quando abbiamo accennato a Marsilio da Padova. L'opera di San Tommaso rappresenta, in confronto a queste posizioni estreme, un atteggiamento più moderato. Ma se ci siamo soffermati in particolare su San Tommaso, è per la grande fortuna storica ottenuta dalla sua filosofia e per il fatto che egli ha saputo darci una teoria del diritto.

Che sia una teoria nuova, che abbia costituito una delle principali arterie che hanno condotto al diritto moderno, molto più di quanto usualmente non si creda, ritengo che possiamo darlo per dimostrato. Grazie all'insegnamento di San

Tommaso (e nei limiti in cui la filosofia presiede alla costruzione dei sistemi scientifico-giuridici), il mondo giuridico moderno ha potuto nutrirsi senza scrupoli di *diritto romano*, sviluppare una sua propria *dottrina* e suscitare e stimolare una *legislazione* regia. Questo mondo, fino al XVIII secolo, è rimasto solidamente attaccato alla fede cristiana; aveva quindi bisogno di quella teologia di cui San Tommaso è stato il profeta, trasmessa con continuità perfino nelle scuole protestanti, per legittimare il ricorso alle facoltà naturali dell'uomo, per suscitare l'iniziativa della giurisprudenza laica e dell'autorità politica negli affari temporali; era necessario riabilitare ragione e volontà contro le argomentazioni dell'agostinismo. In tutta la filosofia giuridica moderna, in tutti i suoi autori, pullulano infinite reminiscenze, trasmesse attraverso i canali più disparati, della *Summa Theologiae* di San Tommaso. Perfino le costruzioni della Scuola del diritto naturale, alle quali tanto noi tutti dobbiamo, pur se ne ripudiamo i principi, sono inconcepibili senza San Tommaso.

L'opera della scolastica francescana, a prima vista, sembra meno innovativa. Essa fa parte della grande corrente che abbiamo definito «integrista» e che si oppone appassionatamente all'afflusso della filosofia pagana con l'attaccamento alla tradizione cristiana ed agostiniana. Il francescanesimo è pieno eli disprezzo per la ragione, anche quando questa deve guidarci nell'ordine delle cose temporali, e si ostina a voler ricondurre il principio della conoscenza e ogni regola di condotta al testo rivelato della Sacra Scrittura o alla grazia sovrannaturale. Ecco perché questa scuola sembra ritornare alle posizioni agostiniane assumendo, nello stesso tempo, un aspetto indubbiamente reazionario.

Peraltro, è proprio la scuola francescana che fa da preludio alla filosofia moderna e che ci conduce molto lontano dall'agostinismo, almeno da quell'agostinismo che era diffuso prima della rivoluzione scolastica. Il fatto è che la dottrina francescana nel XIII e nel XIV secolo si trova a fronteggiare situazioni sconosciute all'alto Medioevo; esistono ormai città e relazioni commerciali e ordini politici cui dare fondamento. D'altra parte anch'essa non ha mancato di trarre profitto dall'insegnamento aristotelico, almeno a livello puramente strumentale, e dalla rinascita del diritto romano: Duns Scoto e Occam sono ben ferrati nella conoscenza di Aristotele o almeno delle sue opere logiche. In tal modo i francescani innovano rispetto alla tradizione alto-medievale, senza però cessare d'essere cristiani, e di mantenere tutte le dovute distanze rispetto alla tradizione pagana dell'antichità; meglio di quanto non abbia fatto San Tommaso, al quale si può forse rimproverare un eccessivo scolasticismo, Occam ben percepisce la differenza che separa il mondo medievale dalla società romana antica. Meglio di ogni altro, indubbiamente, egli è espressione del suo tempo, è espressione dello spirito degli uomini medievali, la cui fede profonda non è simpatetica con un diritto naturale oggettivo, ma col contratto, con un atto, cioè, che crea rapporti personali, sia che si tratti di un contratto di associazione, che del riconoscimento di diritti feudali, o anche della promessa fatta al fonte battesimale; con un diritto nuovo, insomma, che si fonda sulla libertà. E non sono i consiglieri di Giovanni XXII, tutti di formazione tomista, ma Guglielmo di Occam che meglio riesce a delineare quale è lo stile di vita che i monaci

francescani vogliono condurre; ho analizzato molto a lungo questa pretesa francescana di vivere al di fuori del diritto, perché mi sembra tipica della nuova società cristiana; ed è stata proprio essa, del resto, che ha indotto Occam a forgiare una nozione molto più restrittiva del diritto. Insomma, il pensiero occamista riflette, o meglio esplicita, l'esperienza di una nuova epoca cristiana e non più solo l'esperienza della società antica. Grazie all'apporto del cristianesimo, la filosofia dei moderni non sarà la ripetizione della filosofia classica dell'antichità e il Rinascimento non sarà che un rinascimento.

Non ci dobbiamo far ingannare dall'aberrante banalità dell'opinione comune, spesse volte anticlericale: il «diritto naturale» non nasce col cristianesimo; nasce con Aristotele. Dal cristianesimo nasce la filosofia moderna, nascono il nominalismo, il positivismo giuridico; di qui il ruolo essenziale della scolastica francescana, di cui, non senza buoni motivi, ho fatto l'oggetto principale delle nostre analisi. Infatti, questa filosofia, che voleva essere strettamente fedele alle fonti cristiane, è uno dei crogiuoli in cui si forgiano i grandi concetti giuridici dell'epoca moderna. Anche se può avere avuto dei germi in qualche filosofia eterodossa dell'antichità, il nominalismo, legato al nome di Guglielmo di Occam, ci appare, nel momento della sua maturità, profondamente connesso alla mistica cristiana, all'idea cristiana dell'onnipotenza di Dio, all'idea cristiana della persona. E già in Guglielmo di Occam il nominalismo contiene in sé l'idea del diritto soggettivo e del positivismo giuridico. È per questo che con Occam si aprono ufficialmente le porte della filosofia moderna.

Dopo il trionfo della «via moderna» nel XIV e nel XV secolo, ad esempio con Jean Gerson e Gabriel Biel (autori che meriterebbero di essere studiati a fondo), il nominalismo viene a costituire il punto di partenza delle grandi filosofie del diritto dell'epoca moderna propriamente detta: quelle di Hobbes, Locke, Bentham, ecc. È Occam che pone al centro della scienza del diritto l'idea della potestà individuale o del *diritto soggettivo* e tutte le sue derivazioni, come quella della legge, concepita come una emanazione della potestà individuale e che rigetta ogni altra possibile fonte dell'ordinamento giuridico e che nega che si possano dedurre dalla *natura* rapporti giuridici. Se nel nominalismo permane la possibilità (come in Hobbes o in Locke) di parlare di una *legge* naturale *morale*, è però indubbio che da esso derivi necessariamente quel positivismo *giuridico*, che è già compiuto nel sistema di Hobbes e da cui deriva tutta quella sequela di teorie del diritto all'interno delle quali ci muoviamo ancora oggi...

È vero che il nominalismo - questa filosofia da non-giuristi, almeno nei suoi principi - ha prodotto risultati mirabili nelle scienze fisiche; esso però rischia, quando è applicato al diritto, di condurre ad esiti insostenibili. Non c'è nulla che sia di per sé più assolutamente opposto al compito del diritto dell'ottica individualistica della filosofia moderna; e il positivismo giuridico, portato da Hobbes alle ultime conseguenze, con ammirevole rigore, conclude in un sistema giuridico arbitrario e dittatoriale ... Il buon senso dei giuristi si è opposto a tanto. I giuristi si sono ben guardati dal seguire pedissequamente le direttive promananti dal nominalismo, pur se vittorioso in campo filosofico. Per fortuna è ben raro che i giuristi commettano

l'errore di sottomettersi ad una sola filosofia; ed infatti, la maggior parte dei teorici del diritto dell'epoca moderna hanno realizzato un *compromesso* tra l'occamismo e il tomismo, rimasto vitale nel sistema dell'educazione ufficiale. I giuristi furono così indotti ad attenuare le conseguenze inaccettabili del nominalismo con qualche richiamo al diritto naturale e realizzarono in tal modo tra queste due filosofie se non proprio una vera sintesi almeno una serie di combinazioni eclettiche; tali van considerate le dottrine di Suarez, della scuola del diritto naturale moderno, di un Leibniz, di un Wolff ... Da San Tommaso le filosofie nominalistiche presero il principio di laicità (almeno per ciò che concerne la scienza del diritto), che venne estremizzato fino al laicismo. Come si voglia considerare questa eclettica mistura di principi dedotti da sistemi differenti, resta il fatto che il pensiero giuridico moderno vive dell'eredità affidatagli dal pensiero medievale. È per questo che la nostra presa di contatto con San Tommaso e con la scuola francescana ci può aiutare a comprendere il momento di passaggio dal diritto classico al diritto moderno, un fenomeno che resta essenziale nella storia del diritto.

Non sarei del tutto lontano dal pensare che un bagno di scolastica medievale non sarebbe poi da sconsigliare ai giuristi, che disprezzando i nostri modesti lavori storiografici prendono in considerazione soltanto i problemi *attuali* della filosofia del diritto.

Il punto è questo: noi dipendiamo dalla filosofia moderna e principalmente dal nominalismo. La vittoria della «via moderna» in filosofia, di quella via aperta da Guglielmo di Occam, ha caratteristiche del tutto singolari; è stata una vittoria pressoché totale, almeno nell'universo dei filosofi. Dopo Occam non si riuscì più a trovare in tutta Europa un filosofo che accettasse di riconoscere altro punto di partenza «reale» per la conoscenza che non fosse l'esperienza individuale, sia quella delle cose del mondo fisico, sia quella soggettiva dell'io (da cui nascerà poi l'idealismo moderno). Il vecchio realismo tomista scomparve del tutto di scena e non ci fu che ironia, da parte dei benpensanti, per le «quiddità», le «nature», gli «universali» di Aristotele. Ho appena letto la *Vita di Galileo* di Bertolt Brecht; la commedia, molto ben scritta, esalta lo spirito scientifico atomistico moderno, che dovrebbe culminare nel comunismo (la stessa cosa vien detta alcune volte anche a carico di Cartesio, ma sempre da parte di gente dello stesso partito di Brecht), e non contiene che ingiurie per Aristotele e San Tommaso; è piena di inesattezze e di controsensi storici; ma non ho alcun dubbio sulla buona accoglienza che tali menzogne riceveranno da parte del pubblico. Di fatto l'Europa si è radicata nel nominalismo, adottato come una verità di fede, ad occhi chiusi, ostinatamente, senza che se ne vogliano più discutere i fondamenti.

Il positivismo giuridico, vero corollario del nominalismo, ha goduto a lungo nella teoria del diritto di un trionfo pressoché totale; si può ben affermare che le tematiche della creazione del diritto per mezzo della sola legge e quella del diritto soggettivo siano veramente quelle che separano strutturalmente il diritto occidentale moderno rispetto agli altri sistemi giuridici (nei limiti in cui ne sopravvivano ancora). Peraltro i frutti del positivismo sono amari, tanto più che, a

partire dal XVII secolo, il positivismo si è esacerbato ed ha perso quel salutare limite intrinseco che era costituito, in Guglielmo di Occam, dalla preponderante autorità delle leggi positive *divine*. Al posto di queste, Hobbes e Locke posero la legge puramente umana della coscienza, chiamandola legge naturale (morale); ma essa è troppo vaga e incostante, priva di ogni contenuto giuridico, incapace di erigersi quindi a barriera efficace quanto potevano esserlo le leggi divine. Il positivismo giuridico ha voluto fondare tutto il diritto sulla sola volontà *degli uomini*. Sappiamo bene dove conduce questa strada, almeno da un punto di vista logico: alle finzioni del contratto sociale, all'idolatria collettiva, nutrita dall'opinione pubblica contemporanea, per una mitica «democrazia» e finalmente alla dittatura della forza e dell'arbitrio; allo statualismo, al dominio assoluto sul diritto di chi detiene il potere. Non sto a ripetervi che al giorno d'oggi il positivismo giuridico, anche se rimane la prospettiva cui aderisce il maggior numero di giuristi, è criticato dai teorici del diritto; è insomma entrato a sua volta in crisi.

Quando si è sbagliata strada e si è arrivati davanti ad un'*impasse*, la situazione non è certamente gradevole; ma piuttosto che perdersi senza esito alcuno cercando di continuare ad andare avanti, è meglio tornare indietro fino al punto di partenza. Voglio dire che nella situazione attuale la via più breve potrebbe esser quella di risalire al grande dibattito filosofico della scolastica medievale, al momento decisivo in cui si è dovuto scegliere tra San Tommaso ed Occam, al momento in cui nominalismo e realismo hanno incrociato le spade. Solo se sappiamo fare questo sforzo e ricorrere alla storia, possiamo svincolarci dal giuspositivismo e ritrovare l'altra strada (dato che non ce n'è una terza veramente percorribile), quella che ci porta al giusnaturalismo. E non al giusnaturalismo bastardo che si è affermato nel XVII e nel XVIII secolo, ma al diritto naturale tomista, o più esattamente ancora, al diritto naturale di San Tommaso.

Anche la dottrina del diritto naturale, in seguito al trionfo del nominalismo, è andata corrompendosi nell'epoca moderna. Se ne era perduta la chiave. E i suoi sostenitori han cercato di rimodellarla in base alla filosofia vincente, che pure ne era l'esatto contrario. Si venne a costruire questo mostro ibrido, una dottrina giusnaturalistica a fondamento nominalistico: un diritto che aveva la pretesa di dedurre non più dalla natura del cosmo, ma da una pretesa «natura umana» individuale. E se San Tommaso riabilitava la ragione, ma con piena consapevolezza dei suoi limiti e della sua debolezza, il razionalismo moderno ebbe la folle ambizione di dedurre dalla natura dell'uomo individuale un sistema di regole giuridiche certe, immutabili, universali; regole giuridiche ipotizzate sullo stesso modello di quelle prodotte dalla legislazione positiva, ma alle quali veniva attribuita come fonte non la volontà, ma la Natura o la Ragione. Si trattava di un'informe commistione di diritto naturale e di positivismo giuridico. Non mi dilungo sulla critica a questa caricatura del vero diritto naturale, che ritengo da condannare; questo filone del giusnaturalismo è ormai morto, anche se cerca sempre di rinascere, quasi per servire da contrappeso agli eccessi delle posizioni avverse.

Se però vogliamo restaurare la dottrina del diritto naturale nella sua purezza, coerenza e pienezza originali, bisogna ricondurla alla filosofia che le è propria e

liberarla quindi da ogni sovrapposizione nominalistica. Confrontando con quella di Occam la filosofia di San Tommaso, abbiamo potuto apprezzare la giustezza della posizione tomista: era una vera via di *mezzo* tra il platonismo di alcuni scolastici dell'epoca e il nominalismo di Occam. Non è affatto vero che il tomismo imprigioni l'individuo nella rete di una ragione impersonale; San Tommaso, seguendo indubbiamente l'autentica dottrina aristotelica, attribuisce la realtà in primo luogo all'*individuo* (che egli chiama «sostanza prima») e a ciò che vi è di più individuale nell'individuo, cioè alla sua volontà; in tal modo egli può riserbare uno spazio, come già faceva Aristotele, alle leggi *positive* all'interno del diritto, alle leggi che emanano dalla volontà dell'individuo, che danno forma al contenuto troppo vago del diritto naturale e gli aggiungono le necessarie «determinazioni». Ma soprattutto al di là dell'esperienza giuridica (dato che questa prospettiva culturale non ha alcuna simpatia per il *pangiuridismo*), questo semi-individualismo concede all'individuo tutto lo spazio che gli è necessario per l'esercizio della *libertà*, per il dispiegamento delle proprie attività libere, per la creazione di situazioni nuove, che pongono incessantemente al diritto problemi nuovi: è per questo che il sistema giuridico tomista, sfugge, a nostro avviso, all'accusa di *staticità* che viene spesso e giustamente mossa alla scuola moderna del diritto naturale. Ciò non toglie che, paragonato ad Occam, San Tommaso sia un *realista*; egli sa ricondurre alla realtà anche i generi, le specie, le nature; sa ricondurre alla natura non solo gli individui, atomisticamente considerati, ma anche gli *insiemi*; e soprattutto le cause finali, l'ordine da cui si deduce il diritto naturale. Su quale fondamento basare il diritto, il cui compito è quello di porsi al di sopra delle singole individualità, se non su di una realtà essa stessa *sovra-individuale*, sull'ordine naturale delle comunità politiche? È un tentativo fallito in partenza quello di voler costruire un ordine di relazione *tra* gli individui *a partire* dagli individui, così come ha tentato disperatamente di fare la filosofia moderna, ricorrendo all'aiuto di sofismi e di finzioni. Solo il realismo tomista riesce a salvare il diritto e può restituire anche alla stessa legge positiva (in quanto anch'essa rientra nel quadro del diritto naturale) i suoi fondamenti di validità. Non ci può essere una vera rinascita del diritto naturale, se non si comincia con l'abbandono del nominalismo. Non voglio negare i servizi che il nominalismo ha potuto rendere in altri campi, come la fisica, la politica o l'etica individuale. Ci sono settori della vita, in cui dobbiamo, con San Tommaso, accettare l'individualismo; ma tra questi non c'è quello giuridico. Il grande errore di Occam è stato quello, a nostro avviso, di aver confuso ambiti diversi. È solo da una prospettiva giuridica che mi permetto di criticare il nominalismo, questa filosofia trionfante nell'Europa moderna, accusandola di essersi costruita in un ambito esterno all'esperienza giuridica e di essere pertanto giunta ad un *impasse* nel momento in cui ha cercato di dar vita ad una teoria del diritto.

Dubito fortemente che noi siamo in grado di elevarci fino a quelle altezze che seppero raggiungere, nel XIV secolo, i professori e gli studenti dell'Università di Parigi. Ma sarebbe necessario farlo. E non credo che si possa risolvere il conflitto sempre acceso tra giuspositivisti e sostenitori del diritto naturale, se non si risale alla questione scolastica degli universali.

Ancora una volta mi sono lasciato trascinare dalla mia vocazione di storico a sovrastimare il passato e il pensiero di Aristotele; e a disconoscere la ricchezza, la fecondità di questa *via moderna* che ha dominato il pensiero moderno e che continua a dominarlo ancor oggi. Bisogna verificarne i frutti; vedere se per caso non sia apparsa, dopo la fine del Medioevo, una terza via, una problematica nuova, che possa rendere antiquato il contrasto tra giusnaturalismo e giuspositivismo. Dobbiamo perciò cominciare a studiare la filosofia del diritto dell'epoca moderna propriamente detta.

III. IL SEDICESIMO SECOLO. AUTORI RELIGIOSI

INTRODUZIONE

Dopo l'aspro paesaggio del nominalismo occamista, in cui si trovano ben nascosti i fondamenti della filosofia moderna, eccoci giunti davanti al sorgere del rinascimento. Eccoci davanti all'immenso spazio dell'epoca moderna e al tipo di cultura che continua ancora ad essere la nostra; il pensiero del XVI secolo ci è infatti molto più familiare di quello di secoli precedenti. Non c'è quasi più nessuno che conosca il nome di Duns Scoto o di Occam, mentre continuiamo tutti a leggere Rabelais, Montaigne, Calvino o Erasmo. L'insegnamento delle scuole di oggi è ancora ancorato (o lo era fino a qualche anno fa) ai programmi elaborati dai gesuiti per i loro collegi nel XVI secolo.

Ci aspettiamo tutti di trovare nel pensiero dei cinquecento apporti teorici di grande originalità. Non è forse questa l'epoca delle grandi scoperte, l'epoca della bussola e dell'invenzione della stampa? Dato che quest'anno dovrò recarmi in Canada per alcune settimane di insegnamento, porrò il corso di quest'anno sotto il segno dei primi viaggi di colonizzazione in America; ricordo Jacques Cartier che sbarca sulle rive del San Lorenzo, ben presto seguito da coloni e da soldati, da missionari e religiosi inviati dal re di Francia, tutti armati di un coraggio, di una audacia e di una fede veramente eroici, tutti avidi di creare un mondo nuovo.

Però sarebbe un grave errore immaginare che nel campo della filosofia il cinquecento sia stato un secolo veramente creativo. Ho piuttosto l'impressione che per ciò che concerne la filosofia la cultura moderna si ricolleghi ai tesori dell'antichità. La produzione del XVI secolo mi sembra che consista soprattutto nel *ritorno* alle fonti antiche (anche se permane viva la tradizione nominalistica); fonti bibliche nella *Riforma*, fonti di letteratura latina, nel movimento *umanistico*. Non c'è vera novità, se non il semplice rinascere di antiche tematiche. Ma va sottolineato che, una volta trapiantate su di un terreno nuovo, queste antiche radici riescono a produrre frutti inusitati: una cosa è la filosofia giuridica degli stoici (che non ebbe che una limitata influenza sul diritto romano), altra cosa ciò che ne ha dedotto l'umanesimo. L'idea biblica di giustizia riceve applicazioni fino ad allora inimmaginabili, una volta che viene ripensata dai giuristi moderni e nelle nuove condizioni di vita dell'Europa moderna.

Bisogna altresì prevenire un'altra obiezione, quella per cui nel cinquecento non si troverebbero filosofi di vaglia comparabile a quelli del XIII e del XIV secolo e soprattutto che non ci sarebbe una filosofia giuridica degna di questo nome. Per quanto io sia convinto delle buone ragioni di questa osservazione, non riesco a darle una grande importanza; sono molto pochi nei secoli i filosofi che hanno assunto il diritto ad oggetto centrale della loro riflessione o che abbiano avuto familiarità con la pratica del diritto. Sono particolarmente rari, poi, nell'epoca moderna; nel XVI secolo né Montaigne, né Giusto Lipsio, né Erasmo e Tommaso Moro, né Lutero o Calvino e perfino nemmeno Suarez si sono occupati in modo predominante di questioni giuridiche. Tutto questo è verissimo; ma se questa osservazione va presa

in considerazione per giudicare la pertinenza delle loro dottrine, essa si rivela debole: in un modo o nell'altro, hanno contato tutte nella storia del diritto. Ogni visione globale del mondo, quando riesce a trionfare in un gruppo sociale, si ripercuote sui giuristi. Non c'è nulla che sia indifferente nella storia della filosofia del diritto; nulla, nemmeno le idee religiose, le filosofie della scienza o dell'economia o della politica.

Ed ecco dunque che cominciamo a prendere in considerazione, sulla falsariga dei manuali di storia della filosofia ed anche di storia della letteratura, le grandi correnti di pensiero del XVI secolo, chiedendoci che frutto ne abbiano tratto i giuristi. In questo caso più che mai siamo condannati a procedere solo per sondaggi e a rinunciare ad ogni completezza. Sceglierò dunque di far riferimento solo a tre ambiti significativi per la filosofia del diritto, la Riforma protestante, il movimento d'idee della Controriforma cattolica e l'umanesimo (riassumendo in questo termine le tendenze della letteratura *profana* dell'epoca rinascimentale). Se ne avremo il tempo, daremo anche uno sguardo a qualche opera di giuristi, come Budé, Hotman, Doneau, Bodin, Althusius, dato che una buona parte del pensiero giuridico del XVI secolo è già sotto l'influenza della filosofia umanistica e delle nuove idee religiose. Del resto la scelta delle opere non ci interessa poi molto, dato che lo scopo del nostro studio è più filosofico che storico e che nelle epoche più diverse ci ritroviamo sempre di fronte al medesimo tipo di controversia teorica ed è proprio di ciò che dobbiamo prendere consapevolezza. E a ciò si può arrivare a partire da qualsiasi autore. E forse ciò di cui io vado alla ricerca è, prima di ogni altra cosa, il segreto del diritto naturale: per raggiungerlo, non è sufficiente leggere Aristotele o San Tommaso, il cui pensiero è ormai troppo difficile perché lo si comprenda a prima lettura. È quindi opportuno conoscere bene anche coloro che hanno combattuto, tradito o deformato questo pensiero, rendendocelo estraneo e difficilmente comprensibile. E di questo tipo fu la maggior parte del lavoro filosofico-giuridico del XVI secolo.

Parte prima
LA RIFORMA PROTESTANTE

INTRODUZIONE

Anche in questa sezione la letteratura a sfondo religioso fa la parte del leone. Non ci si deve sorprendere: non è stata solo la filosofia medievale a svilupparsi in simbiosi coi dogmi del cristianesimo. Il XVI secolo è ancora un secolo che vive nella fede e che tende a ricondurre ogni dimensione della realtà all'interno di una cornice di fede. Anche quando la filosofia riuscirà a conquistare quell'autonoma esistenza che le veniva negata di solito dall'università medievale (l'autonomia della filosofia è raggiunta da Montaigne e conquistata saldamente solo da Cartesio), non perciò rescinderà i suoi nessi con la teologia; il pensiero avrebbe altrimenti perduto ogni sua coerenza. È del resto manifesto che la storia deve reintegrare - se vuol essere veritiera e sfuggire alle deformazioni e alle gravi falsificazioni che da Voltaire in poi ha subito ad opera dei pregiudizi del laicismo - la dimensione religiosa e teologica. E forse non solo la storia...

In ogni caso, la lacerazione religiosa del XVI secolo è ricca di incidenze sul diritto. Siamo di fronte ad uno dei punti nodali della scienza del diritto comparato. Il mondo occidentale si divide, nel cinquecento, in grandi nazioni cattoliche (Francia, Spagna, Italia) e in paesi soprattutto protestanti, sia luterani (Germania, paesi scandinavi), sia calvinisti (Paesi Bassi, Svizzera, parte della valle del Reno, Scozia, parte degli Stati Uniti). Gli uni e gli altri paesi non hanno più lo stesso modo di considerare il diritto. Si potrebbe capire molto dei sistemi giuridici di questi diversi paesi, se si arrivasse a mettere del tutto in chiaro le implicazioni del luteranesimo, del calvinismo e delle altre correnti protestanti in tema di diritto.

Per la verità, fare un quadro di simili influenze religiose sul diritto non può che essere un'impresa immensa e che comunque esorbita dai limiti della nostra. La carta religiosa dell'Europa a partire dal cinquecento è terribilmente intricata. Bisognerebbe registrarvi non solo le grandi confessioni religiose che ho appena ricordato, ma anche tantissime altre, dato che a partire dal XVI secolo si è avuta un'incredibile proliferazione di chiese e sette cristiane. Prendiamo per guida l'opera fondamentale di Troeltsch, *Die Soziallebren der christlichen Kirchen und Gruppen*. L'attenzione del comparatista (ed anche dello storico della filosofia del diritto) deve necessariamente rivolgersi all'*anglicanesimo*, questa forma di compromesso tra la Riforma e il cattolicesimo e che conserva altresì le tracce della rinascenza umanistica; c'è stata in Inghilterra nel XVI secolo un'ammirevole cultura biblica e non credo che si possa capire né Hooker, né Hobbes, né Locke se non vi si fa riferimento. Analogamente, ho la sensazione che il considerevole successo del movimento *anabattista* nell'Europa centrale è una delle fonti delle future dottrine liberali ed anche di un certo idealismo. Ma perfino all'interno delle chiese calviniste e luterane, quanti gruppi andrebbero distinti! Non si può non registrare il fatto che i calvinisti francesi, scozzesi o americani si sono largamente allontanati dall'insegnamento di Calvino in materia di politica e diritto o che i Paesi Bassi, al

tempo di Grozio, si sono lacerati tra la setta *arminiana* (quella cui appartenne Grozio, meno rigorista e più tollerante) e gomarista. Ci sono altrettante diversità nel luteranesimo. Nella Germania luterana, ancora durante la vita dello stesso Lutero, un Melantone reintroduce nelle scuole buona parte della scolastica cattolica tradizionale, il che di certo non si armonizza perfettamente con gli insegnamenti del riformatore. E questa scolastica dominerà a lungo nella pedagogia tedesca. Melantone sostiene una teoria delle fonti del diritto che, secondo alcuni, sarebbe tomista (anche se non ne sono del tutto sicuro), ma comunque ben lontana da quella di Lutero e che ebbe un gran successo in Germania. Ecco un personaggio che non potrebbe essere trascurato da chi volesse studiare la storia del pensiero giuridico tedesco! Perfino nel mondo cattolico non c'è uniformità; vi si danno anche casi di penetrazione di correnti di idee protestanti: per fare un solo esempio (e per andare al di là di qualche decennio dalle frontiere che ci siamo prefissati per il corso di quest'anno) gli storici del diritto francese devono tenere in particolare considerazione il *giansenismo*, che è penetrato in profondità nel mondo giuridico francese, portandosi dietro tutte le sue matrici di carattere protestante. Carbonnier ha mostrato di recente che anche il Codice civile francese contiene tracce profonde di giansenismo. E si potrebbero portare ancora altri esempi.

Il nostro lavoro non è di diritto comparato, né di storia del diritto. Dobbiamo pertanto necessariamente scegliere in questa vasta letteratura religiosa del XVI secolo. Sacrificheremo ciò che ci sembrerà meno importante. In primo luogo ritengo opportuno parlarvi di *Lutero*. Più di ogni altro autore luterano, Lutero stesso mi sembra che interessi la storia della filosofia del diritto; anche se si pensa che è stato Melantone a dare del diritto una dottrina ben più completa e coerente e che l'educazione ufficiale dei giuristi nella Germania moderna va fatta risalire al pensiero di questo, più che a quello di Lutero, resta il fatto che il vero innovatore nel campo delle idee è stato Lutero; e che, in un lungo periodo, ciò che dà i tratti distintivi alla filosofia del diritto tedesca moderna è, più che l'insegnamento degli specialisti in questioni giuridiche, la teologia di Lutero, questa nuova fede, cui i fedeli della Chiesa luterana si abbeverano fin dalla più tenera età. E per la stessa ragione scelgo di studiare, subito dopo quello di Lutero, il pensiero di Calvino.

Capitolo primo
LUTERO E IL DIRITTO

I. *Introduzione*

1. *Elementi biografici*

Vorrei, per cominciare, fornire alcune notizie elementari sulla vita di Martin Lutero. È una vita che ha attirato molte volte l'interesse dei biografi.

L'uomo che doveva rivoluzionare la vita della Chiesa nacque da povera famiglia di minatori in Turingia, nel 1483. Dopo aver compiuto buoni studi, che in un certo momento parvero anche orientarsi verso il diritto, Lutero si fece *monaco* nel convento degli agostiniani ad Erfurt. Continuò nel convento gli studi teologici, in un'atmosfera dominata dal nominalismo (ed influenzata in particolare dal pensiero di Gabriel Biel, ritenuto comunemente un seguace di Occam). Nel 1508 a Wittenberg Lutero è già maestro ed insegna la Bibbia e le epistole di San Paolo (e per qualche tempo anche l'*Etica* aristotelica). Non c'è nulla, fino a questo punto, che non sia molto comune in questa carriera. Ma Lutero comincia ad attraversare una crisi religiosa e diviene ansioso per la sua salvezza eterna. Nel 1512 si situa il famoso episodio della torre; in un'improvvisa rivelazione, Lutero trova la risposta ai suoi problemi: l'uomo non riceve la salvezza per le sue *opere*, per i meriti che avrebbe acquisito mediante la sua condotta morale. Al contrario, egli è giustificato, secondo le affermazioni di San Paolo, unicamente per la *fede*, per la fiducia in Cristo e per i soli meriti del Cristo. Il principio *della giustificazione per mezzo della fede*, e non per mezzo delle opere, viene a costituire, come dicono gli studiosi tedeschi, il «principio materiale della Riforma».

Solo successivamente si determina la rottura di Lutero con la Chiesa di Roma. L'occasione è fornita dalla questione delle *indulgenze*, rievocata da Sartre in *Le Diable et le Bon Dieu*. In tutta la Germania comincia la vendita delle indulgenze, per rimborsare l'acquisto dell'arcivescovado di Magdeburgo da parte di Alberto di Hohenzollern, aiutato dai banchieri Fugger, ed anche per compensare le spese effettuate per la costruzione della nuova basilica di San Pietro a Roma. Come se i meriti acquistati col pagamento delle indulgenze potessero procurare la salvezza eterna! Lutero affigge sul portale della cattedrale di Wittenberg, nel 1517, le sue tesi contro le indulgenze. Quest'iniziativa provoca, dopo qualche negoziato (in cui intervenne anche il Cardinale Gaetano, il commentatore della *Summa* di San Tommaso) la condanna di Lutero da parte del papa, con la bolla *Exsurge Domine* del 1519. Lutero viene convocato alla dieta di Worms, presieduta dal giovane imperatore Carlo v (1521). Ma Lutero rifiuta il giogo della Chiesa cattolica; brucia simbolicamente la bolla che lo condanna e le Decretali di Roma (1520). All'autorità gerarchizzata del clero romano, egli oppone quella della Bibbia. Questo rifiuto dell'autorità ecclesiale e quest'appello alla Sacra Scrittura, interpretata individualmente come l'unica fonte della dottrina cristiana, costituiranno, per utilizzare ancora un modo di dire degli studiosi tedeschi, il «principio formale» della Riforma.

«Un destino, Martin Lutero», ha scritto Lucien Febvre per riassumere il prosieguo della vita del riformatore. La rivolta di Lutero si intreccia con un insieme di forze che proprio in quel tempo si levavano in Germania contro il fiscalismo romano, contro la gerarchia cattolica, contro la scolastica; e furono queste forze, checché se ne voglia dire, che spinsero questo monaco ad essere non semplicemente il continuatore di una delle innumerevoli eresie che pullularono nel Medioevo, ma il fondatore e il capo di una nuova chiesa. Il personaggio Lutero, infatti, non si condensa nel solo uomo Lutero, ma in tutto un mondo che lo spalleggia e gli fa eco e dà consistenza alle sue imprese. L'elettore Federico il Saggio gli dà riparo nel castello della Wartburg, in cui Lutero perfeziona la sua dottrina. Il luteranesimo viene rapidamente accettato dalla maggior parte degli stati tedeschi; e di questa nuova società che ha reciso i suoi legami con l'autorità romana Lutero si trova ad essere la guida. Guida spirituale: egli scrive numerose opere che definiscono la sostanza della nuova fede: la *Libertà del cristiano*, la *Lettera alla nobiltà tedesca*, il *De votis religiosis*, la *Cattività babilonese*, il catechismo, i corali; traduce in tedesco la Bibbia. Ma funge anche da guida temporale: la società del tempo è abituata a non poter fare a meno delle direttive degli uomini di Chiesa e Lutero è responsabile del prodigioso movimento che egli ha innestato. È per questo motivo che egli è costretto a prendere posizione nella questione dei *contadini*, che si erano rifatti alle sue idee nel ribellarsi contro i loro signori; Lutero si schiera dalla parte di questi ultimi e condanna le rivolte. Analogamente, si invischia in questioni giuridiche e politiche, in ordine alle quali scrive opere notevoli: il grande trattato sull'autorità secolare (*Vom weltlichen Obrigkeit*), l'*Esortazione alla pace*, contro le orde criminali e ladronesche dei contadini in rivolta, diversi altri trattati sul commercio, sull'usura, un parere sul divorzio richiestogli da un principe tedesco, ecc. Questo monaco, in origine del tutto estraneo a questo tipo di questioni, viene a trovarsi per la forza delle circostanze costretto a costruire una dottrina del diritto.

Verso la fine della sua vita, i dogmi della nuova chiesa sono proclamati solennemente nella *Confessione di Augusta* del 1530: si tratta di un testo redatto da Melantone, amico di Lutero e in pieno accordo con lui. Vengono istituite nuove scuole per rimpiazzare le vecchie scuole cattoliche, con il decisivo aiuto di Melantone. Sono così poste tutte le fondamenta per una nuova società cristiana.

2. *Gli studi su Lutero e il diritto*

Si assiste oggi ad una ripresa di interesse per le dottrine politiche e giuridiche di Lutero. Il fatto è che la filosofia del diritto non ha mai cessato, neppur oggi, di essere strettamente legata alla teologia: ce ne siamo bene accorti in occasione del colloquio di Strasburgo su *La Rivelazione e il diritto*. Del resto anche le Chiese tendono nuovamente a interessarsi di questioni giuridiche. Ciò spiega il pullulare di studi recenti su Lutero e il diritto.

Per quanto mi concerne, non mi fido del tutto degli studi che sono stati fatti su Lutero e il diritto. I teologi, e mi riferisco in particolare ai teologi di oggi, non hanno generalmente alcuna conoscenza del diritto; e per la verità non è affatto verso il diritto che si dirige la loro attenzione. Sotto l'ingannevole titolo di *diritto naturale*,

essi studiano per lo più la *legge* naturale morale (ed è questo un rimprovero che muovo anche ai teologi cattolici che studiano il pensiero di San Tommaso). E forse sono più vicini alle preoccupazioni proprie di Lutero adottando nello studiarlo la prospettiva della teologia morale più che quella della storia del diritto. Ma la nostra prospettiva è diversa; il nostro obiettivo è quello di collocare il pensiero di Lutero nella storia della filosofia del diritto propriamente detta.

È per questi motivi che pur utilizzando gli studi più recenti in materia (e in particolare quello di Ernst Wolf) farò soprattutto riferimento alle stesse opere del riformatore. Di recente la casa editrice Labor et Fides, di Ginevra, ha pubblicato una traduzione francese di tutte le opere di Lutero. Il quarto tomo di quest'edizione (1960) raccoglie quasi tutti gli scritti che interessano il diritto. Ve ne raccomando la lettura.

Dopo questa premessa, dico subito che Lutero mi sembra che sia stato uno degli artefici del passaggio dalla filosofia classica del diritto naturale alla filosofia moderna, anzi una delle forze principali che hanno effettivamente concorso a realizzare questo risultato. È questo il motivo per cui ho deciso di parlarvi di Lutero, a preferenza di altri autori, anche più vicini all'esperienza giuridica; con Lutero ci troviamo di fronte ad un pensatore che non si limita a ripetere cose già dette, ma che porta un nuovo contributo alla storia del pensiero.

È anche vero che molti degli studi più recenti in materia ci pongono davanti a giudizi più sfumati, o anche nettamente contrari a quello che vi ho appena prospettato. Ed è anche vero che alcuni testi scritti da Lutero possono essere utilizzati per confutare la mia interpretazione. Del resto, il pensiero di Lutero non è mai univoco. È una conseguenza del suo modo di scrivere: violento, libero, impulsivo, ricco di battute contraddittorie. Lutero è un grande scrittore, che ricorda lo stile di Rabelais e che trovo di più gradevole lettura di quanto non lo siano le dotte esposizioni dei suoi commentatori. Ma la sua ultima preoccupazione è la coerenza dottrinale. Non è affatto un intellettuale, ma piuttosto un profeta che ha ricevuto un'illuminazione spirituale, peraltro del tutto anti-intellettualistica. Per di più, Lutero non si interessa al diritto che in via del tutto marginale. Lo constateremo subito. È ben possibile, quindi, che gli capiti, quando tratta queste materie per lui sordide e secondarie, di ripetere occasionalmente, negligentemente, formule proprie della vecchia scolastica giusnaturalistica. Ma non dobbiamo commettere l'errore di dar troppo peso a quelli che per Lutero non erano che dettagli insignificanti. Non sono i testi specificamente relativi al diritto, che ci riveleranno il meglio del pensiero di Lutero su questa materia, tanto più se li si prenderà in considerazione con una letterale reverenza. Collazionare tutti i passi degli scritti del riformatore, in cui grazie a qualche indice troviamo citata la parola diritto o l'espressione diritto naturale, e ricostruirne la dottrina a partire da questi testi isolati, è un metodo amato dagli eruditi tedeschi, ma non è il nostro. Noi andremo alla ricerca delle vere intenzioni di Lutero, del fondo del suo pensiero, di ciò che esso significa, di ciò che implica la sua *teologia* in ordine alla concezione del diritto. È infatti nella teologia che egli ha messo tutto se stesso; ed è la teologia, la dottrina religiosa di Lutero, che ha infiammato le anime dei tedeschi.

Anche se questo punto è molto discusso (e dovremo tenerne conto), da parte mia penso che siano tre le conseguenze della rivoluzione religiosa promossa da Lutero: una svalutazione del diritto (che è la chiave di tutto il resto); il rifiuto del diritto naturale classico; la sostituzione di questa antica prospettiva filosofica con una forma particolarmente dura di positivismo giuridico. -

II. *La svalutazione del diritto*

Come abbiamo già detto, Lutero dedica alle questioni giuridiche una attenzione molto limitata e fondamentalmente critica. È solo per la forza delle circostanze (come la guerra dei contadini, o la necessità di fornire in tempi brevi al popolo luterano un surrogato delle vecchie direttive provenienti da Roma) che egli fu costretto ad occuparsi di faccende secolari. E per di più lo fece con reticenza: «Il Vangelo, come lo leggo io, non ha nulla a che vedere con le cose temporali di questo mondo. Esso si rivolge unicamente alle anime; e non è certo compito mio sbrogliare o favorire gli affari temporali; per questi scopi esistono persone che ne hanno la vocazione, l'imperatore, i principi, le autorità. E la fonte a cui questi devono attingere la loro saggezza non è certo il Vangelo».

Questa caratteristica assenza di interesse da parte di Lutero per il diritto non ci deve indurre però a trascurarne il pensiero; essa, anzi, è in fondo rappresentativa di una delle più significative tendenze della filosofia giuridica moderna. Né Hobbes, né Locke, né Hume, né Kant (che sono senza dubbio i grandi maestri del pensiero giuridico moderno) hanno mai fatto del diritto l'oggetto principale del loro interesse; sono stati indubbiamente ben più attratti dalla politica, dall'economia o dalla morale. Giungerei perfino a ritenere che il fondamento della filosofia giuridica moderna è il disprezzo per il diritto.

Quel che abbiamo appena detto può suonare come un paradosso: va considerato allora come titolo sufficiente per guadagnarsi un posto nella storia della filosofia del diritto il fatto di non volersene occupare? Ci sono molti altri studiosi, chiunque potrà se vuole enumerarli, che non hanno mai avuto altri interessi scientifici se non per il diritto. È indubbio, ma è anche ben dimostrabile che costoro non sono mai riusciti ad imporre a un più vasto pubblico la loro visione del mondo. E va comunque anche detto che tra i grandi filosofi, quelli che sono effettivamente riusciti a far trionfare almeno temporaneamente la loro visione del mondo, non tutti hanno avuto la stessa avversione per il diritto. È stato questo il caso, tanto per fare un esempio, di Platone ed Aristotele.

Ed è stato altresì il caso della filosofia dominante a partire dal XIII secolo, nella Chiesa medioevale. La chiesa cattolica era fortemente *giuridicizzata*; sotto questo profilo era veramente *romana*. Grazie allo sforzo dei canonisti, essa aveva insomma integrato il diritto nella sua essenza. E San Tommaso aveva dato a ciò il suo contributo. E il diritto, il vero diritto, concepito come lo concepivano i giuristi romani, si situava all'interno del cattolicesimo a uno dei vertici dell'attenzione e del rispetto universali; la tendenza non era affatto di trattarlo come un valore trascurabile, ma al contrario come un valore fondamentale, in quanto proveniente da una fonte divina. Questo era l'insegnamento dei teologi ecclesiali, in ogni modo

di quelli di scuola tomista: il diritto era concepito come l'ordine voluto e pensato da Dio per l'insieme della sua creazione (anche se San Tommaso riconosceva il carattere laico, profano, delle fonti di *conoscenza* del diritto).

Lutero si oppone a questo giuridismo. Ha un valore simbolico il fatto che il libro dato alle fiamme per suo ordine, all'inizio della sua rivolta nel 1520, sia stato il volume delle *Decretali*. Nel pensiero luterano il diritto perde tutto il prestigio di cui godeva prima. Il mio scopo è quello di cercare nella teologia di Lutero le ragioni di questa perdita di prestigio; in seguito cercheremo di definire la nuova concezione del diritto, la concezione propria di Lutero, una concezione ristretta, limitata, svalutata.

1. *La negazione del valore religioso del diritto*

Il «principio materiale» della Riforma, per usare di nuovo la brutta espressione di origine tedesca, sta in ciò: l'uomo non può essere giustificato grazie alle sue opere, ma solo per fede. Non hanno alcun valore giustificativo né le pratiche religiose, come l'acquisizione di indulgenze, e nemmeno le pratiche morali, come l'astensione dal furto, dalla menzogna, dalla fornicazione. Lutero prende così di contropiede le prediche abituali dei teologi cattolici e soprattutto quelle della scuola di Gabriel Biel, che aveva fortemente accentuato il ruolo della condotta umana, della buona volontà dell'uomo per il conseguimento della salvezza. Fondandosi sull'*Epistola ai Romani*, su Sant'Agostino e sulla polemica mossa da questo contro Pelagio, Lutero insegna che l'uomo è salvato unicamente dalla misericordia gratuita che Dio gli concede; da parte dell'uomo basta la sola fede. La celebre lettera a Melantone esprime questo tema agostiniano nel modo diretto e brutale che è proprio dello stile di Lutero: «Sii pure un peccatore e pecca pure fortemente, ma abbi fiducia e stringiti con maggior forza ancora al Cristo ... Fino a quando l'uomo abiterà l'uomo, bisogna che esista il peccato ... Ci basti aver riconosciuto l'Agnello che toglie i peccati dal mondo; il peccato non potrà più allora allontanarci da lui, anche se fornicheremo mille volte al giorno ...». *Pecca fortiter sed fortius fide et gaude in Christo*. Altrove Lutero si vanta di commettere di quando in quando un bel «peccatone», di ubriacarsi o di prorompere in espressioni oscene «per sfidare il diavolo». Si riscontra nella prospettiva di Lutero una risoluta indifferenza nei confronti della morale, di quella morale più pagana che cristiana, quanto alle origini, che la scolastica medievale aveva integrato nelle *Summe* di teologia. Naturalmente l'insegnamento di Lutero non consiste nell'esortare gli uomini a trasgredire i comandamenti di Dio; il punto è che per lui l'ubbidienza alla Legge non ha alcun valore religioso. L'ubbidienza non ha più alcuna funzione nell'economia della salvezza.

Ora, tra le opere morali, il primo posto era occupato dalle opere della *giustizia*. Parliamo di quella virtù morale, così come l'avevano concepita i pagani e che la *Summa* di San Tommaso aveva cercato di restaurare: la virtù che ha per oggetto il dare a ciascuno il suo. Lutero non le riconosce un maggior valore, ai fini della salvezza, che non al resto della morale; le negherebbe perfino il nome di giustizia, per riservarlo alla giustizia come emerge dalla Bibbia o da San Paolo, quella che si

acquisisce per sola fede: Abramo ebbe fede e ciò gli fu imputato come atto di giustizia. «La parola giustizia, infatti, ha una molteplicità di significati; c'è una giustizia politica ..., una giustizia cerimoniale ..., una che chiameremo legale; ma al di sopra di tutte queste c'è la giustizia della fede, che è la giustizia cristiana».

Seguendo San Paolo, Lutero insegna altresì che il cristiano è libero dall'osservanza di ogni *legge*. L'unica eccezione concerne la «legge del Cristo», ma questa non è formulata, anzi è informulabile, perché interiore e soggettiva; il suo unico contenuto è la fede. Nei confronti di ogni altra legge il cristiano è profondamente libero. Lutero l'ha liberato dai vincoli del diritto canonico, così come da quelli della legge morale. L'ha reso padrone di se stesso (almeno nella sfera religiosa della vita), ha esaltato la sua *libertà*; potremmo anche dire (anticipando temi su cui ritorneremo ben presto) che almeno potenzialmente egli ha scoperto l'*Innerlichkeit*, l'interiorità, cara al pensiero tedesco, e la competenza normativa della libera soggettività. In questo Lutero è indubbiamente moderno; potremmo avvicinare il suo itinerario teoretico a quello di Montaigne e addirittura di Cartesio, che, sia pure secondo prospettive differenziate, tendono a fondare sull'io la morale (Montaigne) o tutta la filosofia (Cartesio). E per ciò che riguarda il pensiero politico e giuridico, Lutero potrebbe essere considerato vicino all'innumerevole schiera dei pensatori liberali. Una delle opere fondamentali del riformatore si intitola, non a caso, *La libertà cristiana*.

In Lutero la libertà ha spazio solo nell'ambito religioso. È solo dal punto di vista della salvezza che il cristiano è totalmente libero nei confronti di qualsiasi legge, di qualsiasi norma giuridica: dall'unico punto di vista, cioè, che è rilevante per un monaco. In una perfetta vita cristiana, il diritto non esiste nemmeno. «Se tutto il mondo fosse composto da veri cristiani, allora non ci sarebbe né necessità né bisogno ... di re, di principi, di signori, di spade ... e nemmeno del diritto». *Wenn alle Welt recht* Christen ... waren, so ware kein Fùrst, Kònig, Herr, Schwert, noch Recht, noch oder Nutze.

È chiaro quindi che il monaco Lutero, contro la tradizione cattolica, disprezza il diritto e i giuristi. Come può dopo queste premesse restare spazio nella sua prospettiva per il diritto?

2. *L'essenza del diritto per Lutero*

A questa domanda si deve dare una risposta positiva: questo spazio c'è. È anzi un aspetto ben caratteristico della dottrina luterana, il fatto che conservi uno spazio al diritto. Se Lutero si fosse limitato a predicare l'abolizione del diritto, non avrebbe fatto altro che aggiungere un esempio in più alle innumerevoli eresie che nel Medioevo avevano esaltato oltremodo il principio della libertà evangelica, seminando disordine e anarchia. Questo fu ad esempio l'esito del movimento anabattista, che si svolse durante la vita di Lutero. Contrariamente agli anabattisti, Lutero possedeva invece quel gusto, che da allora in poi si è soliti ritenere tipicamente tedesco, per un ordine sociale severo, basato all'eventualità sulla forza e sulla violenza. Forse è proprio per questo che la chiesa che egli ha fondato è riuscita a sopravvivere. Della teologia cattolica classica egli ha sempre tenuto fermo il

principio per il quale i precetti evangelici che raccomandano la dolcezza, la non resistenza al male, non concernono che l'individuo e non sono affatto rivolti all'autorità in quanto tale, al principe, al poliziotto, a colui che ha per compito (*Beruf*) di organizzare e punire. Per Lutero l'ordine è voluto dalla provvidenza, così come la forza che lo mantiene. Se alcuni filoni contemporanei del protestantesimo sono per la non violenza e addirittura per l'obiezione di coscienza, non lo sono di certo per fedeltà allo spirito di Lutero. Il riformatore ama fare l'elogio della «spada», del mestiere di soldato e perfino di quello di boia. «Dio ha tanto in onore la spada da chiamarla sua istituzione ... Infatti la mano che tale spada maneggia non è mano d'uomo, sibbene mano di Dio, né è l'uomo, ma Dio ad impiccare, a mettere alla ruota, decapitare, pugnalare ed uccidere. Sono tutte sue opere e suoi giudizi... Nell'ufficio della guerra non si deve riguardare come si pugnala, abbrucia, colpisce e depreda, poiché fanno così gli occhi dei fanciulli semplici e limitati, i quali nel medico non sanno vedere altro se non colui che taglia via la mano o sega la gamba, ma non vedono né intendono come ciò sia necessario per salvare il mondo intero. Orbene, anche nell'ufficio della guerra si deve guardare con occhio virile, vale a dire al perché di tale uccidere e ferocemente operare; allora si capirà senz'altro che ogni ufficio in sé è divino ed utile e necessario al mondo, come il mangiare e bere e qualsivoglia altra opera».

Come concilia Lutero la dottrina della libertà cristiana che egli ha elaborato con il suo amore per l'ordine? Con una considerazione molto semplice, che ben prova il suo realismo. La piena libertà cristiana vale per i veri cristiani, quelli che sono indipendenti da ogni legge e ignorano il diritto. «Se in tutto il mondo ci fossero solo veri cristiani, allora non ci sarebbe bisogno del diritto». Ma ne esistono ben pochi di veri cristiani; forse nemmeno uno solo. Il peccato ha conquistato tutta la razza umana. Accanto al regno di Cristo (altro tema agostiniano), c'è il regno di questo mondo, il governo dei malvagi, che se fosse abbandonato a se stesso si sprofonderebbe nell'abisso e si decomporrebbe. La Provvidenza opera in senso contrario.

La Provvidenza opera innanzi tutto attraverso le leggi. Infatti, se il regno dei buoni fa a meno del diritto e vive nella libertà, non si può dire la stessa cosa del regno di questo mondo. Per il governo dei malvagi Dio dà innanzi tutto un insieme di *leggi divine positive*, contenute nella Sacra Scrittura, come il Decalogo. Il cristiano non è subordinato ad esse, lo dice San Paolo; ma gli uomini non sono ancora veramente cristiani. Non prendiamo troppo alla lettera le esagerazioni dell'epistola a Melantone (*Pecca fortiter*); nei fatti Lutero ha sempre insegnato una rigorosa ubbidienza, che gli uomini in quanto peccatori devono a ogni regola di condotta contenuta nella Scrittura, sia nell'Antico che nel Nuovo Testamento. Per di più, queste regole che ci ha dato la misericordia divina sono troppo pure in rapporto alla corruzione umana sempre crescente. Il governo di Dio sul mondo si deve quindi esercitare attraverso la *legislazione dei principi temporali*. Abbiamo già visto che Lutero dice che per ciò che concerne gli affari temporali, ci si deve rimettere a coloro che ne hanno avuto la vocazione: l'imperatore, i principi, e le altre autorità; e

che la fonte da cui essi traggono la loro saggezza non è il Vangelo: «Il mondo non può essere governato in base al Vangelo; la Parola di Dio è troppo poco rispettata».

È questo, dunque, il posto che il diritto occupa nella teologia di Lutero: non viene negato in assoluto, ma svalutato, ridotto ad essere uno strumento calibrato unicamente per la vita *temporale*. Vorrei sottolineare brevemente le differenze che separano questa nuova concezione del diritto da quella del diritto naturale classico. Nella concezione luterana individueremo diversi aspetti che rimarranno caratteristici del pensiero *moderno*.

Lo *scopo* ultimo del diritto, considerato un fenomeno transitorio e assolutamente strumentale, viene ad essere la *repressione* dei peccatori per preservare un minimo di *ordine* in questo mondo. Abbiamo già notato che questa tendenza compariva già nell'agostinismo: Lutero pensa il diritto soprattutto nel suo aspetto penale e repressivo.

Da questa prospettiva è completamente scomparso un tratto tipico del diritto naturale classico; e cioè la «giustizia particolare», il «suum cuique tribuere», la ripartizione della giusta parte a ciascuno. In che modo il giurista può restare, nella prospettiva luterana, un *sacerdos justitiae*, secondo l'antica formula romana? È una formula idolatra, che rinvia ad un culto pagano. La giustizia per Lutero ha tutto un altro significato, che non può più rinviare al regno di questo mondo, in cui usualmente ha spazio il diritto. Dare a ciascuno il suo non ha alcun interesse per questo vecchio monaco, per il quale gli unici valori che contano sono quelli attinenti alla salvezza; la formula romana non significa più nulla per lui. Egli è condannato ad attribuire al diritto questa sola finalità, peraltro vaga e che egli non cessa mai di sottolineare, e cioè la salvaguardia dell'ordine temporale per la correzione dei malvagi. Quel valore eterno che era la giustizia, per Lutero non significa più nulla. In verità, egli non pensa più al diritto, ma alla morale e alla politica. E a questa interpretazione dello scopo del diritto egli è stato portato dalla tradizione della Scrittura e dal testo dell'*Epistola ai Romani*: «Non a caso il principe porta la spada: egli è ministro di Dio e opera la vendetta su chi fa il male punendolo».

L'ontologia del diritto moderno (o per meglio dire l'assenza di ontologia del diritto nella filosofia moderna) è contenuta in germe in questa riduzione del diritto ad una tecnica di repressione al servizio dell'ordine sociale e in questa spaccatura introdotta tra il diritto e la giustizia. E la teoria del diritto, la teoria delle fonti, la teoria della definizione del diritto ne subiranno il contraccolpo.

Dato che il diritto è repressivo, una delle sue connotazioni essenziali sarà quella della *sanzione*, dell'uso della forza. Ecco un altro tratto caratteristico del pensiero giuridico moderno. Agli studenti del primo anno di giurisprudenza si continua a ripetere che il diritto non è altro che l'insieme delle regole di condotta *sanzionate* dallo stato; e, in quanto sanzionate, vincolanti. Le cose erano ben diverse nel diritto naturale classico: il compito essenziale del giurista era quello di scoprire quale fosse la giusta parte che spetta a ciascun soggetto. Che poi ci fosse il bisogno di usare la forza per far rispettare la sentenza del giudice, bene, questo era un problema delle forze ausiliarie della giustizia, più che del giurista in quanto tale. Ma nella visione di

Lutero l'attività del giurista non può collocarsi che nell'esercizio effettivo della forza e della sanzione, così come è reso necessario dalla corruzione del mondo.

Lutero associa costantemente l'idea del diritto a quella della *spada*. La spada è per lui il simbolo del diritto, il segno della sua esistenza. Come abbiamo appena visto, egli ama (non senza tracce di sadismo) fare l'elogio della *spada*, almeno nei limiti in cui questa è maneggiata non da un semplice individuo che cerca di soddisfare il proprio odio o la propria personale cupidigia, ma dall'autorità pubblica, da un funzionario, da qualcuno che ha avuto questo compito, che vive per questo *Beruf*, per questa professione/vocazione. A leggere Lutero sembra che il giurista per eccellenza sia il *boia*, a tal punto la costrizione è divenuta l'elemento essenziale del fenomeno giuridico.

Ancora un'osservazione. Lutero non concepisce più il diritto come qualcosa che va *ricercata* e scoperta, come l'*id quod justum est*. Il problema per lui non è più quello di scoprire ciò che è giusto, dato che la giustizia non ha più alcun posto nell'ordine mondano e la vera Giustizia, quella che è propria del regno di Cristo, è accessibile solo alla fede e non all'intelligenza umana. Il problema è quello di far rispettare le *leggi*, sia che esse siano le leggi divine positive contenute nella Scrittura, sia che siano le leggi positive emanate dai sovrani. L'identificazione moderna del *diritto* e delle leggi positive, imposte dal legislatore, è già tutta in Lutero.

Ma qui arriviamo a toccare la questione delle fonti del diritto; la questione in ordine alla quale i giuristi interrogano i filosofi, ritenendola meno astratta e difficile di quella dell'essenza del diritto ed anche di una portata pratica apparentemente più immediata. Bisogna trattarne a parte. Il problema che ora ci deve impegnare è questo: nella prospettiva così riduttiva in cui Lutero vede il diritto, che resterà del metodo giusnaturalistico? Si può affermare che Lutero è uno dei maestri che hanno contribuito all'affermazione nel mondo moderno del positivismo giuridico?

III. *L'abbandono del diritto naturale classico*

L'atteggiamento di Lutero nei confronti del diritto naturale è al giorno d'oggi molto controverso. Tra gli studiosi del suo pensiero, ce ne sono molti che sono convinti che egli sia rimasto sostanzialmente fedele alla dottrina scolastica del diritto naturale 11. Può ben essere, come abbiamo già osservato, che a Lutero, su questi argomenti per lui in definitiva secondari, siano sfuggite espressioni riprese tali e quali dalla scolastica tradizionale, ma stiamo attenti a che gli alberi non ci nascondano la foresta. La *teologia* di Lutero, la sua visione del mondo, impongono il rigetto del diritto naturale.

Se questa verità non è riconosciuta da tutti, è perché nella cultura attuale (ma già ai tempi di Lutero) il *termine* diritto naturale manca assolutamente di chiarezza e di univocità. Lutero, certo, usa questa espressione. Ma in quale significato? È quello che dobbiamo mettere subito in chiaro, prima di mostrare come la sua dottrina escluda il diritto naturale, inteso nel suo significato autentico.

1. *In che senso Lutero usa il termine «diritto naturale»*

Non è affatto difficile mettere insieme una serie di testi in cui Lutero si è effettivamente riferito o alla legge naturale o al diritto naturale. Sono testi molto numerosi. Lutero non poteva ignorare quel passaggio dell'*Epistola ai Romani*, in cui San Paolo ha proclamato l'esistenza di una legge naturale iscritta nella coscienza di tutti, in modo tale da poter elevare a colpa dei pagani l'averla trasgredita, così come gli ebrei hanno la colpa d'aver trasgredito la legge mosaica. È certamente seguendo la dottrina paolina, che Lutero fa sua in certe occasioni la massima tradizionale, per la quale il diritto naturale è comune ai fedeli e agli infedeli.

Consideriamo gli scritti di Lutero contro i contadini e in particolare il primo di tutti: l'*Esortazione alla pace*. Lutero rimprovera ai signori (ma non troppo a lungo: si limita a tre pagine sole, mentre gli altri attacchi, ben più prolissi e violenti, andranno contro i contadini) di essere responsabili della guerra, perché han fatto leggi ingiuste e contrarie al diritto naturale. Prendiamo il trattato sul commercio e l'usura del 1529: Lutero vi riprende, con molta severità, le tesi medievali sul giusto prezzo, sull'immoralità del lucro derivante dal commercio, sulla proibizione del pegno e soprattutto dell'usura. Sono parecchi gli scritti di Lutero contro il prestito ad interesse: non è possibile ravvisarvi un fondamento giusnaturalistico?

Forse sì; ma in quale senso? Perché, ad esempio, Lutero proibisce in modo così netto l'usura e il pegno? Perché così si pronunciano i testi della Sacra Scrittura, quelli che venivano tradizionalmente citati dagli antichi canonisti, imbevuti di spirito agostiniano; di certo Lutero non si rifà, come San Tommaso, alle argomentazioni aristoteliche. Leggendo le pagine del riformatore, apprendiamo, ad esempio, che il *pegno* (una delle grandi operazioni essenziali all'attività bancaria) è proibito in base ai seguenti testi della Bibbia: Gn 43 e 44; Prov 6, 20, 22, 27; Qo 1,2 e 14; 2, 11 e 24; Lc 12, 16, 21, ecc.

È probabile che si possano pure trovare in Lutero alcune contraddizioni, in una materia come questa che non aveva ai suoi occhi che una importanza minima; e del resto Lutero consentirà che Melantone nel suo insegnamento operasse un ritorno ad alcune posizioni giusnaturalistiche tomiste. Ma in tutti i testi che ho letto la tendenza di Lutero mi sembra chiara: ciò cui Lutero si riferisce, lo chiami o no diritto naturale, è il comandamento della Scrittura. Per Lutero il diritto naturale è la legge divina rivelata, che, secondo la teologia agostiniana tradizionale, si sostituisce con vantaggio, per i giudei e per i cristiani, alla legge naturale dei pagani, promulgata anch'essa da Dio, e con il medesimo contenuto, direttamente ad ogni coscienza, ma di cui le nostre coscienze corrotte non hanno più che un'oscura conoscenza. Il diritto naturale, per noi, è dunque la legge promulgata nella Sacra Scrittura, sia nell'Antico che nel Nuovo Testamento, e in primo luogo nel Decalogo: Lutero è solito riservare il termine *diritto* ai precetti della seconda tavola, quelli che concernono la condotta sociale degli uomini, le azioni dell'uomo nei confronti del suo prossimo.

Non siamo affatto sorpresi che Lutero abbia usato in senso improprio l'espressione diritto naturale. Abbiamo già visto in precedenza quante volte questa espressione tradizionale sia stata usurpata e deformata da un grosso numero di canonisti e teologi, che di giusnaturalisti avevano l'etichetta, non la sostanza: e

questo vale a partire da Graziano, che nel primo testo del suo Decreto definisce il diritto naturale come «ciò che è contenuto nella Legge» (cioè nel Decalogo) «e nel Vangelo». Analogamente va detto per i teologi francescani, Scoto ed Occam. Lutero è stato educato in ambiente nominalistico; egli si rifà a Jean de Wesel e a Gabriel Biel e tramite costoro alla tradizione occamista. Non c'è nulla di strano, quindi, che il termine diritto naturale, una volta perduto il suo senso autentico, non evochi in lui la maggior parte delle volte null'altro se non l'*ubbidienza alle leggi* divine *positive*. Da parte mia, non amo usare l'espressione diritto naturale in un senso così scorretto e lontano dalle sue radici etimologiche.

2. *Lutero e il vero diritto naturale*

Non c'è quindi alcun dubbio che la teologia di Lutero sia strutturalmente contraria all'autentico diritto naturale, e cioè al diritto naturale classico, quello che si fonda sulla *natura* (e non direttamente sui comandamenti di Dio) e che pretende di trarre dalla natura i contenuti della scienza del *diritto* (e non *leggi* fatte e compiute).

Non c'è posto nella teologia di Lutero per l'idea secondo cui esisterebbe nella ragione divina stessa un piano di organizzazione giuridica della creazione e cioè quella legge eterna, dal contenuto peraltro non afferrabile da parte dell'uomo, che sulle tracce di Sant'Agostino San Tommaso pone al vertice del suo sistema giuridico. Credo che si possa dire che Lutero concepisce il regno di Dio (radicalmente separato, secondo lui, dal regno di questo mondo solo misticamente, come l'ambito in cui
dovrebbe esercitarsi l'assoluta «libertà cristiana» e in cui ogni altra legge sarebbe da considerare trascesa e superata, un ambito quindi assolutamente *agiuridico*. Dobbiamo lodare in Lutero il senso elevato che egli ha avuto della vita cristiana, fondata in effetti sulla fede, sulla carità e sulla libertà spirituale più che su di un ordine giuridico; ma spezzando ogni relazione - anche *analogica* - tra la perfetta vita cristiana e l'ordine giuridico del mondo, egli si è precluso ogni sintesi tra diritto naturale e cristianesimo.

Ed anche se Lutero avesse ammesso in Dio la previsione originale di un ordine della creazione, la sua teologia del peccato gli avrebbe impedito di ritenere persistente un tale ordine nell'umanità, così come essa è divenuta dopo il peccato. Infatti a seguito del peccato originale, la nostra natura per Lutero è distrutta, ancor più che malata o viziata (il che di certo non corrisponde al pensiero di San Tommaso). Non si riscontrano più nell'umanità presente quelle «inclinazioni naturali», quegli sviluppi spontanei di istituzioni pur sane, di famiglie ben costituite, di città armoniosamente strutturate, che costituivano per San Tommaso la base sperimentale della scienza del diritto naturale. Non esiste altro se non una natura corrotta. E poiché la natura è malvagia, il diritto non può prenderla a modello, ma deve andare *contro* natura.

Conclusivamente: la dottrina del diritto naturale ha come suo fondamento una certa fiducia nell'intelligenza dell'uomo. Essa presuppone che la ragione umana, compresa quella dei pagani, sia ancora in grado di discernere le istituzioni naturali da quelle che vanno contro natura; che in essa non sia spenta quella «scintilla» (o,

più propriamente, quella *sinderesi*) che le permette di discernere nelle cose il giusto dall'ingiusto.

La teologia di Lutero umilia la ragione umana. Citiamo un brano ben significativo dello stile del riformatore: «La ragione è la più grande delle puttane del diavolo ... bisognerebbe metterla sotto i piedi e distruggerla, lei e la sua saggezza. Gettarle addosso del sudiciume per renderla laida. Essa deve venir annegata nel battesimo. Meriterebbe, tanto è abominevole, di essere relegata nel luogo più disgustoso della casa, nel cesso» 16. Non si può dare vera conoscenza (conoscenza di che cosa non è molto chiaro, dato che Lutero non fa distinzioni, ma possiamo perlomeno pensare alla conoscenza del Giusto) che attraverso la fede e l'ubbidienza ai comandamenti rivelati, alle ingiunzioni di Dio (più tardi: con Kant, si dirà che l'unica possibile conoscenza del giusto è quella che deriva dagli imperativi della coscienza, dai comandamenti della ragion *pratica*, e non da quelli della ragione speculativa). Muovendosi sulle tracce ... di Lutero, una parte del pensiero tedesco finirà nell'irrazionalismo; è questa la radice della grandezza di alcuni-aspetti del genio germanico, del suo misticismo, della sua musica, della sua poesia; ma anche quella dei suoi più gravi errori. Essi derivano tutti dal disprezzo luterano per la ragione umana; tutto il pensiero di Lutero è e vuole essere irrazionalista.

Ne segue che Lutero abolisce quella fioritura umanistica che era il portato della filosofia di San Tommaso; e che in nome del cristianesimo rompe ogni rapporto con Aristotele, con questo pagano armato della sola ragione naturale. Un ritornello luterano è il seguente: «Aristotele è l'empio rifugio dei papisti. Egli sta alla teologia come le tenebre stanno alla luce. La sua etica è il peggior nemico della grazia». E San Tommaso stesso viene definito da Lutero «un grosso maiale». Ecco perché dobbiamo ritenere che il pensiero di Lutero è inconciliabile con la tradizione giusnaturalistica! Le stesse feroci critiche sono riservate dal riformatore ai giuristi romani, al diritto romano, che era stato rimesso in auge in Europa (garantendo un grande progresso dell'esperienza giuridica) grazie all'umanesimo della scolastica e alla rinascita della dottrina classica del diritto naturale.

Nella misura in cui il mondo germanico si impregnerà di spirito luterano, esso potrà anche mantenere l'etichetta del diritto naturale (come in Pufendorf e in Kant), ma ne perderà progressivamente lo spirito più autentico.

IV. *Il positivismo giuridico luterano*

Non è possibile dubitare, quindi, del fatto che Lutero non sia uno dei precursori del moderno positivismo giuridico e che nel duello senza fine che vede contrapposti da sempre giusnaturalismo e giuspositivismo egli non sia schierato dalla parte di quest'ultimo. Ma si noti che Lutero rappresenta una forma particolarmente estrema di giuspositivismo, una forma che ben risponde al suo tipo di carattere, brutale e tutto d'un pezzo, e che non a caso ha riscosso in Germania un considerevole successo.

La logica del suo sistema non può ammettere altre fonti del diritto all'infuori delle *leggi* positive. E tra queste, in primo luogo, le *leggi positive divine*. Le leggi

dell'Antico e del Nuovo Testamento, infatti, pur se non hanno alcun valore meritorio, ai fini della salvezza (dato che non hanno nulla a che fare col regno di Cristo, ma si riferiscono unicamente al governo terreno dei malvagi), non perciò son da considerare non obbligatorie. Lutero manifesta tutta la sua durezza quando impone obblighi ai suoi fedeli, come ad esempio nel caso dei commercianti; abbiamo già visto come egli interdica l'usura ed il pegno, fondandosi sulla sola lettera della Bibbia; e analogamente nel caso della rivolta dei contadini. A costoro Lutero ordina di farsi maltrattare, di accettare i saccheggi, di farsi «sgozzare» dai loro signori, di lasciar violentare le proprie figlie, di tendere l'altra guancia e di non resistere alla violenza. I precetti evangelici, quelli del sermone sulla montagna, sono infatti altrettanto obbligatori del Decalogo. E non è possibile distinguere, come fa il cattolicesimo nel desiderio di conciliare Vangelo e paganesimo (cioè Dio e il diavolo), tra i «consigli» e i «precetti». Per Lutero, quelli che comunemente vengono chiamati i consigli di perfezione (prestare senza speranza di ottenere la restituzione; lasciarsi derubare senza opporre resistenza; perdonare settanta volte sette) hanno lo stesso valore giuridico del precetto di non rubare o di non adorare gli idoli. E valgono per tutti, e non solo per quei monaci che la Chiesa cattolica vuole specializzare in uno «stato di perfezione». Lutero cancella questa distinzione (e si sa che, per «sfidare il diavolo», egli ha sposato una monaca che aveva abbandonato il convento).

È un ritorno alla Sacra Scrittura come fonte di diritto l'oggetto della prima predicazione di Lutero. Si tratta in sostanza di un ritorno alle vaghe posizioni agostiniane. In questo, Lutero partecipa a pieno alle tendenze più diffuse nel suo tempo, tutte orientate alle fonti scritturistiche, al di là del dettato delle glosse medievali e delle dottrine morali della scolastica. Nel XVI e nel XVII secolo, ci furono numerose sette protestanti, specialmente in America, che pretesero di fare della legge della Bibbia l'unica fonte del loro diritto. Sarebbe difficile negare (dal punto di vista strettamente temporale) che questo fenomeno non costituisca ai tempi di Lutero una vera e propria *regressione*. Rileggiamo, ad esempio, il *Trattato sul commercio e sull'usura* del 1524, a cui abbiamo già fatto menzione: vi si vedrà come Lutero in nome della Bibbia interdica pressoché tutte le operazioni commerciali o quelle necessarie all'attività bancaria. Rifacendosi alle idee più ristrette, più arcaiche, più antieconomiche del Medioevo, egli dimostra che il commercio è un peccato ben più grave del latrocinio. Lutero reclutava la sua clientela più tra i signori feudali amanti della guerra e del saccheggio che presso i banchieri. Egli non amava la banca dei Fugger, che si era alleata con Roma contro di lui nella vicenda delle indulgenze, né il nuovo mondo dei commercianti. Il cattolicesimo tomista (e, come vedremo presto, anche il calvinismo) sapevano dare risposte migliori ai problemi dell'economia.

Peraltro Lutero è uomo troppo di buon senso per credere che la Scrittura da sola possa dar sostanza al diritto. Come la vecchia Torah ebraica, troppo arcaica e calibrata su altre situazioni sociali, così anche il Vangelo non riesce alla bisogna, ma per altri motivi: i suoi precetti sono troppo puri, per un mondo di malvagi, che oltre tutto non li rispettano affatto; per di più Lutero è convinto che il diritto ha solo una

funzione repressiva e che non può esistere se non è coattivo; il che non può dirsi dei precetti evangelici. *Die Welt kann nich nach dem Evangelium regiert werden; dazu ist das Wort zu gering geachtet*: «il mondo non può essere governato dal Vangelo, perché la Parola (di Dio) non è sufficientemente ascoltata». Io non credo che i testi divini positivi corrispondano nella prospettiva di Lutero alla nozione piena di diritto (ma solo a ciò che egli chiama «diritto naturale»); le vere fonti del diritto effettuale che regge il mondo sono le *leggi positive umane*. Nella teoria delle fonti del diritto bisogna dunque far riferimento alle leggi positive promulgate dai sovrani.

1. *La dottrina politica di Lutero*

Cominciamo coll'esaminare il pensiero politico di Lutero. Forse si può dire che Lutero è autore, più che di una dottrina giuridica, di una dottrina politica. Potremmo anche dire la stessa cosa per la maggior parte dei filosofi che hanno influenzato la dottrina giuridica moderna: per costoro il diritto non era altro che una dimensione accessoria della politica, la dimensione finalizzata specificamente a strutturare l'ordine pubblico. Anche su questo aspetto del pensiero luterano, la bibliografia è abbondante.

Ovviamente la dottrina luterana dello stato si fonda integralmente sulla Scrittura, o per essere più precisi su alcuni testi scritturistici: tra questi non figura certamente il *Tu es Petrus*, al quale Lutero non dedica la considerazione che ad esso avevano riservato i canonisti medievali. I testi essenziali per Lutero sono di San Paolo, Rm 13, 1-8 (con l'analogo testo di 1Pt, 2, 13-18) e che si condensano nell'*omnis potestas a Deo*.

«Ciascuno stia sottomesso alle autorità costituite; poiché non c'è autorità se non da Dio e quelle che esistono sono stabilite da Dio. Quindi, chi si oppone all'autorità, si oppone all'ordine stabilito da Dio. E quelli che si oppongono si attireranno addosso la condanna».

«Vuoi non aver da temere l'autorità? Fa' il bene e ne avrai lode, poiché essa è al servizio di Dio per il tuo bene. Ma se fai il male, allora temi, perché non invano essa porta la spada; è infatti al servizio di Dio per la giusta condanna di chi opera il male».

Qui si tratta dell'autorità del principe secolare; agli occhi di Lutero, infatti, quella del papa non ha alcun fondamento scritturistico. Ma l'autorità secolare è fondata da Dio; è per suo mezzo che Dio ha provveduto a che i malvagi avessero un governo, a che lo avesse il regno di questo mondo. La legge divina, dunque, ci ordina di ubbidire al principe secolare, ai suoi comandi, alle sue leggi.

Su questo punto esistono brani molto suggestivi nell'opera di Lutero. Ad esempio nel grande trattato *Von weltlichen Obrigkeit*, dedicato all'autorità temporale e ai limiti dell'ubbidienza che le si deve, Lutero non esita a stabilire limiti ben netti: l'autorità temporale non ha alcuna competenza sulle coscienze, poiché la *spada* non ha il potere di costringere le coscienze. Due secoli più tardi ritroveremo in Kant lo stesso argomento. L'autorità temporale, però ha secondo la Scrittura una potestà illimitata sulle azioni esterne degli uomini, anche in ciò che concerne l'esercizio *esterno* del culto. In Germania, quindi, saranno i principi che imporranno ai sudditi

il culto e che decideranno di espellere, una volta schieratisi dalla parte di Lutero, i partigiani del papa dalle loro terre.

Vanno lette anche con particolare attenzione le pagine scritte da Lutero «contro le empie e scellerate bande dei contadini». I contadini si sono ribellati, in nome del Vangelo, illudendosi di poter godere dell'appoggio di Lutero, contro ordini che lo stesso Lutero riteneva ingiusti.

Ma come ben si sa, Lutero ha scelto il partito dei signori contro quelli dei contadini in rivolta. Con un'incredibile violenza, egli stigmatizza l'audacia che essi hanno avuto nel pretendere di ribellarsi in nome del Vangelo, mentre il Vangelo non conosce altro valore se non l'ubbidienza. «In terzo luogo [quelli della mia generazione ritroveranno in Lutero qualcosa dello stile di Hitler, ovviamente con tutte le differenze del caso]: Sì, voi dite, troppo malvagia e insopportabile è l'autorità, perché non vogliono lasciarci il Vangelo e con troppa durezza ci impongono aggravi nei beni temporali, rovinandoci così nel corpo e nell'anima. Rispondo: l'essere l'autorità malvagia e ingiusta non giustifica il brigantaggio né la sedizione, perché non spetta a chiunque punire il male, ma solo all'autorità temporale che tiene la spada, come dice Paolo (Rm 13, 4)». «Insorgendo, i contadini hanno usato come pretesto il fatto che i loro signori si rifiutavano di predicare il Vangelo, scorticavano la povera gente e perciò era necessario abbatterli. Ma io ho risposto in questo modo: anche se i signori hanno commesso ingiustizia, non è affatto giusto né equo commettere un'altra ingiustizia e cioè disubbidire e distruggere l'ordine che è stato stabilito da Dio e che non ci appartiene; bisogna, al contrario , soffrire l'ingiustizia e se un principe o un signore non vuole accettare il Vangelo, bisogna recarsi in un altro principato, in cui il Vangelo è predicato, così come ha detto il Cristo: se vi perseguitano in una città, andatevene in un'altra». Non c'è più, insomma, «diritto di resistenza». Non è forse vero che il Vangelo non insegna la resistenza? E non diciamo, come i teologi cattolici, che questi non sarebbero che «consigli». Non c'è alcuna differenza tra i consigli e i «precetti».

Lutero esorta i signori a depredare, impiccare, sgozzare, suppliziare ... E fa l'apologia della spada e del boia, come abbiamo appena visto. Questa è la teoria luterana delle fonti del diritto.

2. *La concezione della legge positiva*

È ormai chiaro quale abisso separi la concezione luterana della legge positiva da quella del diritto naturale classico. Per Aristotele e per San Tommaso la legge positiva (che certamente giuoca un ruolo capitale nella vita del diritto) non ha validità che nella misura in cui adempie effettivamente al proprio compito, che è quello di realizzare ciò che è giusto. Essa non merita nemmeno il nome di legge sé non per il fatto che il suo contenuto resta all'interno del quadro del diritto naturale. «Una legge ingiusta non è legge. L'autorità dei testi legislativi non è mai di conseguenza *incondizionata*.

Lutero ha un'altra idea della legge positiva. Anch'egli, ovviamente, non vuole che leggi giuste. L'abbiamo visto criticare, anche se frettolosamente, le leggi ingiuste dei principi. Egli dà loro il consiglio di legiferare non in conformità al diritto naturale -

dato che il principe governa *contro* la natura corrotta dell'uomo -, ma in conformità agli ordini di Dio: «il principe è ministro di Dio, per far vendetta dei malvagi e punirli». Lutero, alla maniera agostiniana, concepisce l'autorità come finalizzata alla realizzazione della legge divina.

Ma a parte il fatto che la Sacra Scrittura, che contiene precetti morali, è estremamente povera di soluzioni giuridiche e rischia sotto questo profilo di lasciare al legislatore umano e al suo arbitrio un campo vastissimo di intervento incontrollato, sta di fatto che la giustizia della legge non è più condizione della sua validità. Voglio riferirmi almeno alla giustizia del suo *contenuto*: ciò che avrà rilievo, d'ora in poi, sarà - per esprimerci ancora una volta alla maniera tedesca - la sua giustizia *formale* e cioè il suo essere promulgata dall'autorità. Ogni legge deve essere ubbidita perché è il comandamento del sovrano e poiché l'autorità del sovrano è di diritto divino. Il fatto che le leggi che i signori avevano emanato contro i contadini fossero ingiuste non le rendeva per nulla meno *valide*. Anche il «Turco» deve essere ubbidito, - ripete spesso Lutero. Guardiamo come Lutero, nello scritto sulle genti di guerra, riprenda a modo suo la questione della guerra giusta. Che differenza col trattato di San Tommaso! La giustizia della guerra non sta più nel fatto che per mezzo di essa si «risponde a un'offesa». Nella dottrina luterana vengono distinte tre ipotesi: quella per cui la guerra è condotta da un superiore contro un inferiore, da un inferiore contro un superiore, o sia invece combattuta tra eguali. In tal modo la soluzione è già precostituita; i contadini hanno torto, i loro principi hanno ragione; il superiore ha sempre ragione, anche se fosse il «Turco».

Allo stesso modo, la legge vale per la fonte da cui promana, quale che sia quanto al resto il suo contenuto. Lutero non si preoccupa affatto di quello che costituiva l'assillo dei giusnaturalisti, e cioè che il testo legislativo sia conforme alle direttive della dottrina; egli odia i giuristi, i canonisti, i romanisti, gli studiosi zelanti di quella falsa scienza che è la giustizia dei pagani. Lutero non si preoccupa affatto della razionalità della legge, è troppo irrazionalista per farlo; i suoi alleati sono nobili privi di cultura o i rozzi intendenti delle corti signorili, o il grossolano buon senso popolare: non certo i giuristi colti. Questo suo stato d'animo raggiunge il vertice nell'elogio che egli fa dell'equità.

Anche l'equità infatti è uno di quei temi luterani, di cui è molto importante afferrare il senso specifico. Alcuni interpreti moderni mi sembra che al riguardo abbiano preso degli abbagli. In apparenza, su questo punto sembra che ci sia stata una possibilità di incontro tra Lutero e gli umanisti, che erano tutti grandi partigiani dell'equità «ciceroniana». *Summum jus, summa iniuria*. Questo famoso assioma, ripreso da Cicerone o da Terenzio, si trova in Lutero. È anche molto caro alla scuola di Erasmo da Rotterdam. L'equità, in greco *epieikeia*, ma anche *ison*, era già un tema tipico della dottrina aristotelica e tomista. Ma ci sono modi molto diversi, ed anche opposti, di intenderla. Per il diritto naturale classico, essa significa essenzialmente che il giudice andrà alla ricerca della giustizia, concepita come tentativo razionale di stabilire un'*eguaglianza* o un'esatta proporzionalità (eguaglianza proporzionale) alla maniera di Aristotele. È in questo senso che i romani intendevano l'*aequitas* e dopo di essi la maggior parte degli umanisti.

L'equità costituisce insomma, da parte del giudice della dottrina che lo orienta, uno sforzo per elevarsi ad una giustizia migliore di quella cui può giungere il testo generale ed astratto della legge. Altra cosa è quella che a volte viene chiamata «l'equità cristiana»: una correzione della legge non in nome della giustizia, ma in quello della grazia, della pietà, della misericordia: insomma, una subordinazione della giustizia alla carità. Questa doveva essere la pratica del diritto della Chiesa, secondo il parere degli antichi canonisti ancora attaccati all'agostinismo, come lo stesso Graziano, anche se costui non usa affatto il termine equità per esprimere questo concetto. Altra cosa ancora l'equità nella prospettiva di Lutero, anche se evidentemente egli ne deriva il concetto da quello dell'«equità cristiana».

Lutero non perde mai occasione di raccomandare il ricorso all'equità, a quell'equità che consiste per il sovrano nel trascendere le formule generali della legge: «Proprio come un padre di famiglia, che pur avendo stabilito a figli e servi il tempo e la misura del lavoro e del cibo, tuttavia deve tenere in mano sua tali disposizioni, per poterle mutare o tralasciare là dove si presenti il caso in cui, ad esempio, un servo sia ammalato, preso, trattenuto, ingannato o comunque impedito; e ciò affinché egli non proceda contro il malato con la stessa severità che contro il sano. Questo dico, perché nessuno creda che basti o sia già di troppo seguire le leggi scritte o i consigli dei giuristi. Ci vuole ben altro». Questa non è più l'equità dei giuristi, è l'equità del padrone. L'equità luterana, a differenza di quella aristotelica, mi sembra che assomigli all'apologia della buona volontà, dell'arbitrarietà del principe, dell'irrazionalità del diritto. Questo tema dell'equità del principe chiarifica bene il pensiero profondo di Lutero: la fonte ultima del diritto è il *comando arbitrario*.

Allo stesso modo l'autorità della legge non è più sottomessa, come in San Tommaso, ad alcuni limiti, al controllo dei giudici e della dottrina sulla giustizia del suo contenuto (quando tale controllo è possibile): per Lutero l'autorità della legge è *incondizionata*. L'abbiamo visto a proposito della guerra dei contadini: i contadini devono obbedire alle leggi dei loro sovrani, anche se sono ingiuste. I signori pretendono di ridurre in schiavitù i loro contadini? Giammai, rispondono i contadini, nel nome di una mal compresa nozione della libertà cristiana, che non è affatto evangelica. Lutero intima loro di ubbidire. Non c'è infatti autorità che non provenga da Dio e ogni uomo deve essere sottomesso all'autorità superiore: ecco cosa dice la Scrittura.

Non c'è più un «diritto naturale» che faccia da barriera agli abusi del diritto positivo. Questo punto è ben dimostrato in un libro ancora inedito di Basso Jaeger sulla mistica protestante: al contrario di ciò che potremmo constatare che è avvenuto nel mondo anglicano, ed anche in quello cattolico, non ci sarà più nel pensiero tedesco di derivazione luterana alcuna garanzia per l'individuo. L'individuo *naturale*, infatti, non conta nulla nel luteranesimo; la *persona umana* comincia ad essere considerata come portatrice di dignità e di valore solo una volta che è «salvata» dalla fede, e non per il suo modo di essere naturale. Non c'è alcuno sviluppo di «diritti naturali dell'individuo» nel luteranesimo allo stato puro. I contadini svevi in rivolta si lasceranno facilmente conquistare, a causa della loro

falsa interpretazione della libertà evangelica, dall'idea del diritto individuale. Ma Lutero risponde loro che devono soffrire e subire la croce, perché questo è l'unico diritto dei cristiani: *Leiden, leiden, Kreuz, Kreuz, das ist der Christen Recht, das und kein anders*.

Ordine strettissimo, autorità, ubbidienza, subordinazione - in tedesco *Gehorsam* e successivamente *Obrigkeit* - ecco le parole che riassumono la posizione luterana. Posizione tipicamente da monaco, condizionato ad avvalorare l'ubbidienza, che disprezza la ragione umana e che vuole far emergere unicamente dalla Scrittura i principi ispira tori della condotta umana; posizione propria di un monaco per il quale, in definitiva, non conta che il regno dei cieli, e che non ha interesse a rapportarsi all'altro se non in modo superficiale e negligente. Per il solo fatto che San Paolo predica ai cristiani, come regola di condotta individuale, l'ubbidienza all'autorità superiore, Lutero conclude frettolosamente che nell'ordine temporale i poteri effettivamente dominanti sono di diritto divino e che i loro comandamenti hanno un valore assoluto. Egli parte da considerazioni strettamente religiose, ma arriva a una forma di positivismo giuridico singolarmente duro e semplicistico, che esalta senza alcuna misura le leggi positive, e che è destinata ad avere una grandissima fortuna nella Germania luterana.

V. *Conclusione*

In definitiva nella dottrina di Lutero non si riscontra alcun elemento totalmente nuovo. L'atteggiamento del riformatore appare piuttosto come arcaicizzante e reazionario. Ci fa tornare alla mente le posizioni proprie dell'agostinismo; di quei monaci del Medioevo, che non avevano attenzione se non per la salvezza eterna e per le pagine della Scrittura e che manifestavano una forte diffidenza per la ragione umana e per la natura. Anche Lutero è discepolo di Sant'Agostino. Il suo pensiero appare perfettamente in linea con la scolastica francescana e nominalista e non c'è da meravigliarsene: essendo stato allevato in questa dottrina, è ovvio che Lutero ne abbia sempre conservato l'impronta.

Si è detto tante volte che Lutero, uno dei precursori del mondo moderno, era personalmente un uomo del Medioevo. Questo è perfettamente vero, se consideriamo la sua dottrina giuridica. Anche se la storiografia più diffusa ci ha abituato a pensare, fino a pochissimi anni fa, il contrario, resta vero che una delle fonti della filosofia moderna è sicuramente il cristianesimo; un cristianesimo monastico e agostinista, che arriva ad impregnare di sé la scolastica francescana del XIV secolo. La stessa cosa va detta per la filosofia del diritto. Non è il giusnaturalismo ad avere origini cristiane; esso si radica piuttosto nella rinascenza dell'antica cultura pagana, la grande rinascenza umanistica del XII e del XIII secolo. È invece il positivismo moderno, che si radica in una prospettiva esclusivamente cristiana: è nato dal fondo dei chiostri, elaborato da uomini dediti alla vita religiosa, e che tendono a trasporre negli affari temporali, quando a causa delle circostanze sono costretti ad occuparsene, una concezione dell'uomo e del mondo modellata ai fini di una vita spirituale e sui testi, interpretati letteralmente, della Bibbia. È ciò che ha fatto Lutero.

Però, per quanto concerne gli effetti, l'opera di Lutero è ben diversa da quella di Guglielmo di Occam. Confutare il diritto naturale e dischiudere la via al giuspositivismo ha infatti ben altre conseguenze nel cinquecento che nel Medioevo. Al tempo di Graziano, l'istanza anti-giusnaturalistica andava a tutto vantaggio delle fonti divine positive e del trionfante diritto canonico. Al tempo di Lutero, in un'epoca in cui l'economia è in pieno sviluppo, in cui gli stati hanno conquistato la loro indipendenza e in cui si è consolidata l'attività legislativa, chi ne trae vantaggio è lo stato e il suo diritto positivo. Se si vuole continuare nel confronto tra Lutero ed Occam, si consideri che il pensiero di Occam ha avuto un ascolto limitato alla cerchia dei teologi e dei chierici, mentre quello di Lutero ha avuto una cassa di risonanza imparagonabile. Occam non ha vinto la sua battaglia contro il papa; le circostanze hanno invece conferito a Lutero un incredibile «destino» storico. Lutero è stato il maestro di folle intere di fedeli e di laici. Lutero appartiene al ristretto novero di quegli scrittori che impongono la loro visione al mondo.

È per questo che io credo che nella storia del diritto il ruolo di Lutero sia da considerare più significativo di quello di Occam. È evidente che Lutero non ha elaborato la sua dottrina del diritto proprio nella maniera sistematica in cui io ve la ho presentata (correndo anche il rischio di irrigidirla troppo). La dottrina giuridica luterana è un implicito prolungamento della sua teologia; un prolungamento al quale egli stesso non accordava poi un grande interesse, o non tanto almeno da sforzarsi di strutturarla in modo omogeneo ed ordinato, e non solo per cenni sparsi. È anche chiaro che i seguaci di Lutero si sono ben guardati dal trarre dalla dottrina del maestro tutte le conseguenze che erano implicite in essa; si pensi solo all'opera di Melantone. Una nozione del diritto così brutale, così contraria alle costumanze europee e forse anche al buon senso, non può essere assimilata da un giorno all'altro dalla gente, nella sua integralità. Resta il fatto che Lutero ha instillato nel popolo tedesco il germe di una forma originale di giuspositivismo, fondata sulla fede religiosa, estrema nelle conseguenze, e che si riassume nel culto dell'autorità, nell'apologia dell'ubbidienza e della disciplina. Questo germe fruttificherà con lentezza nella filosofia tedesca e nel pensiero comune: lo rinveniamo non solo in Pufendorf, in Kant, in Stahl, ma anche in Bismarck. E dato che conosciamo tutti bene quanto grande sia stata l'influenza dell'università tedesca a partire dal XIX secolo, è possibile che anche noi, attraverso mille canali indiretti, risentiamo ancora dell'influenza di Lutero.

Capitolo secondo. **CALVINO E IL DIRITTO**

Il calvinismo interessa un'area geografica non minore di quella luterana. Vediamo innanzi tutto qual è il suo centro: è la città di Ginevra, la vera capitale del calvinismo. In altri cantoni svizzeri, l'influenza di Calvino concorre con quella di Zwingli, come a Zurigo, o con quella di Lutero. Da Ginevra il calvinismo si espande attraverso la valle del Reno, sempre in concorrenza con le dottrine di altri riformatori; conquista parte della Germania settentrionale, si radica in quel brillante centro di cultura e di economia che è l'Olanda del cinquecento, si diffonde anche in Scozia e in Inghilterra e perfino nelle prime colonie americane. La stessa Francia, nella seconda metà del XVI secolo, diventa in buona parte calvinista; la Riforma attrae una gran quantità di intellettuali e gode a corte di potenti appoggi. Il pensiero riformato si diffonde in Francia, grazie anche all'Editto di Nantes, fino al 1685. Dopo questa data, gli Ugonotti francesi, espulsi dal paese, diffusero le loro dottrine nei luoghi in cui si recarono in esilio e particolarmente in Prussia. Nel secolo successivo un Rousseau continuerà ad iniettare in Francia, provenendo da Ginevra, ancora qualcosa del sangue calvinista. Abbiamo quindi buone ragioni per sforzarci di comprendere le implicazioni giuridiche della teologia di Calvino, così come abbiamo fatto per quella di Lutero.

I. *Vita e opere di Calvino*

Sono molti gli elementi in comune tra la dottrina di Calvino e quella di Lutero. L'una è la continuazione dell'altra. Ma per ciò che ci riguarda andremo soprattutto alla caccia di ciò che le distingue. Cominceremo dal gettare uno sguardo sulla carriera di Calvino.

Calvino viene dopo Lutero. Nasce nella città di Noyon nel 1509; rompe col cattolicesimo all'incirca nel 1533, mentre Lutero affigge già nel 1517 le sue tesi contro le indulgenze. Del resto, Calvino è francese, subisce altre influenze, respira un'atmosfera diversa da quella del giovane Lutero chiuso nel suo chiostro e in grado di accedere solo ad insegnamenti religiosi. Sappiamo che Calvino ha studiato a Parigi al collegio Montaigu, e poi nelle università di Orléans e di Bourges e successivamente di nuovo a Parigi. Anche Calvino subì l'influenza del nominalismo ed apprese la rigorosa dialettica di questa scuola; riuscì però a partecipare attivamente al movimento umanistico e divenne, prima ancora che un maestro della lingua francese, un esperto scrittore di lingua latina. La sua prima opera fu uno studio del *De clementia* di Seneca, un autore caro agli umanisti. Dato l'argomento di cui ci occupiamo, non possiamo passar sotto silenzio i suoi studi giuridici: egli fu allievo di Pierre de l'Etoile a Orléans e di Alciato a Bourges. Che grazie a questi studi condotti in due delle più celebri università del tempo egli abbia acquisito amore per il diritto, è arduo pensarlo; sono molti del resto coloro che hanno studiato diritto senza cavarne gran frutto e che hanno piuttosto utilizzato questi anni di studio per occuparsi d'altro. Del resto, si può anche pensare che l'insegnamento di un erudito e umanista come Alciato non era poi il più adatto a far sorgere in Calvino un vero gusto per il diritto. Ma il fatto che Calvino abbia condotto studi giuridici è da

rilevare, se non altro perché questo è un tratto che lo distingue nettamente da Lutero; mentre questi fu un monaco, quello restò sempre un laico, competente di affari profani (anche se nella sua giovinezza la famiglia gli aveva procurato un canonicato).

Il mondo universitario francese del tempo, dato il perdurante primato della teologia, si infervorava soprattutto di questioni religiose. Le prime opere di Lutero già circolavano in Francia nella prima metà del secolo; attorno a Lefèvre d'Etaples o al vescovo di Meaux Brissonnet si sviluppa un movimento favorevole alla riforma della Chiesa, che riceve un forte appoggio alla corte di Francesco I grazie alla sorella di questo, Margherita d'Alençon, chiamata anche d'Angoulème o di Navarra e che sarà la madre di Enrico IV. È noto che Rabelais e Marot furono fortemente attratti da questo partito; Calvino ne fu completamente conquistato. Nel 1533 scoppia il caso del discorso di Nicolas Cop, amico di Calvino e rettore dell'Università. Calvino deve fuggire. Eccolo divenuto riformatore; opta in modo definitivo per la lotta contro il «papismo», girovaga dalla Francia all'Italia, a Basilea, a Strasburgo (città in cui per qualche tempo insegna al ginnasio di Martin Bucero), partecipa alla dieta di Ratisbona, che era stata convocata dall'imperatore Carlo V per ristabilire l'unità della Chiesa cristiana (1541). Fondandosi su queste esperienze, egli scrive nel 1535 una prima redazione dell'*Institution chrétienne*, che cerca di dedicare a Francesco I. A partire dal 1541 Calvino si stabilisce a Ginevra (dopo un primo infruttuoso tentativo durato dal 1536 al 1538); diventa il signore di questa città, una «città-chiesa», vero terreno di esperienza di applicazione dei principi della riforma. Ispira la costituzione della città, la sua legislazione, la sua morale; fa condannare Michele Serveto al rogo per le sue eresie (1553); predica, riscrive l'*Institution cbrétienne*, che resta il suo capolavoro, e numerose altre opere. Da Ginevra il suo pensiero si diffonde in Francia e in tutto il mondo riformato.

Questa seconda riforma, che si afferma in un'altra parte dell'Europa, non ha un contenuto dottrinale e spirituale identico alla prima riforma promossa da Lutero. Questo va detto subito, anche se la riforma calvinista si pone come continuazione di quella luterana e ne accetta i principi ispiratori, anche se in un ordine differente (il principio dell'autorità dottrinale della Scrittura, con l'esclusione dell'insegnamento posteriore elaborato dalla Chiesa romana, e il principio della giustificazione per mezzo della fede e non per mezzo delle opere). Ma ciò che è veramente diverso è lo spirito di questa riforma e di conseguenza sono anche diversi i suoi effetti. Per formazione e per temperamento Calvino è davvero un intellettuale. La sua opera, di carattere dogmatico, si struttura nelle istituzioni, cioè nel libro intitolato scolasticamente *Institution de la religion chrétienne*; un'opera in cui sono evidenti le tracce della formazione umanistica dell'autore e che avrebbe fatto ripugnanza a Lutero. È un libro costruito tutto a partire dal principio del primato della parola di Dio contenuta in quell'unico testo che è la Sacra Scrittura, e in cui si fa evidente la presenza della tendenza umanistica di rifarsi unicamente alle fonti. Da questo assioma e con uno spirito che è già in qualche modo cartesiano, Calvino dedurrà tutte le dovute conseguenze logiche: la distruzione sistematica della maggior parte delle istituzioni della Chiesa cattolica, della sua gerarchia, della maggior parte dei

sacramenti; ed anche la severa dottrina della predestinazione. È una riforma spinta ben più in là di quella luterana. Va aggiunto che Calvino nella sua esperienza ginevrina si è trovato coinvolto ben più direttamente nelle vicende della politica profana di quanto non fosse successo a Lutero, un ex monaco, divenuto solo per la spinta delle circostanze la guida spirituale di un movimento politico.

Anche per ciò che concerne il diritto il pensiero di Calvino prolunga le tendenze di quello luterano. Nell'uno e nell'altro si danno i medesimi fondamenti, tratti dalla Bibbia, la medesima preoccupazione di regolamentare la condotta umana solo sulla base della legge divina positiva; e di conseguenza, la stessa caratteristica volontà di distruggere il diritto concepito al modo di Aristotele, o della Chiesa cattolica, o, il che è lo stesso, al modo dell'esperienza romana antica. La dottrina di Calvino è però, rispetto a quella di Lutero, più compiuta, più omogenea, più completa. Ed anche molto meglio esplicitata; il grande vantaggio di Calvino - (anche se rispetto a Lutero possiede una minore ricchezza interiore) è di aver meglio assimilato il linguaggio della filosofia e della scolastica medievale. Calvino, come filosofo, vale più di Lutero. La sua opera ci consentirà di capir meglio il contrasto tra il pensiero giuridico moderno e la filosofia classica del diritto naturale. Uno dei grandi meriti del calvinismo è quello di aver saputo distinguere chiaramente il *diritto* dal resto della *morale*. Con l'opera di Calvino comincia a delinearsi pienamente la *separazione* radicale tra diritto e morale e questo è un fattore decisivo per la comprensione del nuovo pensiero giuridico. Studieremo separatamente prima l'opera di Calvino *moralista* e successivamente gli elementi presenti nel suo pensiero e attinenti alla dottrina del diritto.

II. L'etica sociale di Calvino

Cominceremo dallo studio degli aspetti morali del pensiero di Calvino, dato che sicuramente il riformatore si è interessato di etica ben più che di diritto. Anche se ha fatto studi giuridici ed è stato (nel senso rousseauiano del termine) il «legislatore» di Ginevra, egli ha sempre ritenuto il diritto una cosa secondaria. «lo ho promesso di mettere in chiaro quali siano le leggi attraverso le quali debba essere diretta una politica cristiana, ma non voglio di certo entrare in una lunga discussione per sapere quali siano le leggi migliori. Una discussione simile sarebbe sconfinata e non si confà di certo ai nostri attuali propositi». Non ci dobbiamo meravigliare del fatto che Calvino considera esplicitamente non attinente ai suoi interessi il diritto.

È chiaro che c'è nella Bibbia, e soprattutto nell'Antico Testamento, un corpo di *leggi*, alle quali Calvino, come Lutero, riconduce la condotta del cristiano. Ma Calvino è un intellettuale, che ama la precisione del linguaggio; egli conosce bene, e sa usare, la distinzione scolastica tra i precetti «morali» e i precetti «giuridici»; di precetti strettamente giuridici non ce ne sono nel Vangelo e quelli contenuti nell'Antico Testamento hanno cessato di essere validi (la stessa sorte è toccata anche ai c.d. precetti «cerimoniali»). Rimangono solo i precetti «morali». Calvino usa un linguaggio rigoroso e non confonde mai (anche se in certe occasioni le parole *diritto* o *diritto naturale* possono conservare un margine di ambiguità) la morale

col diritto. Quando si parla di legge a proposito della Sacra Scrittura, non si parla d'altro che della legge *morale*.

Calvino, pastore e guida spirituale di Ginevra, non si è mai occupato, in linea di principio, di questioni giudiziarie, né di problemi giuridici in senso proprio. Ma nella costituzione di Ginevra, il controllo della morale spetta agli «Anziani», che devono dirigere i pastori e che sentono tutta l'influenza di Calvino. Essi esercitano un effettivo controllo su tutti i momenti della vita dei cittadini; ricevono il compito di sorvegliare e di denunciare, nella comunità cristiana, tutti i fedeli che vengano sorpresi in flagrante delitto: dall'attardarsi nelle osterie, al partecipare ai balli o, peggio ancora, al fornicare. Tutta la morale fa parte della «vita cristiana» e Calvino la tiene sotto controllo. Egli sente come sua missione quella di realizzare una grande opera di moralizzazione ed è per questo che in prima battuta dovremo studiare la dimensione morale della sua opera. Non dobbiamo temere di allontanarci troppo dai nostri fini: se ci interessiamo, da storici, ai «fatti sociali», dobbiamo prender atto che tra questi si pone indubbiamente la morale dell'Europa cristiana. E del resto, in filosofia del diritto, tutto si tiene. Morale e diritto sono ambiti così vicini che nulla di ciò che succede all'uno è privo di ripercussioni nell'altro. Tentiamo quindi di analizzare le *fonti* di questa morale calvinista e poi faremo qualche riflessione sul suo contenuto.

1. Le fonti della morale di Calvino

Abbiamo già detto che l'opera di Calvino può essere considerata come un prolungamento di quella di Lutero. Calvino non vuol fare altro che sottomettere la vita del cristiano alla legge morale contenuta nella Sacra Scrittura. Per Sacra Scrittura dobbiamo intendere i Vangeli, gli Atti degli Apostoli, ma ancor più (dato che si rischia di non trovare nel Vangelo altro che precetti fin troppo generali) la legge ebraica del Pentateuco, riccamente integrata dai libri profetici e sapienziali: sappiamo che i precetti morali contenuti nell'Antico Testamento hanno mantenuto, nel nuovo regime cristiano, tutto il loro valore. La morale cristiana è questa e non ce n'è un'altra che valga. Con ciò non si deve pensare che una condotta conforme a queste leggi morali divine possa «giustificare» il cristiano in prospettiva della sua salvezza, o che le «opere» siano da considerare in quanto tali meritorie: la salvezza è una grazia gratuita che Dio concede all'uomo peccatore e unicamente ai suoi «eletti», che, secondo Calvino, vengono «predestinati» da Dio. Ma ciò non toglie - e su questo punto il pensiero di Calvino è ancora più fermo di quello di Lutero - che quelle leggi siano obbligatorie. Come si potrebbe concepire che il cristiano non abbia l'obbligo di ubbidire alla legge di Dio?

Si tratta dunque di una morale ben semplice, almeno quanto alla sua fonte. Ma non perciò non dobbiamo rimarcare ciò che questa «morale cristiana», o più esattamente questa morale «secondo la Scrittura», comporta di relativamente nuovo. Devo anche dire che per me, che sono cattolico, e che ho letto un po' di San Tommaso, questa morale appare incompleta e in qualche misura sgradevole. Certamente, la morale di Calvino (se l'ho ben capita) prolunga, come quella di Lutero, le tendenze tradizionali dei monaci agostiniani: in questo senso non è

affatto nuova. Ma è proprio sicuro che essa corrisponda all'autentica tradizione cristiana? Quando il Cristo, nei Vangeli, o quando San Paolo, nelle sue epistole, esortano i fedeli ad essere virtuosi, temperanti, onesti, sinceri e ad evitare, ad esempio, le colpe sessuali «contro natura», si può pensare che facciano semplicemente riferimento alla morale comune dell'umanità, a quella legge morale naturale che (come suggerisce lo stesso San Paolo) Dio ha scritto nella coscienza di ogni uomo, anche pagano, e che è resa esplicita dalla ragione naturale profana. In questa prospettiva, la vera fonte della morale del cristiano (quando si tratta di determinare il contenuto di questa morale, le azioni che essa comanda o proibisce) sarebbe esattamente la stessa di quella di tutti gli altri uomini, e cioè la ragione naturale profana.

Questo, almeno, credo che sia l'insegnamento di San Tommaso. San Tommaso non ha esitato a modellare la sua morale propriamente detta su quella della filosofia pagana: è da questa fonte, da Platone, da Aristotele, o da Cicerone, che vengono le quattro virtù «cardinali», la giustizia, la fortezza, la prudenza e la temperanza, che sono divenute le quattro colonne della morale occidentale, perché tali le ha considerate la scolastica medievale, prendendole tali e quali dalla filosofia dell'antichità (ed è in questo quadro che San Tommaso ha potuto restaurare la dottrina del diritto naturale, come una parte della «giustizia», desumendola dall'*Etica Nicomachea*). È ovvio che San Tommaso non pensa affatto che questa «morale» sia assolutamente sufficiente da sola a regolare la condotta di tutta la vita del cristiano; al di sopra delle virtù cardinali egli pone le tre virtù «teologali», la fede, la speranza e la carità, dedotte non da Aristotele o da Cicerone (che ne ignoravano perfino i termini), ma solo dal Vangelo per il loro tenore attuale e totale. Solo queste tre virtù possono conferire alla nostra vita un valore propriamente cristiano, ma dato che si situano ad un livello superiore. San Tommaso, che ama la precisione del linguaggio, non ritiene opportuno chiamarle virtù «morali».

È indubbio che anche nella Bibbia troviamo precetti *morali*, come quelli del Decalogo, e San Tommaso non manca di farlo notare. Ma questi precetti non fanno che *confermare* quelli che già Dio aveva iscritto nella coscienza di tutti gli uomini. I saggi pagani non ignoravano ciò che i Giudei sapevano attraverso la rivelazione, e cioè che non bisogna rubare, né mentire, né commettere adulterio e nemmeno bestemmiare Dio; il Decalogo era già presente nei loro cuori; in morale, la Sacra Scrittura non fa altro che opera di ripetizione. Se bisogna costruire una morale che sia completa e dettagliata, bisogna riferirsi, come all'unica vera possibile fonte, alla filosofia pagana, alla comune scienza morale dell'umanità intera.

Queste sono le dottrine contro le quali Calvino reagisce. Proprio come aveva fatto Lutero, egli da buon protestante umilia la ragione umana. Del testo dell'*Epistola ai Romani* sulla legge naturale iscritta nel cuore di ciascun uomo, egli dà un'altra interpretazione (forse più esatta, se si prende questo testo isolatamente): il fatto che questa legge sia iscritta nel cuore degli uomini ad opera di Dio fin dall'inizio della creazione ha come unico effetto quello di determinare la responsabilità dell'uomo che è colpevole di averla trasgredita; è questo il motivo per cui tutti, sia gli Ebrei, che i pagani, che l'insieme dell'umanità, meritano di essere condannati. Ciò non

toglie che, dopo il peccato, la conoscenza di questa legge naturale non si sia oscurata. Con le sole forze della sua ragione naturale, l'uomo non riesce a conoscere più la legge divina: a causa del peccato, l'uomo si è precluso da solo l'accesso alla morale. E forse in queste tenebre in cui è caduto, l'uomo riceve il soccorso di Dio grazie alla concessione di una «grazia comune». Ma la fonte della conoscenza morale resta comunque per il cristiano la Parola rivelata di Dio, il diretto ricorso alla Scrittura.

È questo il motivo per cui Calvino condanna come perverse e diaboliche, come montagne di orgoglio piene di errori, le morali della saggezza pagana e ancor più l'abominevole tentativo degli scolastici di conciliare la morale cristiana con la morale di questo mondo: «Per quanto riguarda i dottori della chiesa cristiana, anche se non ce n'è uno che non abbia riconosciuto che la ragione umana è fortemente umiliata dal peccato e che la volontà è soggetta a molte concupiscenze, ciò non di meno hanno per lo più seguito la dottrina dei filosofi, il che non andava fatto. Mi pare che ci siano state due ragioni che hanno indotto gli antichi Padri a comportarsi così: in primo luogo temevano, se avessero negato nell'uomo la possibilità di fare il bene, di diventare oggetto di beffe da parte dei filosofi. In secondo luogo si deve considerare che la carne, portata come è a lasciarsi andare, non perde occasione per disprezzare le opere buone; e per questo, per non insegnare nulla che non fosse contraddittorio rispetto all'opinione comune degli uomini, essi hanno cercato di mediare tra la dottrina della Scrittura e quella dei filosofi».

In questo modo la riforma calvinista, in opposizione alla tradizione della scolastica tomista, cercherà di edificare una «morale cristiana», depurata da ogni riferimento mondano, e dedotta tutta quanta dai soli testi della Sacra Scrittura. È un fenomeno storico di grande rilievo e che ha avuto notevoli influenze (come molte altre concezioni proprie del protestantesimo) anche sulla prospettiva cattolica. E che avrà ripercussioni capitali anche nell'esperienza giuridica, come vedremo tra non molto.

2. *Il contenuto della morale calvinista*

La grandezza e la novità della morale di Calvino stanno in ciò: che essa investe la vita dei *laici* e nella sua integralità. A quella parte della morale scolastica tradizionale, che ha come propria fonte il Vangelo (se accettiamo di considerarlo impropriamente come fonte di morale), si poteva muovere il rimprovero di essere soprattutto una morale da *monaci*, e per la fonte e per il contenuto. Il fatto è che essa di preferenza si rivolgeva proprio ai monaci, in quanto solo costoro per il proprio stato si consideravano obbligati a seguire non solo la comune morale naturale, ma anche i «consigli di perfezione» specifici del Vangelo. Quando si rivolgeva ai laici, la morale tradizionale non investiva che un settore limitato della loro vita, le «opere pie», o l'osservanza di quelle azioni di vita religiosa che erano regolamentate dalla Chiesa attraverso i suoi «comandamenti». Ma la vita quotidiana dei fedeli era, quanto al resto, poco coinvolta. In ciò è da vedere il rischio che il cattolicesimo porta con sé, quando insieme con il Vangelo recepisce la morale pagana, per ciò che attiene alle azioni della vita profana.

Al contrario, la morale calvinista vuole regolare mediante leggi propriamente cristiane tutte le azioni della vita temporale. Non ci sono più monaci nel calvinismo, né precetti «cerimoniali», né «opere pie», che servano a conquistare la salvezza. Calvino, con una tenacia che desta tutta la nostra ammirazione, cerca di cristianizzare la totalità della vita, anche nei suoi aspetti più umili. Anche in questi casi entra in gioco una *morale*, che coinvolge l'atteggiamento degli uomini nei confronti del loro prossimo e le loro relazioni sociali. A questo riguardo ho utilizzato, come più istruttivo ancora dell'*Institution chrétienne*, un florilegio di sermoni e di direttive scritte per il popolo ginevrino, raccolti dal pastore Biéler. Ginevra, all'epoca di Calvino, è una grande città, che ha conosciuto a partire dal XIII secolo un vasto sviluppo economico. Vi vivono non solo agricoltori, che lavorano nelle campagne circostanti, ma anche artigiani e commercianti (senza parlare, ovviamente, di tutti coloro che lavorano nei diversi uffici propri di un raggruppamento urbano). Si va dai ricchi proprietari ai poveri operai. Queste sono le condizioni sociali nei confronti delle quali Calvino ha emanato la sua legislazione morale.

Guardiamone il contenuto: esso è per noi veramente rilevante. Se lo confrontiamo agli insegnamenti dei teologi cattolici (che si rifanno in parte alle dottrine dell'antichità e in parte, per un altro settore di esperienza, alla Sacra Scrittura), la morale di Calvino si contraddistingue per il fatto che da una parte abolisce alcune obbligazioni fino ad allora vigenti e dall'altra ne instaura di nuove, fino ad allora trascurate.

Ciò da cui, in primo luogo, Calvino libera i suoi fedeli sono le obbligazioni religiose, che aveva inventato la Chiesa cattolica, almeno per ciò che concerne il loro preciso tenore: l'obbligazione a presenziare alla messa domenicale, il digiuno nei giorni prescritti, la confessione, ecc. Marot è accusato e messo in carcere per aver mangiato di grasso il venerdì santo. Aggiungiamo anche le donazioni pie per la costruzione delle chiese o per la venerazione dei santi, o i testamenti a favore dei chierici. Da tutti questi precetti, che la Chiesa cattolica medievale aveva moltiplicato, Calvino libera i fedeli in nome della «libertà cristiana».

Seguono poi i «consigli» che la chiesa imponeva ai monaci, votati allo stato di perfezione e cioè i doveri di povertà, verginità, ubbidienza, che solo in parte erano imposti anche ai chierici. Calvino rigetta tutta questa normativa ecclesiale. Egli vuole una morale uniforme, uguale per tutti i fedeli (tra i quali la Scrittura non fa alcuna distinzione) e che non può essere troppo esigente. La morale, come orientamento verso la perfezione, non può riguardare solo i monaci, ma ogni cristiano in una dimensione mediana della sua vita. Calvino ritiene inadatta a tutti quella pratica dell'*ascetismo* che veniva raccomandata nei sermoni della Chiesa cattolica, come prassi specificamente religiosa, adatta a condurre alla salvezza. È qui il caso di osservare (per accostarci un po' alla famosa tesi di Max Weber sui rapporti tra il calvinismo e il nascente capitalismo europeo) che Calvino rigetta della morale tradizionale proprio ciò che costituiva un ostacolo al lavoro, all'arricchimento, alla propagazione della specie; si pensi allo sconfinato numero di monaci che vivevano in penitenza, e a volte nell'ozio, e alloro culto della povertà, del

sacrificio, della castità: da un punto di vista economico il loro comportamento non può che essere considerato nefasto. Dio, secondo Calvino, non comanda affatto un distacco dai beni di questa terra. Non l'ha comandato né a Giobbe, né ad Abramo, né fin dalle origini ad Adamo; ha piuttosto ordinato loro di mettere a frutto la terra, di moltiplicarne i prodotti, di ammassare ricchezze, come segno della benedizione divina. La morale di Calvino si installa nella dimensione temporale dell'esistenza.

In terzo luogo, Calvino abolisce le obbligazioni morali ereditate dalla morale pagana. Facciamo un solo esempio, quello della proibizione dell'usura. Se i tomisti proibivano quasi ad ogni livello il prestito contro interesse, non era certo perché lo ritenevano proibito sulla sola base dei testi dell'Antico Testamento (che non davano argomenti decisivi per una proibizione radicale), ma essenzialmente perché erano seguaci della lezione di Aristotele e della sua teoria della giustizia commutativa. Sull'usura Calvino ha sostenuto una dottrina molto moderata, dedotta dalla Bibbia, interpretata con molta più acutezza di quanto non avesse fatto Lutero, e fondata altresì su di un'analisi esatta della realtà del tempo; era la dottrina di cui aveva bisogno l'economia del XVI secolo. Ma sono molti altri i doveri sociali che scompaiono con il sistema aristotelico della morale. Vi ritorneremo sopra.

Ma vediamo la parte positiva della morale calvinista. Non dobbiamo aspettarci una dottrina lassista; essa è precisamente il contrario, e porta il marchio dell'intransigenza e della severità del suo autore. Calvino non scherza né con i doveri verso Dio (l'ortodossia, la proibizione della blasfemia, l'osservanza del riposo settimanale) e nemmeno con quelli attinenti alla sfera sessuale: come ha fatto condannare a morte Serveto, così ha fatto perseguire a Ginevra gli autori di atti impuri, gli adulteri ed addirittura le persone amanti delle danze. Ma soffermiamoci sui doveri verso il prossimo.

È soprattutto in questo ambito che il suo sforzo merita la nostra attenzione. Calvino ardeva dal desiderio di far applicare l'insieme delle prescrizioni di condotta sociale contenute nella legge ebraica, e in particolare nei profeti e nei libri sapienziali, come i Proverbi e l'Ecclesiaste, opere che insegnano una saggezza prosaica e un po' utilitaristica, fatta per l'uso quotidiano. Seguendo la Bibbia, Calvino scopre un precetto per tutti: ai poveri rammenta il dovere di rassegnazione, di accettazione della loro sorte, la proibizione del furto e di ogni genere di rivolta. Ai ricchi ricorda il dovere di nutrire i poveri, di lasciarli spigolare, di pagare agli operai il salario prescritto, di prestare senza interesse. A tutti egli prescrive il *lavoro*: Dio infatti ha comandato all'uomo di prosperare, di fruttificare e, soprattutto dopo la caduta, di vivere del sudore della fronte; ecco perché i Proverbi lodano il padrone e la padrona della casa, la «donna forte», che non si abbandonano alle loro pene, ma sono laboriosi, preveggenti, capaci di risparmio. Dio non ama l'ozio in cui vivevano i monaci. Egli vuole la prosperità e benedice il lavoro dell'agricoltura e gli uomini industriosi. Ama il commercio come fattore di prosperità e nel commercio la lealtà, il rispetto scrupoloso dei contratti. Ecco come Calvino si rivolge ai contadini, agli artigiani e ai commercianti di Ginevra ed è questa la dimensione della sua dottrina che Max Weber (che peraltro esemplificava la sua teoria rifacendosi più alla morale dei puritani che a quella dello stesso Calvino) riteneva storicamente significativa.

Infatti questo tipo di predicazione, anche se segue scrupolosamente la Bibbia, non perciò è meno adatta alle tendenze e alle necessità della borghesia moderna.

Possiamo ora procedere a qualche valutazione di sintesi. La morale di Calvino non ci appare sostanzialmente nuova; è una morale essenzialmente scritturistica e principalmente *giudaica*. Calvino, infatti, nella sua avversione per la morale naturale, volendo ricondurre tutta la condotta dell'uomo alla Sacra Scrittura, è stato costretto ad attingere soprattutto all'Antico Testamento i criteri della condotta morale. La legge nuova contenuta nel Vangelo contiene solo poche regole precise che concernono la vita temporale. La legge antica, al contrario, come già notava San Tommaso, era ordinata al bene temporale del popolo ebraico. Il Decalogo, il Deuteronomio, le massime morali dei profeti e la saggezza dei proverbi, ecco qual è stata la fonte principale della morale calvinista. Calvino ha sviluppato fino in fondo il principio tradizionale per il quale i *moralia* della legge antica restano, anche in epoca cristiana, sempre in vigore.

Qual è dunque la novità di questa etica? Certo non va ricercata né nella proibizione del furto, né nei precetti di rassegnazione, di aiuto alle vedove, agli orfani, ai poveri e ai pellegrini: sono tutte norme, queste, ben conosciute nel Medioevo. Ciò che è davvero nuovo è l'*esclusivismo* col quale Calvino si attiene a queste norme della legge divina, rigettando tutte le dottrine dei filosofi, alle quali la scolastica tomista aveva tanto attinto. Si noti anche l'atteggiamento di ubbidienza *letterale* che Calvino adotta nei confronti di queste norme; la morale non è più il prodotto dell'opera autonoma della ragione, è invece la sottomissione letterale ai comandi di Dio, alle leggi divine positive, emananti dalla volontà di Dio e promulgate nella Sacra Scrittura; quelle leggi divine positive che ora, in un linguaggio rigoroso, noi chiamiamo solo morali. La novità del calvinismo sta forse anche nella serietà di Calvino, nella sua forza di convinzione, nella sua irremovibile volontà di cristianizzare effettivamente la vita del popolo dei fedeli.

È verosimile che la forza di questa convinzione abbia avuto per effetto storico un *progresso* morale. Non che ci sia, a mio modesto avviso, un progresso nella verità della dottrina; c'è solo un progresso nella sua applicazione effettuale. È un fenomeno che è andato al di là delle stesse frontiere del protestantesimo calvinista; malgrado le brutali reazioni del Concilio di Trento e forse proprio attraverso il Concilio di Trento, il mondo cattolico moderno non è rimasto impermeabile alle nuove correnti di idee che nascevano in campo protestante. Si consideri il movimento giansenista: un Pascal, contro i casistici, esige l'osservanza religiosa della lettera del Decalogo e delle regole evangeliche di ubbidienza, di onestà, di sincerità. E quanto sarà forte nella borghesia francese l'influenza del giansenismo! Ma è soprattutto nel mondo protestante, nei ginevrini, negli olandesi, negli anglosassoni, che è veramente sensibile questo progresso delle virtù morali: gli inglesi hanno una reputazione di maggior onestà personale degli italiani. La dottrina calvinista va quindi ammirata, ma non troppo; più che ad una dottrina complessa, ricca di sfumature e di sottigliezze, e che è aperta alla casistica, è facile (almeno relativamente) ubbidire ad alcuni principi recepiti letteralmente, alle regole date da Dio al suo popolo eletto: non rubare, rispettare i contratti, non

restare in ozio. In ambiente calvinista la pressione della legge si fonde con quella della società. Sono queste, forse, ipotesi prive di prova? È vero che non sono capace di misurare con esattezza questo preteso progresso morale dell'umanità quanto all'onestà, all'assiduità, al lavoro e perfino alla condotta sessuale; ma credo che esso ci sia stato davvero e che la sua incidenza sia di importanza essenziale nella storia del diritto.

Con queste osservazioni, non siamo fuorusciti dalla storia del diritto. Ribadiamo ancora una volta che ciò che è rilevante per la morale (una volta che di morale si sia elaborato un preciso concetto) non può essere privo di rilevanza per il diritto. Adottando il linguaggio dei sociologi, dirò che esistono nella storia due forme di «controllo sociale»: l'una è quella costituita da una morale che non lascia alcuno spazio al diritto; e questa ad esempio è l'etica del popolo ebraico. Esso è governato da un insieme di leggi religiose, che senza preoccuparsi di riformare l'assetto della proprietà e nemmeno di definirla troppo accuratamente, prescrivono al povero di non rubare e al ricco di donare al povero. Una volta che queste leggi sono osservate per rispetto alla fede religiosa e per la pressione sociale, che bisogno ce n'è di altre? L'ordine e il benessere sociali sono sufficientemente garantiti (senza che ci sia bisogno di preoccuparsi di una migliore distribuzione di beni e di onori secolari), quando i poveri sono sottomessi ed umili ed i ricchi pieni di carità. E si consideri altresì che la ripartizione dei beni di questo mondo non conta nulla, in una società orientata soprattutto verso fini spirituali. La distribuzione proporzionale delle ricchezze in questa società è relativamente indifferente.

L'altro modello di controllo sociale, di cui abbiamo trovato un ottimo esempio nella dottrina aristotelica e tornista, ritiene al contrario di grande importanza la realizzazione effettuale della giustizia distributiva e commutativa. Questa seconda via, più concreta della prima, non si contenta di fare affidamento sulle buone disposizioni morali dei poveri e dei ricchi, ma assume essa stessa il compito di effettuare una giusta distribuzione dei beni: e questo è il compito del diritto. Non è che questa dottrina contrapponga il diritto alla morale, ma include diritto e giustizia in una concezione più sapiente e più completa della morale.

L'operazione di Calvino, di quest'uomo innamorato della Scrittura e roso dalla febbre di rigettare tutto ciò che proveniva da Aristotele, è consistita, a mio avviso, in un ritorno alla concezione ebraica: l'unica che conta veramente è la legge morale e in particolare una legge morale della quale non entra a far parte la giustizia distributiva. Ed in effetti di tal genere è stato il controllo sociale che ha trionfato nell'Europa moderna. Ubbidienza alle norme morali che impongono il rispetto della proprietà altrui e osservanza dei contratti: questa è stata l'ossatura della nuova società europea. È questa un'osservazione di Polin a proposito della teorizzazione lockiana del diritto pubblico europeo; ed io la riprenderei anche in riferimento al sistema di Hobbes, che si edifica su di un insieme di leggi naturali *morali*. Per il diritto privato, ricordo le osservazioni di Carbonnier a proposito dell'influenza del giansenismo sul codice civile francese: il codice si regge su di un sottofondo di moralità, di moralità rigorosa, che esige il rispetto delle promesse, che ha orrore del furto, che pretende austerità di costumi. Non si può comprendere il funzionamento

della società dell'Europa moderna, se non si considera innanzi tutto questa *moralità* che l'ha retta dal di dentro e la cui principale fonte (o il cui testimonio più esplicito) mi sembra che sia stata la rivoluzione calvinista.

Che ne è del diritto in un simile contesto? Certamente esso non viene meno. Ma bisogna che cambi di funzione, di oggetto, di fonte, di natura; bisogna che all'espansione della morale corrisponda la comprensione del diritto, a meno che questo non si trasformi in un semplice strumento di sanzione delle leggi morali. Il progresso morale, se veramente dobbiamo dargli questo nome, avrà per contropartita la progressiva svalutazione del diritto o almeno di ciò che la tradizione classica riteneva pertinente al diritto. Possiamo ora prendere in considerazione quei testi, peraltro piuttosto rari, in cui Calvino ha affrontato esplicitamente il problema giuridico.

III. *La dottrina calvinista del diritto*

Cominciamo con questa osservazione: il diritto (utilizzando questo termine in senso stretto) occupa un posto poco significativo nell'opera di Calvino. La cosa va rimarcata, se si considera che Calvino è stato studente di diritto e che è stato il diretto responsabile dell'ordinamento sociale di Ginevra. Abbiamo però già citato alcuni testi in cui sembra che Calvino voglia declinare ogni competenza ed ogni interesse per il diritto. E quanto a ciò il suo atteggiamento è molto simile a quello di Lutero. Calvino ha sì costruito una completa dottrina della morale, ma di una morale che ha poca attenzione per la giustizia «particolare» e di conseguenza per il diritto.

Nel pensiero contemporaneo sono presenti a questo riguardo alcune contraddizioni. La «giustizia sociale» (e cioè la giustizia distributiva) è tornata oggi di moda; preti e pastori sognano di elaborare «dottrine sociali cristiane», che non sono altro che sistemi di diritto ispirati al cristianesimo. Di qui la tentazione di interpretare antichi testi di moralisti trasponendoli indebitamente sul piano delle riforme sociali. Il fenomeno è ben visibile nella cultura cattolica: basti pensare ai tentativi di trarre dalle omelie di San Basilio o di San Giovanni Crisostomo sui doveri morali dei ricchi o sui pericoli della ricchezza una teoria egualitaristica della ripartizione dei beni. Lo stesso fenomeno si verifica all'interno della cultura protestante. Penso in particolare all'opera, che ho già ricordato, del Bélier. Costui, cappellano degli studenti protestanti a Ginevra, mi è apparso decisamente schierato in campo progressi sta e desideroso di trarre dall'opera di Calvino i principi di una riforma del diritto conforme alle proprie tendenze. Le sue citazioni sono fedeli e per il nostro lavoro si sono rivelate preziose; ma le sue interpretazioni generali appaiono deformanti. Il Bélier, ad esempio, afferma che «l'ordine economico voluto da Dio è quello di un'equa distribuzione dei beni tra tutti gli uomini». Se ci rifacciamo al testo di Calvino cui Bélier sta facendo riferimento (e che è citato nella pagina immediatamente seguente), troviamo purtroppo una dottrina che dice esattamente il contrario e cioè un'apologia della proprietà privata in ciò che essa ha di più inegualitario, e l'esortazione a non violare l'assetto attuale della proprietà, anche se esso è ben poco equo. Analogamente, è una pura fantasia attribuire a

Calvino l'esortazione a che la Chiesa si opponga al disordine sociale, o l'elaborazione di un sistema di relazioni tra capitale e lavoro o un desiderio di lotta contro l'oppressione sociale, o l'idea della separazione tra stato e chiesa e la lode dei principi democratici! I moralisti cadono spesso in simili contraddizioni.

Altre sette avevano cercato di dedurre dal Vangelo un codice di principi giuridici, tirandolo verso il comunismo, il liberalismo o l'anarchia: era stato questo il tentativo di Bucero a Strasburgo e soprattutto quello degli anabattisti; questa era stata la tentazione di tutte le *utopie*, un genere che in quell'epoca era diventato di moda, con Tommaso Moro, Rabelais e Campanella. Ed anche nel XVI secolo non mancarono calvinisti che interpretarono in questo senso gli scritti di Calvino; grazie all'opera di costoro si svilupparono dottrine liberali individualiste destinate ad un grande avvenire. Ma per quanto grande sia la loro importanza, noi dobbiamo per ora occuparci solo delle dottrine calviniste, del pensiero autentico e fondamentale di Calvino; non del pensiero degli ugonotti francesi in conflitto col loro re, o di quello degli scozzesi, dei puritani inglesi o americani. Il pensiero di Calvino è rimasto sempre scrupolosamente sul terreno della predicazione strettamente morale, in senso stretto: è un pensiero che si è limitato ad esortare i poveri a non rubare e i ricchi ad elargire i loro beni. Il che è l'esatto contrario di una dottrina giuridica che ha a cuore la giustizia distributiva. Ecco perché ho ritenuto necessario studiare separatamente il pensiero *morale* del riformatore.

Acquisite queste osservazioni, resta però il problema fondamentale: si può pensare che il problema del diritto sia rimasto del tutto estraneo ad una dottrina così completa e sistematica come quella di Calvino? Nell'opera del riformatore c'è almeno l'embrione di una dottrina specifica del diritto. Come e in qual modo procedere alla distribuzione delle ricchezze e degli onori? E in primo luogo: chi avrà questo compito, chi riceverà questo incarico?

1. La dottrina politica di Calvino. Il suo giuspositivismo

Per ciò che concerne la giustizia distributiva, credo che la dottrina di Calvino, molto netta al riguardo, sia molto vicina a quella di Lutero: la ripartizione delle ricchezze e degli onori sociali tra i cittadini deve essere affidata interamente all'assoluta sovranità dell'autorità temporale. Questa dottrina porta Calvino, esattamente come Lutero, al *positivismo giuridico*.

Non ci sarebbe bisogno di insistere su questo punto, se non si fosse diffusa l'abitudine di confondere il pensiero di Calvino con quello dei calvinisti francesi o anglosassoni. Sappiamo tutti come le circostanze abbiano indotto (in un'epoca più tarda) gli ugonotti francesi in lotta col re di Francia (e i protestanti inglesi, scozzesi e americani) a sostenere dottrine ostili al principio monarchico, teorie più o meno liberali e democratiche, fino ad arrivare ad una dottrina dei diritti naturali soggettivi dell'individuo. Ma di certo non era affatto questa la posizione di Calvino. Per rendercene conto, apriamo l'*Institution chrétienne* e leggiamo o il capitolo XVI, *Du gouvernement civil* o l'epistola dedicatoria. L'opera è stata dedicata al re di Francia Francesco I, in un'epoca in cui Calvino sperava di attrarlo verso la Riforma, e a tal fine la dedica è piena di assicurazioni sul lealismo dei protestanti e sulla loro

totale avversità nei confronti degli errori degli anabattisti. Non è evidentemente in questione la buona fede di Calvino; ciò che importa è che egli vi espone il suo pensiero sincero, costruito, come quello di Lutero, sulla Sacra Scrittura: ogni uomo deve essere sottomesso all'autorità superiore, perché essa viene da Dio; Dio ordina l'ubbidienza anche nei confronti dei tiranni e non vuole che i sudditi si intromettano negli affari pubblici temporali se non vi siano stati invitati dal sovrano. Tutti i sudditi devono ubbidire al sovrano come i figli devono ubbidire al padre. Calvino rispetta a tal punto l'ordine politico temporale, da ritenere che il regime monarchico sia in assoluto il migliore e che sia da considerare di diritto divino.

Senza dubbio, se leggiamo tutto il capitolo sul governo civile, scopriamo che c'è qualche passaggio che è suscettibile di aprire la via alle future tesi liberali dei monarcomachi protestanti. San Pietro dice che bisogna ubbidire più a Dio che agli uomini e questa affermazione sottrae la fede alla sfera sottoposta all'autorità temporale. D'altra parte non esiste un regime che sia puramente monarchico; esistono costituzioni in cui la monarchia è temperata da elementi di oligarchia e in questo caso l'ubbidienza dovuta al sovrano sarà limitata da quella dovuta alle altre magistrature. La potestà legislativa più che al monarca è riconosciuta, generalmente, al «magistrato». Dio suscita nella storia vendicatori contro i tiranni. Ecco elementi per giustificare le rivolte degli ugonotti francesi o dei puritani inglesi. Ma non sono altro, questi, che semplici accenni; considerando la dottrina di Calvino nel suo insieme, non c'è dubbio che essa neghi ai sudditi ogni diritto di resistenza contro l'autorità stabilita.

Concluderei che per Calvino il diritto che ha validità nei confronti dei sudditi ha come fonte le disposizioni del sovrano. La distribuzione delle ricchezze e degli onori dipende dalle decisioni del principe e solo del principe o dei suoi delegati, come i ministri o i giudici, ma non da quelle dei giuristi in quanto tali, né dalla dottrina giuridica; nei confronti delle leggi la dottrina non ha alcuna potestà, alcun potere di direzione o di controllo; i giuristi stessi non sono altro che sudditi del principe. Positivismo giuridico. A mio parere, il positivismo è un prodotto del protestantesimo. È vero che nei manuali teologici cattolici si può leggere la tesi per la quale la giustizia distributiva si fonda unicamente sull'autorità dello stato; ma credo che una simile opinione contraddica l'autentico insegnamento di San Tommaso e che si sia formata nella cultura scolastica piuttosto tardi e per spinte devianti. È il protestantesimo di Calvino, fondato, come quello di Lutero, sui testi dell'*Epistola ai Romani*, che ha promosso nel pensiero moderno il primato delle leggi positive umane, almeno nei limiti in cui ha prescritto ai sudditi un'ubbidienza senza restrizioni agli ordini dell'autorità.

2. *Le fonti della legislazione*

Siamo ancora lontani dall'aver detto tutto sulla dottrina di Calvino, che riguardo al diritto è meno incompleta di quella di Lutero. Nel sistema del pensiero giuridico moderno, che sulle orme di Calvino conferisce un'assoluta autorità alle leggi positive dello stato, va sottolineato il fatto che il problema delle fonti del diritto si divide in due: da una parte c'è la questione delle *fonti del diritto*, così come essa si

presenta ai giuristi, in quanto teorici, o come più in generale si presenta ai membri di un gruppo politico. È una questione semplice, di cui abbiamo già ricordato la soluzione: i sudditi devono ubbidire agli ordini del sovrano (o di coloro cui il sovrano conferisce apposita potestà). Ma rimane l'altra questione, quella delle *fonti della legislazione*; è qui che per molti studiosi del giorno d'oggi si colloca la questione della *giustizia* (per alcuni anche quella del diritto naturale); la giustizia non sarebbe ormai altro, quindi, che un problema di *politica legislativa*. Questo problema Lutero non l'aveva affrontato, se non per scongiurare i principi di modellare per quanto era loro possibile le loro leggi alle leggi divine. Questo consiglio non era valido che per un settore molto limitato della legislazione (dato che le leggi divine positive non riguardano la distinzione del mio e del tuo, né la distribuzione dei beni temporali; non attengono cioè al diritto propriamente detto). Quanto al resto, si ricorderà che Lutero aveva adottato nei confronti dell'autorità temporale un atteggiamento umile e sottomesso, quello stesso atteggiamento che, secondo la lezione di San Paolo, egli predicava agli altri; e che era il suo stesso temperamento, violentemente irrazionalistico, e fortemente sdegnoso dei beni temporali, che lo induceva a rimettersi su questo punto all'arbitrio del legislatore. Calvino non conosce simili riserve; non c'è nessuno cui egli, in nome della Scrittura, non rivolga ammaestramenti; la sua situazione a Ginevra, per di più, è una situazione di potere, anche sugli organi della città incaricati di custodire l'ordine politico. Ecco perché troviamo nella sua opera accanto a lezioni di morale destinate ai sudditi del sovrano (che non sono altro che esortazioni all'ubbidienza) ammaestramenti indirizzati alle autorità temporali, sull'arte di legiferare o di giudicare in assenza di leggi.

Su questo punto è possibile far emergere dall'opera di Calvino, anche se poco esplicitate e trattate non sistematicamente, due idee che ritengo importanti: in primo luogo che la *ragione umana* ha una funzione da esercitare in quest'ambito; e in secondo luogo - il che mi pare assolutamente nuovo e fruttuoso per il futuro - il rispetto per le situazioni di *fatto*.

3. *La ragione*

Su questo punto la differenza tra Calvino e Lutero è rilevante. Calvino, voglia quel che voglia, non può essere un irrazionalista; ha studiato troppa logica, è troppo dotto, troppo impregnato di formazione umanistica; tutti elementi, questi, che mancavano a Lutero. La ragione corrotta dell'uomo non ha di certo alcuna capacità di conoscere le vie della salvezza ed anche di elevarsi alla giustizia; ma ha senz'altro una sua sicura competenza per faccende secondarie come la ripartizione delle ricchezze.

Apriamo l'*Institution chrétienne*. Vi leggiamo che ci sono «alcune idee generali sull'onestà e sull'ordine civile che sono impresse nell'intelletto di ogni uomo. Da ciò deriva il fatto che non si trova nessuno che non ammetta che ogni assemblea debba regolarsi in base a una qualche legge e che non abbia nel suo intelletto un qualche principio in ordine a questa legge»; vi leggiamo altresì che tutti gli uomini, malgrado le divergenze che possano esserci tra di loro, «concordano nel riconoscere

una qualche misura di equità»; «che c'è in tutti gli uomini un qualche principio relativo all'ordine politico; il che è un grande argomento per sostenere che nessun uomo è privato del lume della ragione in ordine al governo della vita temporale». Si legga anche questo brano: «Bisogna fare quindi una distinzione: l'intelligenza delle cose terrene è altra cosa rispetto a quella delle cose celesti. Chiamo cose terrene quelle che non riguardano Dio e il suo Regno, né la vera giustizia e l'immortalità della vita futura, ma quelle che sono connesse con la vita presente e per dir così rinserrate entro i limiti di questa. Chiamo cose celesti quelle che costituiscono la regola e la ragione della vera giustizia e i misteri del Regno celeste. Rientrano tra le cose terrene: la dottrina politica, la maniera di ben governare la propria casa, le arti meccaniche, la filosofia e tutte le discipline che vengono chiamate liberali».

Siamo ben vicini alla scolastica tomista, a parte il fatto che Calvino insiste nel negare alla ragione ogni competenza sulla vera giustizia; ma egli le rende la sua autorità nell'ambito della «politica» e dell'economia. E se sembra che egli si contraddica, avendo insegnato che la ragione umana è integralmente *distrutta* dal peccato originale, basta far intervenire nel discorso il tema della «grazia comune» che Dio conferisce a tutti gli uomini e che è sufficiente per questi livelli inferiori di conoscenza.

Ma allora non arriverà Calvino, di questo passo, ad invocare la «natura»? In una sua pagina possiamo leggere: «l'uomo è per natura socievole»; affermazione che, per la verità, risente più dell'influenza stoica che di quella aristotelica. E nei commentari ai salmi leggiamo inni all'ordine della provvidenza: «tutto l'ordine della natura è una testimonianza del paterno amore di Dio verso di noi». Ci sono anche passi in cui sembra che Calvino si ricordi dei suoi antichi studi giuridici: «Ora, come potremmo negare che gli antichi giurisperiti non abbiano posseduto grande lucidità e saggezza, nel costruire un ordinamento così buono e un sistema politico così equo?». Si può sostenere che Calvino (a parte il fatto che predica l'ubbidienza assoluta dei sudditi nei confronti delle leggi positive) ritorni al diritto naturale, almeno dal punto di vista della legislazione? Qualcuno l'ha sostenuto, ma noi non ci spingeremo fino a questo punto. Si cade facilmente in errore, quando si argomenta a partire da citazioni isolate, estratte dal loro contesto. Nell'insieme, Calvino appare profondamente convinto della corruzione della *natura*; e, come vedremo ben presto, fa riferimento all'ordine della provvidenza in un senso profondamente diverso da come l'avevano inteso Aristotele e San Tommaso. Al massimo egli poteva farsi difensore della concezione (ben diversa) di una legislazione *razionale*. Ma egli non si inoltra nemmeno lungo questa via. Calvino è profondamente permeato dall'idea dell'assoluta corruzione della nostra ragione naturale; se ci può fornire qualche bagliore nelle cose profane, essa non può però darci in generale alcuna luce. Per Calvino la ragione può al più servire come ausilio, come strumento logico (proprio come nei nominalisti): è in questo senso che egli le riconosce un ruolo in ordine all'esperienza giuridica. La ragione però non ha la dignità di fonte del diritto. La finalità e il senso della sua teologia, come di quella di Lutero, consistono nell'avvilire profondamente la ragione umana. Arriveremo al contro-senso di vedere in Calvino il precursore dell'indecente razionalismo del secolo dei Lumi e della

«Scuola del diritto naturale» moderno? Ci limitiamo a rilevare che si danno nella sua opera alcune *aperture*, che consentiranno, più tardi, ai suoi discepoli più infedeli di fuoruscite dalla sua dottrina, per farsi promotori di un diritto di origine razionalistica.

4. Il fatto, fonte di diritto

E arriviamo al secondo punto, ordinariamente frainteso, ma che mi sembra il più significativo. Leggendo le opere di Calvino, si nota con meraviglia come egli insistentemente inviti il legislatore a mantenere l'ordine sociale esistente. In altre parole, la scienza del diritto, nella prospettiva di Calvino, deve calibrarsi soprattutto sul fatto, che essa ha il compito di tutelare.

Il diritto ha essenzialmente un fine di *conservazione*. Nel capitolo dedicato al governo civile, Calvino afferma che uno degli scopi principali del magistrato è quello di «conservare i beni»; ed esorta i cittadini privati a che non cadano in peccato «quando ricorrono al conforto dei magistrati per la conservazione dei loro beni». In questi casi è lecito far ricorso alla forza pubblica: «Quando qualcuno vedrà che è possibile *difendere i propri beni* senza recare offesa né danno alla carità, sappia che non commette alcunché contro la prescrizione di San Paolo. In particolare se la cosa è di rilevante importanza e se il danno è grave a sopportarsi». La giustizia pretende che «a ciascuno sia garantito ciò che è suo»; essa prescrive «di *difendere* i beni di ciascuno». «Che i giudici *garantiscano* correttamente a ciascuno ciò che gli appartiene».

Non c'è in Calvino alcun interesse per il problema della distribuzione dei beni, ma solo per l'assetto proprietario già di fatto vigente. Paragoniamo il trattato sul furto, che compare nella *Summa Tbeologiae* di San Tommaso d'Aquino con la corrispondente trattazione di Calvino nel capitolo dedicato alla legge nell'*Institution* chrétienne. San Tommaso va alla ricerca degli argomenti in base ai quali si può giustificare la proprietà ed in quali limiti questa sia giustificabile: ne segue, di conseguenza, la chiarificazione dei casi in cui il furto è punibile. Calvino evita accuratamente queste complicazioni. «Non rubare»: il precetto biblico vale contro ogni attentato alla ripartizione vigente delle proprietà. Si comparino i due trattati sul giusto salario: anche se sa benissimo che il livello salariale concreto deve essere «determinato» con un intervento arbitrario della legge, o mediante un accordo esplicito o attraverso la consuetudine, San Tommaso cerca comunque di determinare alcuni elementi imprescindibili nella determinazione di qual sia un salario giusto. Nulla di tutto ciò in Calvino; le indicazioni che egli dà sono così vaghe, che non possono avere altra valenza se non quella di un rinvio all'importo convenuto tra le parti o a quello determinato dal mercato.

Perché questa sottomissione al fatto? La teologia di Calvino ce ne dà una chiara motivazione: le situazioni di fatto sono quelle così determinate dalla provvidenza; questo è il senso specifico della nozione calvinista di ordine provvidenziale (ben diversa da quella di ordine naturale propria dell'aristotelismo e del tomismo). «Questo mondo è governato dalla mano e dalla saggezza (di Dio) e le cose degli uomini non sono abbandonate al caso o all'evento fortuito, come credono gli uomini

profani». Si può quindi dire che la ripartizione delle ricchezze è stata operata da Dio stesso, esattamente nel modo che è sotto i nostri occhi: «Dobbiamo ritenere che ciò che è posseduto da ciascuno non gli è capitato per caso, ma per la volontà di colui che è signore, padrone e sovrano di tutto». Calvino dice al povero: «Sei un sacrilego, quando vai a rubare il bene altrui, quando *sottrai dalla mano di Dio, ciò che egli ha riservato ad un altro*».

Capiamo bene, a questo punto, perché nel sistema di Calvino non c'è alcuna necessità di porre domande alla ragione, di scrutare la natura, di scoprire un ordine più giusto di ripartizione dei beni; lo stato attuale delle proprietà è esso stesso di origine divina. Dio chiaramente non ha attribuito le ricchezze attraverso le leggi della Scrittura; egli ha seguito un'altra via, quella dell'evento provvidenziale. E dato che la morale è il rispetto delle leggi della Sacra Scrittura, analogamente il diritto (in senso stretto) è il rispetto del fatto storico, che porta il segno della provvidenza. Ne segue che il diritto di proprietà deve modellarsi sui possessi fattualmente esistenti e i diritti di credito sul tenore letterale dei contratti.

Diciamo, tra parentesi, che questa è la via che verrà poi percorsa dal diritto moderno. In particolare, nella «Scuola del diritto naturale», quella del calvinista Grozio e dei suoi discepoli, prenderà piede la tendenza a fondare la proprietà di ciascuno sul possesso precedente; da questo momento in poi il principale modo di «acquisto della proprietà» sarà l'*occupazione*, sia che si parli di immobili, che di imperi o di territori coloniali. È un dato di grande novità, questo, assolutamente estraneo alla tradizione romanistica, come ha ben mostrato l'Arnaud. Vediamo qui quali siano le fondamenta del sistema liberale inglese e francese-rivoluzionario.

La ragion d'essere dei giuristi è dunque quella di preservare i grandi patrimoni nella loro preesistenza. È una soluzione che è piaciuta, perché favorevole ai potenti di questo mondo, sia che si tratti di individui, che di classi sociali o di nazioni. Ed in essa è da vedere probabilmente il vizio del diritto europeo moderno.

La dottrina di Calvino viene quindi ad intrecciarsi con la logica del positivismo in un senso nuovo, più completo e filosofico. È la dottrina della sottomissione al *fatto positivo*. *Accettazione*: questo è l'atteggiamento del fedele che si inchina di fronte al fatto provvidenziale. Accettazione degli ordini dell'autorità, perfino degli ordini del tiranno: questa è la dimensione che abbiamo chiamato giuspositivistica del pensiero di Calvino. Ma anche accettazione, da parte del legislatore, dell'ineguaglianza delle fortune e delle condizioni sociali stabilite dalla provvidenza. E credo che non sia questa l'ultima parola di Calvino sul diritto.

5. *L'essenza del diritto*

Abbiamo detto quanto dovevamo sulle fonti del diritto; per concludere aggiungiamo qualcosa sulla sua essenza. Abbiamo visto a cosa abbia condotto quell'atteggiamento di promozione esasperata della morale, in cui si riassume l'insegnamento di Calvino: proprio perché si tratta di una morale di tipo giudaico che, relativamente indifferente nei confronti dei beni temporali, dà poco spazio alla giustizia nel senso specifico del termine, Calvino trascura il problema della distribuzione dei beni, che era per i classici l'unico vero problema della scienza del

diritto. È un modo ben semplicistico di risolvere il problema delle fonti e del contenuto del diritto quello di schiacciare il diritto sul fatto. Calvino si comporta nei confronti del diritto un po' come Alessandro davanti al nodo di Gordio: risolve il problema sopprimendolo.

Si potrebbe dire che la posizione di Calvino è, dopo tutto, l'unica realistica; che il diritto non ha mai fatto altro che mantenere e sanzionare situazioni di fatto, convertire il possesso in proprietà, mettersi al servizio dei ricchi e insegnare l'ubbidienza nei rispetti delle leggi promananti dall'autorità vigente; e che tutto questo il diritto l'ha sempre fatto senza che mai ci fosse stato il bisogno di ricorrere a giustificazioni teologiche. Scettici come siamo, al giorno d'oggi, nei confronti del diritto naturale, ci è diventato difficile concepire altre finalità per l'arte del diritto che non siano quelle del positivismo. Ma un'altra concezione è peraltro esistita. La dottrina classica assegnava al diritto come finalità non quella di «garantire» a ciascuno la sua proprietà, ma quella di *attribuire* a ciascuno il suo; il mestiere del giurista consisteva nell'esercizio della giustizia «distributiva» e del suo complemento, la giustizia «commutativa», quando il trasferimento di un bene veniva a modificare l'equilibrio dei patrimoni e si rendeva necessario «correggere» questo squilibrio. Non che si ritenesse che questi problemi potessero avere soluzioni semplici, né stabilite una volta per tutte, ma non si disperava di poterli affrontare. Ecco ciò che manca a Calvino, così come ciò che manca più o meno nella morale giudaica: la consapevolezza di qual sia l'essenza del diritto. La giustizia distributiva non significa nulla per Calvino, che è troppo spiritualista - o forse troppo individualista - per riconoscere un *valore* nella giusta distribuzione dei beni. Si veda come egli ne parla nel commento all'*Epistola ai Corinzi*; potrete constatare come egli si faccia beffe dello stesso problema.

Quale può essere dunque il compito del diritto, se non è più quello di dare a ciascuno il suo? Non gli rimane più che perdere la propria autonomia, e diventare l'appendice di un'altra scienza; per alcuni questa deve essere l'economia; per Calvino invece è la morale. Proprio come in Lutero, ecco che il diritto tende a diventare lo strumento di coercizione di un'etica religiosa dedotta dalla Sacra Scrittura: Calvino non cessa mai, come Lutero, di rammentare che il sovrano è «ministro di Dio per servire la sua ira e per prendere le dovute vendette nei confronti di coloro che compiono il male»; per rendere applicabile il Decalogo, bisogna corredarlo di norme ulteriori, adatte alle sempre mutevoli condizioni storiche e capaci di stabilire, in base a questi presupposti, l'entità delle *pene*. In ciò si riassume il compito del legislatore. Come abbiamo già detto, la società europea moderna (intendo quella che va dal XVI al XIX secolo) è stata governata più dalle leggi della morale cristiana (non rubare, non venir meno alle promesse, non commettere omicidio, violenze, adulterio) che da un diritto di provenienza greco-romana. Di fronte alla morale, non c'è altri che lo stato e il diritto, che fanno da gendarmi e che la sanzionano. E forse non è detto che questo non sia un buon sistema di controllo sociale. Ma ha anche le sue insufficienze.

Più ancora che quella di Lutero, la dottrina di Calvino grazie alla chiarezza metodologica che la contraddistingue e all'eccellenza della formazione intellettuale

del suo autore, ci aiuta a capire quale sia stato l'effetto del protestantesimo nell'Europa moderna. Nella storia della filosofia del diritto, la Riforma ci appare come il prolungamento degli sforzi di Occam e della sua scuola; essa continua il movimento, promosso dalla scolastica francescana, di regressione verso l'agostinismo medievale, distruttore del diritto naturale. La Riforma abbandona tutte le acquisizioni dell'umanesimo della scuola tomista; abbandona la saggia teoria del diritto, elaborata dai Greci; ossessionata dalla parola d'ordine del ritorno alle fonti bibliche, essa amputa la morale classica di uno dei suoi capitoli più sottili, ma anche più essenziali, quello della giustizia sociale e del diritto. E queste furono le vie che portarono al positivismo moderno.

È anche vero che questi esiti della sua teologia, in ambiti ai quali egli dava poca importanza, Calvino non li ha né previsti, né particolarmente anticipati. Come i luterani, a partire da Melantone, non hanno seguito a questo riguardo tutti gli insegnamenti del maestro, così è successo che i calvinisti, a partire dal XVI secolo, abbiano sviluppato le dottrine politiche e giuridiche di Calvino in differenti direzioni. I calvinisti non hanno vissuto in un mondo chiuso, né sono rimasti insensibili ad altre influenze, ivi compresa quella della scolastica cattolica. Si può certamente essere calvinisti senza seguire Calvino in tutte le tesi cui abbiamo accennato e che ci sembrano riassumere il senso generale della sua dottrina e l'essenziale della sua influenza.

Parte seconda
LA FILOSOFIA DEL DIRITTO DELLA RIFORMA CATTOLICA

INTRODUZIONE

Che Lutero e Calvino siano dei maestri della cultura moderna, lo sanno tutti. Molto meno nota è l'opera della scolastica cattolica del XVI secolo. È un'opera di rilievo, anche se alcuni sostengono (il che non è del tutto corretto) che essa abbia avuto influenza solo nei paesi rimasti nell'alveo del cattolicesimo: l'Italia, la Spagna, la Francia, il territorio dell'attuale Belgio, una parte della Germania, ecc. Né si può dire che la scolastica cattolica del cinquecento sia stata culturalmente poco agguerrita; Ginevra, la Germania, i Paesi Bassi furono certamente grandi centri culturali; ma non furono da meno, in questo secolo, l'Italia, la Spagna o la Francia.

Anche se questi paesi furono il centro dell'umanesimo e conobbero quindi una notevole rinascita del pensiero pagano, va detto che la filosofia restò in essi sotto il controllo dei teologi e della Chiesa. È un fenomeno che possiamo ben verificare per la filosofia del diritto: la letteratura giuridica deve molto al movimento religioso cattolico della Controriforma. Di fronte alla sfida che le è stata lanciata e all'immenso pericolo che la minaccia, la Chiesa cattolica si è risvegliata e molto spesso nel difendersi si è indurita in un atteggiamento negativo e reazionario: accusa, questa, che è oggi di moda rivolgere contro il Concilio di Trento (1545-1563) e contro la grande fioritura di opere di dogmatica, di morale, di apologetica che contrassegnano l'epoca tridentina e post-tridentina. Si sottolineano con forza l'autorità del papa, il dovere di fedeltà alla tradizione, i pericoli che nascono da una lettura diretta della Bibbia. Ma la scolastica cattolica del XVI secolo non è solo un movimento difensivo, è anche una fioritura autonoma di cultura, come dimostra, del resto, il fatto che i suoi inizi sono anteriori a quelli del movimento protestante. Già all'inizio del XVI secolo, senza parlare dei centri teologici italiani, l'Università di Salamanca in Spagna era in piena fioritura: Vitoria vi insegna dal 1512, cinque anni prima della rivolta di Lutero. È questo il motivo per cui molti storici non amano l'espressione «Controriforma» e preferiscono parlare di «Riforma cattolica».

Gli storici sono in genere stati molto ingiusti, fino ad epoche recentissime, nei confronti della scolastica cattolica del XVI secolo: si tratta di un'eredità dei pregiudizi anticlericali del XVIII e del XIX secolo. Su tutto ciò che aveva orientato l'educazione dei nostri antenati sotto l'*Ancien Régime*, sul Gaetano, su Vitoria, su Bellarmino, su Suarez, si è fatto cadere l'oblio. Un esempio: si è ripetuto a iosa che Grozio è l'inventore del diritto internazionale moderno e che Althusius è quello del diritto costituzionale: l'uno e l'altro si sono avvantaggiati del fatto di essere protestanti e di tendenza laicizzante. Si riteneva ovvio che il punto di partenza della cultura moderna dovesse essere rinvenuto al di fuori della Chiesa cattolica. Ma oramai gli internazionalisti riconoscono che gli spagnoli Vitoria, Soto e Suarez e alcuni italiani della scolastica cattolica del XVI secolo sono i veri «fondatori del

diritto internazionale» e in filosofia del diritto si riconosce sempre di più quanto grande sia stata l'importanza e l'influenza di un Suarez.

Quello della riforma cattolica è un campo di studio vastissimo e in gran parte ancora inesplorato: non potremo pretendere di darne una visione di insieme. Scelgo di trattare di preferenza la scolastica spagnola e faremo qualche sondaggio nelle opere di due autori particolarmente illustri, Vitoria e Suarez.

Capitolo primo, **NOZIONI GENERALI SULLA SCOLASTICA SPAGNOLA**

I. *Introduzione*

Siamo giunti al momento in cui dobbiamo rivolgere la nostra attenzione alla Spagna: il XVI secolo è l'epoca della preponderanza spagnola in Europa. E il secolo in cui il re di Spagna Carlo v e il suo successore Filippo II affermano con orgoglio di regnare su di un impero «in cui non tramonta mai il sole». Ricordiamo che la Spagna è rimasta alleata della Germania sotto Carlo v, e che sotto Filippo II essa è ancora collegata a quel grande centro commerciale ed intellettuale che sono le Fiandre; solo nel 1579 le Provincie Unite otterranno l'indipendenza. Il XVI secolo in Spagna è il secolo d'oro, il secolo del Greco e dell'Escorial, di Cervantes, di Lope de Vega, del grande umanista Vivés, di Luigi di Granada, di Santa Teresa d'Avila, di San Giovanni della Croce e di Ignazio di Loyola.

Per quanto riguarda gli studi superiori, l'egemonia appartiene stabilmente alla grande università spagnola di Salamanca. Ci sono altre vivacissime università in Spagna, in Portogallo, in Francia, in Belgio (Lovanio) e un buon centro di studi a Roma. Ma la capitale culturale dell'epoca è Salamanca: si visitano ancora le sale in cui si facevano le lezioni: aule minuscole se paragonate ai moderni anfiteatri delle nostre Facoltà: ma è chiaro che non è da questa prospettiva che si devono giudicare né il valore, né l'influenza, né la novità di un insegnamento.

C'è un dato di fatto da tener presente: è ben poco probabile che i professori di diritto del xx secolo raggiungano tanta fama come quelli di Salamanca: il giurista Corraruvias (divenuto in seguito arcivescovo di Santo Domingo in America e che partecipò anche al Concilio di Trento) era così celebre nel suo tempo, da ricevere il soprannome di *Bartolus Hispanicus*. E le ricerche del Reibstein hanno recentemente messo in rilievo le iniziative fondamentali del laico Fernando Vazquez (chiamato altresì Vazquez de Menchaca), l'autore delle *Controversiae illustres* (1559), diffuse in tutta l'Europa.

Ma la specificità della scienza spagnola del XVI secolo, come abbiamo già detto, sta nel fatto che è in mano ai chierici e soprattutto agli ordini religiosi: ecco perché lo studio del diritto porta con sé una forte aliquota di teologia e di filosofia del diritto. Nel nostro campo, gli ordini religiosi più influenti sono quelli dei Frati predicatori e dei Gesuiti.

In primo luogo, i Predicatori. Tra costoro, Vitoria meriterà un'attenzione particolare. Ricordiamo poi De Soto (1499-1560), prozio di Vitoria, maestro di questioni coloniali, che scrive un trattato *De justitia et jure*, nel 1556, e tante altre

opere, al punto che si dice di lui: «Qui scit Sotum, scit totum». Vanno anche citati A. De Castro (1495-1558), specialista di diritto penale, autore del *De potestate legis poenalis* (1556), Medina (1527-1580), di cui possediamo il commento al trattato sulle leggi di San Tommaso e Banez, il grande teologo ed avversario del molinismo.

Poi, i Gesuiti. L'ordine della Compagnia di Gesù data dal 1537 e quasi subito invade Salamanca, come tutti gli altri grandi centri di studio dell'Europa cattolica. Citiamo Gabriel Vazquez (1531-1604), da non confondere con il laico Ferdinando Vazquez: è professore a Madrid, e in seguito a Roma e ad Alcalà e rappresenta una dottrina del diritto risolutamente opposta al volontarismo e precorritrice del razionalismo moderno, e Molina (1535-1600) che doveva divenire una delle vittime della polemica di Pascal. Da Molina deriva la dottrina chiamata per l'appunto «molinismo» e cioè una teologia risolutamente avversa al protestantesimo, che esalta la libertà e la capacità dell'uomo di conseguire la salvezza grazie ai suoi meriti. Di Molina abbiamo un trattato, *De justitia et jure*, che è di grande importanza per i filosofi del diritto; anche lui, contro le tendenze nominalistiche luterane e calviniste, restaura l'*obiettività* del diritto naturale. Di Mariana sono note le idee sul tirannicidio, più volte condannate dal Parlamento di Parigi. La scuola gesuitica porta all'estremo la reazione cattolica; fuori della Spagna è rappresentata dall'olandese Lessius, autore anche lui di un *De justitia et jure* e dal Cardinale Bellarmino (1542-1621): ambedue furono professori a Lovanio. Ma il più grande dei maestri della riforma cattolica fu senza dubbio lo spagnolo Francesco Suarez, al quale dovremo dedicare un apposito capitolo.

Non posso dire di conoscere tutti gli autori che ho citato. Ma per orientarci meglio, prima di passare all'analisi di singoli autori, sarà forse opportuno cercare di fornire un quadro generale, anche se provvisorio, della loro opera. Si nota chiaramente in essi la reazione antiprotestante ed il ritorno al pensiero di San Tommaso; ma si avrebbe torto se si credesse che la novità del loro pensiero si riassume tutta in questa formula.

II. La restaurazione del tomismo

Il merito principale che viene riconosciuto agli scolastici spagnoli è quello della restaurazione del tomismo. Vediamo quanto questa sia davvero dipesa dalla loro iniziativa e il significato che ha avuto nella storia della teologia e in quella del diritto.

È da dire intanto che la restaurazione del tomismo non è propria della sola Spagna ed anzi che propriamente parlando una vera restaurazione non c'è mai stata, perché mai era stato tralasciato lo studio delle opere di San Tommaso. Mentre la maggior parte delle scuole teologiche dal XIV secolo in poi adotta come manuale di studio le *Sentenze* di Pietro Lombardo, che sono commentate anche da Scoto e da Occam, più che le opere tomiste, a Roma, agli inizi del XVI secolo, il Cardinale Gaetano (che era stato l'avversario di Lutero alla dieta di Worms) compone il suo grande commento alla *Summa Theologiae* (1507-1522). Quando Leone XIII ha promosso nel 1879 una nuova restaurazione della teologia tomista, ha ordinato di leggere il commento del Gaetano insieme con la *Summa Theologiae* (e assieme alla *Summa*

contra gentiles il commento del Fr. de Sylvestris). Nel convento Saint-Jacques di Parigi, all'incirca nella stessa epoca, Pierre de Bruxelles, detto altresì Pierre Crockaert, legge la *Summa* e tra i suoi allievi figura il Vitoria; lo stesso Vitoria nel 1512, a Parigi, collabora ad un'edizione a stampa della *Secunda Secundae*; siamo agli inizi dell'epoca della carta stampata.

È ben significativo che Vitoria abbia subito trapiantato questi metodi a Salamanca. Fu così che la Summa di San Tommaso è divenuta la base degli studi del più grande centro intellettuale del mondo cattolico: ovviamente grazie ai domenicani, che forse non han fatto altro che rinverdire la tradizione del loro ordine. Ma i maestri gesuiti, a loro volta, si comportano nella stessa maniera. Le opere che abbiamo già citato di Vitoria, Soto, Medina, Banez, Melchiorre Cano, Vazquez, Molina, Lessius o Suarez, e che interessano la nostra disciplina, sono quasi tutte commenti al trattato sulle leggi di San Tommaso o al suo trattato *De jure et justitia*. Anche se la scolastica francescana sopravvive e permangono cattedre di «scotismo», è la tradizione tomista - o almeno l'ordine del suo sistema - che trionfa in Spagna e dalla Spagna si diffonde in tutto il mondo cattolico. Il successo del tomismo è tale, che nel 1559 il papa decide di proclamare San Tommaso dottore della Chiesa. È stato, a mio parere, un bel servizio quello che la Spagna ha reso a tutta l'Europa moderna: l'opera di San Tommaso poteva anche restare ignota, come lo è poi divenuta. Grazie invece a Vitoria e ai suoi colleghi di Salamanca, essa, sia pure trasmessa con maggiore o minore fedeltà, è entrata a far parte dell'arsenale della cultura dell'Europa moderna.

Perché questo rinnovamento del tomismo? Perché i gesuiti hanno adottato San Tommaso piuttosto che Pietro Lombardo? Per quel che concerne i gesuiti, è evidente la loro volontà di opporsi al protestantesimo. Pietro Lombardo è agostinista: è una delle vie che conducono, o rischiano di condurre, attraverso il nominalismo, al luteranesimo o al calvinismo. Quanto alla «forma», Pietro Lombardo non si ispira che alla sola Scrittura e ai commentari patristici alla Scrittura; San Tommaso, invece, conosce altre fonti; è egli stesso un'altra fonte; in questo senso è più cattolico. E quanto all'essenziale, ciò che i gesuiti sperano di trarre da San Tommaso, nel loro desiderio di *combattere* contro l'eresia protestante, è il senso della libertà dell'uomo e della partecipazione dell'uomo e dei suoi meriti personali all'opera stessa della salvezza. I gesuiti spinsero questa tendenza fino al «molinismo», fino alla tesi della «grazia sufficiente», donata da Dio a tutti gli uomini, contro la dottrina calvinista della predestinazione. Conosciamo tutti, almeno un poco, grazie alle Provinciali di Pascal, la teologia dei gesuiti. Pascal esercita tutta la sua verve contro questa teoria della grazia e della libertà e contro la morale lassista propria della casistica. È anche vero però che il domenicano Banez, proprio a Salamanca, aveva già criticato le tesi dei gesuiti e negato che la loro teologia fosse effettivamente fedele a quella di San Tommaso.

III. Il ritorno al diritto naturale

La scuola di Salamanca riprende, dalla *Summa Theologiae*, in particolare la nozione di *diritto naturale*: diversamente da Lutero ed anche da Calvino, la cui

tendenza è quella di negare che la ragione dell'uomo abbia di per sé la capacità di individuare quale soluzione sia obiettivamente giusta, la scuola di Salamanca ribadisce che esistono fonti naturali del diritto: è all'intelligenza umana, anche a quella degli infedeli, a quella di Aristotele e di Cicerone e dei giuristi romani, che bisogna domandare quali siano le regole della giustizia. Questa era la dottrina che San Tommaso aveva avuto l'audacia di proporre; ma i maestri di Salamanca, nella loro decisa volontà di reagire contro il protestantesimo, vanno al di là dei limiti della dottrina tomista.

In primo luogo, infatti, pur senza cessare di essere teologi e di riservare ai chierici la direzione di tutti gli studi, essi insistono ben volentieri sul tema della *laicità* del diritto, uno al punto di negare (il che è tutt'altra cosa) che la fonte del diritto sia Dio. C'è una celebre formula, che è stata a lungo attribuita a Grozio, quella per la quale il diritto naturale sarebbe esattamente lo stesso, quand'anche Dio non esistesse affatto: *etsi daremus Deum non esse*. Dio stesso non potrebbe impedire che la somma di due più due non faccia quattro; allo stesso modo non potrebbe mutare in nulla le verità della scienza del diritto. In altre parole, i dati giusnaturalistici, anche se ben conosciuti da Dio, non sarebbero creazioni della sua volontà. Ora, Grozio non è affatto l'inventore di questa formula; il primo germe di essa si può rinvenire in un maestro nominalista della fine del XIV secolo: secondo Gregorio da Rimini, il giusto non avrebbe bisogno, per essere tale, di un comando promanante dalla volontà di Dio (*lex imperativa*), ma promanerebbe in primo luogo dalla sua intelligenza e da una prima forma di legge, chiamata «indicativa» (*lex indicativa*). La dottrina di Gregorio da Rimini era stata ripresa da Gabriel Biel. Ma sono stati soprattutto i gesuiti spagnoli del cinquecento che, nel loro desiderio di salvare l'origine profana del diritto, hanno insistito uno ad affermare la tesi della totale indipendenza del diritto nei rispetti di Dio. Il gesuita Molina insegna che bisogna dedurre il diritto dalla sola «natura delle cose»; si può dunque fare a meno di Dio nella scienza del diritto. È soprattutto Gabriel Vazquez che considera il diritto incluso nell'essenza delle cose e perviene, quasi letteralmente, alla formula di Grozio. La formula si riscontra anche in Bellarmino.

È evidente che questa dottrina va al di là del pensiero di San Tommaso, che poneva in Dio le radici del diritto naturale: per San Tommaso, tutta la natura, con l'ordine che essa ha in sé, è frutto della *bontà* di Dio; la conoscenza del diritto la si ottiene grazie all'osservazione della natura, senza dubbio, ma l'ordine naturale stesso procede da Dio-amore; ecco perché la capacità di illuminazione portata dalla fede cristiana non è affatto superflua per chi voglia studiare il diritto naturale. Eccedendo nella loro polemica antiprotestante, i gesuiti anticipano quel futuro *razionalismo* che conquisterà il mondo moderno, e che orienterà la maggior parte della Scuola del diritto naturale verso un laicismo integrale. Si noti che anche queste tesi estremizzanti di Molina e di Vazquez non hanno avuto l'adesione di tutti i maestri di Salamanca: lo stesso Suarez se ne discosterà, il laico Ferdinand Vazquez le criticherà decisamente e i domenicani resteranno fedeli alla dottrina più equilibrata di San Tommaso.

Ciò però in cui tutti sono d'accordo è il principio, tipico della dottrina tomista, secondo il quale le fonti profane e pagane del diritto, accessibili alla ragione naturale che osserva il mondo naturale, non sono assolutamente da trascurare per la conoscenza del diritto. C'è un secondo elemento con cui viene arricchita la dottrina di San Tommaso. L'Aquinate aveva fatto riferimento nella sua opera agli autori noti alla scienza del suo tempo e principalmente ad Aristotele. Nel XVI secolo, una tendenza analoga induce i teologi a rifarsi a un settore differente della cultura antica: come vedremo meglio più avanti, l'umanesimo ha riscoperto una nuova serie di dottrine filosofiche greco-romane, lo stoicismo, l'epicureismo e lo scetticismo accademico, nella maggior parte dei casi attraverso lo studio degli autori latini. L'umanesimo si è diffuso in Spagna e da nessun'altra parte d'Europa l'influenza di Erasmo è stata così estesa. Le opere di Vitoria sono piene di citazioni di Cicerone, Quintiliano, Seneca, Terenzio; e analogamente deve dirsi di quelle di Suarez. Ed anche se ci si aprì a tutti questi autori pagani nello stesso spirito di un San Tommaso, la diversità dell'approccio non mancò di avere una sua influenza, perché portò, alla fine, ad una deviazione dai principi del tomismo.

Si spiega bene, così, perché la Scuola di Salamanca abbia avuto tutte le ragioni per approfondire gli studi di *diritto romano*, quegli studi che l'umanesimo indirizzava verso vie nuove; Salamanca fu in effetti uno dei centri romanistici più vivaci del XVI secolo (si pensi a Ferdinand Vazquez o a Corraruvias). Mentre Lutero e Calvino, con la loro propensione a tenersi strettamente fedeli alle norme della Scrittura, hanno di fatto sterilizzato la giurisprudenza, la Spagna cattolica collabora ai progressi della scienza giuridica, grazie alle influenze del tomismo.

1. Conseguenze

Sfortunatamente, a causa della mancanza di tempo e di informazione sufficiente, non posso far altro che delineare nelle sole linee generali questo capitolo di storia della filosofia del diritto. Se qualcuno può continuare a restar scettico sulle effettive conseguenze della restaurazione del tomismo, è perché la storia della filosofia del diritto - relegata nei confini di ogni nazione e ben poco aperta ad un respiro europeo - ha sempre trascurato l'apporto della Spagna. A Salamanca il rinnovamento del tomismo si è accompagnato ad una magnifica fioritura di *studi giuridici*, di cui ha tratto beneficio l'Europa intera.

Non c'è nemmeno bisogno di ricordare che il *diritto internazionale*, che è una delle grandi creazioni dell'Europa moderna, è nato in Spagna e che i suoi veri «fondatori» sono tutti spagnoli: Vitoria, Soto, Suarez (siamo debitori alla Fondazione Carnegie per il diritto internazionale delle migliori edizioni delle opere della scolastica spagnola). Il diritto internazionale, come si sa, è stato costruito a partire dal diritto naturale o dal «diritto delle genti». Tutti sanno che gli spagnoli hanno elaborato il *diritto coloniale*: ispirandosi a San Tommaso e mettendo in pratica la dottrina di questo secondo la quale l'origine della sovranità e della proprietà è *naturale*, e cioè indipendente dall'adesione alla fede cristiana, gli spagnoli Vitoria, Soto, Las Casas riconoscono i *diritti* degli Indiani e costruiscono un diritto coloniale, da cui sfortunatamente l'Europa si è distaccata. Ugualmente

rilevante l'apporto spagnolo nel diritto privato, in quanto che la teologia tornista, a differenza di quella di Lutero, favoriva lo studio del diritto romano: ricordo in particolare gli studi, già citati, del Reibstein sul grande giurista Vazquez, che sembra abbia ispirato le successive opere della scuola tedesca del diritto naturale e quelle dei romanisti olandesi. Viene in tal modo in evidenza una linea di continuità, che attraverso Vinnius, cui Pothier è debitore della propria formazione giuridica, giunge fino al Codice Napoleone.

Mi limito a fare un solo esempio, quello del *diritto pubblico costituzionale*: a quali semplicistiche posizioni, anzi a quali posizioni brutalmente assolutistiche, rischiavano di giungere le dottrine di Lutero e perfino quelle di Calvino! Se bisogna attenersi ai precetti di San Paolo sull'ubbidienza, se l'autorità secolare è stabilita nei cieli da Dio per la punizione dei peccatori, se nulla può essere dedotto dalla natura per porre un limite a questo potere sovrano d'origine divina, quale freno il diritto potrà porre all'assolutismo del sovrano? La Germania è spesso caduta preda del dispotismo.

Lavorando a partire dai testi della *Summa Theologiae*, gli scolastici spagnoli hanno trasmesso all'Europa moderna un diritto pubblico di spirito diverso. Il fatto è che San Tommaso aveva tratto il proprio diritto pubblico non dalla lettera della Sacra Scrittura, ma, sulle tracce di Aristotele, dall'osservazione della natura. E la natura non offre alcun modello di dispotismo, né illimitato, né universale. Conseguentemente, Aristotele, a partire dalla natura, aveva dedotto la pluralità degli stati e la scuola di San Tommaso aveva seguito fedelmente questa dottrina: contro la persistente utopia di una monarchia universale dell'impero romano germanico, un Vitoria avrà l'audacia di riaffermare l'indipendenza dei diversi stati europei, perfino alla presenza di Carlo v. Aristotele aveva riconosciuto l'esistenza di diversi regimi, l'oligarchia, la democrazia e il regime misto o *politia*: ecco un elemento che riappare nelle dottrine politiche del cinquecento e che sarà messo a profitto dai monarcomachi e poi dall'Europa rivoluzionaria.

Ma soprattutto, seguendo San Tommaso, gli scolastici spagnoli propongono del celebre testo di San Paolo un'interpretazione contraria a quella di Lutero e di Calvino: l'autorità viene certamente da Dio, nel senso che Dio ha voluto che in ogni gruppo politico ci fossero dei capi e non solo per castigare gli uomini e trasmetter loro la collera di Dio, ma per organizzare il gruppo sociale, operare la ripartizione dei beni e determinare il giusto: questo è l'ordine della natura. Ma da ciò non si può trarre la conseguenza che Dio abbia scelto nominalmente quel certo titolare della sovranità; secondo l'ordine naturale si deve piuttosto dire che l'autorità viene da Dio attraverso quell'intermediario che è il popolo: *a Deo per populum*. Questo è l'insegnamento di Vitoria e di Corraruvias e cioè quanto di più lontano dalle idee di Lutero che si possa immaginare all'interno della teoria della politica e quanto di più fruttuoso nella storia politica occidentale.

Ecco quindi che andando al di là delle conclusioni di San Tommaso gli scolastici spagnoli estraggono dal tomismo una teoria già formata e completa del *contratto sociale*: se una determinata autorità civile ha la sovranità, ciò si fonda su di un contratto che rinvia al popolo. Senza dubbio da questi principi non vengono ancora

tratte conclusioni di carattere liberale; la Spagna non ha nulla di liberale e gli spagnoli sentono troppo fortemente il principio di autorità; il contratto è fatto una volta per tutte; una volta concluso, esso continua a vincolare i sudditi ad una dinastia ereditaria. Questa dottrina è comune nella scolastica spagnola. Ma ciò non toglie che l'estensione dei poteri del principe, la determinazione precisa del tipo di regime che viene scelto dipendano dalle clausole del contratto. All'assolutismo arbitrario che nasce dai principi luterani si sostituisce l'idea di un regime *costituzionale*.

E per finire: obbligati a prendere le difese del cattolicesimo contro alcuni sovrani europei, i re di Francia, i re di Inghilterra, i gesuiti sono indotti a far proprie le teorie, che trovano già le loro radici in San Tommaso, del diritto di resistenza dei popoli contro i tiranni e perfino quella del tirannicidio. I popoli hanno il diritto di ribellarsi non solo contro i monarchi che sono privi di un titolo legittimo (*i tiranni quoad titulum*), ma anche contro quelli che violano i comandamenti di Dio, o anche quelli della Chiesa di Roma, o che comunque sono in grave difetto in ordine all'adempimento dei loro uffici (*tiranni quoad exercitium*): è una dottrina di origine tomista, sulla quale hanno già messo l'accento Corraruvias e Banez. I gesuiti la estremizzano e giungono a fare l'apologia del tirannicidio, il che rende celebre il *De Rege* di Mariana. Ma Suarez non è da meno. E in questo contesto scolastico si situano gli attentati di Jacques Clément o di Ravaillac. Senza dubbio è questa la prima ragione del discredito che è caduto in Francia su questa scolastica spagnola, o almeno su quella di matrice gesuitica; essa ha incontrato la tenace opposizione del gallicanesimo. Non sono stati solo Pascal e i giansenisti i suoi avversari; la Francia ha avuto per lungo tempo una particolare predilezione per l'assolutismo. Le opere di Mariana e di Suarez furono subito bruciate sulle piazze francesi e non poterono per molto tempo trovare lettori. Ma la Francia non è tutta l'Europa; nel pensiero europeo i pubblicisti spagnoli han gettato i primi semi del liberalismo e sono da considerare i fondatori del diritto pubblico moderno, anche di quello francese.

2. La diffusione delle idee della scuola di Salamanca

E arriviamo al secondo problema storiografico, che possiamo trattare, esattamente come il primo, solo nelle linee generali: quello dell'influenza della scolastica spagnola nell'Europa moderna. Ci limiteremo a due osservazioni.

La prima è che il rinnovamento della teologia tomista ha avuto più influenza di quella di Lutero e Calvino nella formazione culturale delle élites dell'*Ancien Régime*. Ciò dipende dal fatto che ad essa hanno aderito i gesuiti: quest'ordine, infatti, ha creato in tutta l'Europa una rete di collegi, che hanno avuto un ruolo predominante nell'educazione, almeno nel mondo cattolico. L'educazione gesuitica è stata incentrata non tanto sullo studio della Scrittura o della patristica cristiana, come facevano le scuole monastiche dell'alto Medioevo, ma principalmente sullo studio della letteratura classica dell'antichità (nel cui ambito le lettere latine, rimesse in onore dal movimento umanistico, fanno la parte del leone). Filosoficamente, più che aprirsi all'occamismo o alla dottrina di Scoto, o addirittura alle nuove correnti della filosofia moderna, la scuola gesuita restò nell'orizzonte

aristotelico. Non dovremo mai perder di vista questa persistenza dell'aristotelismo nelle scuole dell'*Ancien Régime*. Molière e Boileau hanno anche potuto beffarsene; ciò non toglie che hanno anch'essi trasmesso l'uno la morale, l'altro la poetica di Aristotele.

Seconda osservazione: la scolastica cattolica del cinquecento, e più precisamente la scolastica spagnola, è penetrata perfino nel mondo protestante. Essa si è imposta con un vigore particolare in Germania e nei Paesi Bassi, forse perché erano paesi che nel cinquecento erano politicamente legati alla Spagna. Quando Melantone organizza le scuole tedesche si ispira alla scolastica spagnola, così come fanno i monarcomachi calvinisti, il calvinista Althusius e il calvinista Grozio. È vero che Lutero e Calvino rappresentano tendenze opposte; ma la cultura intellettuale e, soprattutto le questioni giuridiche sono ai loro occhi questioni strettamente secondarie e su questo punto erano ben disposti a lasciar la porta aperta a influenze provenienti anche da teologie opposte alla loro. E sta di fatto che la cultura tedesca od olandese non ha potuto resistere al prestigio della scolastica cattolica. Ho già ricordato che Max Wundt ha mostrato come la filosofia tedesca del seicento sia profondamente influenzata dalla scolastica e in particolare da Vitoria e da Suarez. Leibniz e Wolff ebbero ancora una formazione del tutto scolastica.

Questo fenomeno è di particolare rilievo per la storia della filosofia, del diritto. In un precedente lavoro, ho ritenuto di poter analizzare le principali filosofie del diritto del seicento come una commistione di idee moderne, volontariste, positiviste e di tradizione scolastica tomista e aristotelica. Infatti, il positivismo allo stato puro, alla maniera di Lutero, o il volontarismo del contratto sociale, non avrebbero potuto portare che ad una dottrina del diritto assolutamente impraticabile, e cioè al dispotismo illimitato, nel diritto pubblico, e nel diritto privato all'impero assoluto delle leggi, in quanto fondate sulla volontà arbitraria dei cittadini o del principe che li rappresenta: il che può ben essere concepibile da parte di un filosofo, ma non è assolutamente conciliabile con l'esperienza. Ma per quanto grande possa essere stato il trionfo di quelle astratte dottrine, fortunatamente nella coscienza europea è rimasto qualcosa dei vecchi principi della scolastica aristotelico-tornista. Senza questa sopravvivenza del tomismo nella cultura europea, non potremmo spiegarci come la dottrina abbia occupato il ruolo principale nel processo di elaborazione del diritto (che deve molto più a Domat, a Pufendorf, a Pothier, che alle leggi, volontaristicamente intese come provenienti dal popolo o dai suoi rappresentanti), né la persistenza degli studi dedicati alla dottrina giuridica romana. E grazie al tomismo si è costituita quella complessa sintesi di autentico diritto naturale e di filosofia moderna che va sotto il nome di diritto naturale moderno. Di tutto questo noi siamo debitori a quel sistema educativo, che è nato in gran parte grazie all'iniziativa della scuola di Salamanca.

IV. *L'infedeltà al tomismo*

Non possiamo però passare sotto silenzio un'ultima difficoltà: l'opera di questa scolastica spagnola deve essere veramente intesa come una ripresa pura e semplice dell'insegnamento di San Tommaso? Questo è ciò che leggiamo in un gran numero

di manuali e questa è sicuramente la prima impressione che se ne ha, soprattutto quando la si considera in una prospettiva molto generale e in opposizione alle principali dottrine protestanti. Ma su questo punto abbiamo già manifestato il nostro scetticismo: l'Università di Salamanca non si rifà unicamente all'insegnamento di San Tommaso, se non altro perché mantiene attivate cattedre di scotismo; per di più essa si apre alle nuove fonti di idee che provengono dall'umanesimo e legge Cicerone e Seneca. Per quanto poi attiene alle dottrine giuridiche, abbiamo già visto come la scuola di Salamanca si allontani dalle posizioni di San Tommaso, col pretesto di applicarne i metodi ed i principi. Questo «diritto delle genti» che è stata la fonte prediletta del diritto per i fondatori del moderno diritto internazionale corrisponde al diritto naturale di San Tommaso? Le radici della moderna teoria del contratto sociale, alla quale gli spagnoli hanno portato un decisivo contributo, le abbiamo rinvenute nel nostro corso in Duns Scoto e in Occam. I «diritti» soggettivi degli indiani, o quelli dei sudditi contro il sovrano, ci rinviano ancora una volta al nominalismo. Forse ci siamo lasciati suggestionare troppo dalle affermazioni ufficiali. La scolastica spagnola, nella sua polemica antiprotestante, pretende di rifarsi alla tradizione tomista; essa segue l'ordine sistematico della *Summa Theologiae*, che viene posta teoricamente come base per gli studi teologici. Ma introduce anche in questo edificio elementi che hanno una provenienza diversa e sotto il rivestimento del tomismo veicola idee più «moderne» ed adatte alla moda del tempo. È chiaro che di questa manovra verranno accusati prima di ogni altro i gesuiti.

È una questione complessa e che rimane indecisa, anche perché i riferimenti bibliografici che abbiamo a disposizione ci aiutano poco al riguardo. Nelle opere di teologia del nostro tempo, non mancano critiche contro l'ortodossia tomista di Suarez o del Gaetano e questi attacchi sono ben frequenti da parte di autori domenicani. Ricordo un articolo di Dognin contro le tesi del Gaetano sulla giustizia distributiva, un lavoro di Vincent contro la dottrina suareziana del diritto naturale. Ricorreremo tra poco ad un articolo di von der Heydte, che stigmatizza le deformazioni che Suarez avrebbe introdotto nella concezione tomista del diritto naturale. Ma mi pare che l'opinione comune dei teologi concordi nel riconoscere che non ci sono opposizioni sostanziali tra i commentatori del cinquecento e la *Summa Theologiae*. Quasi nessuno arriva a mettere in dubbio il sicuro tomismo dei maestri domenicani. E quanto agli altri, si trova sempre un gesuita che difende i maestri del suo ordine: si veda ad esempio la voce Suarez del «Dictionnaire de théologie catholique», in cui i padri gesuiti Dumont e Brouillard difendono energicamente Suarez dall'accusa di aver deformato il pensiero di San Tommaso. E per chiudere con queste discussioni teologiche, va rilevato che gli studi di filosofia del diritto dedicati a Suarez, come quelli di Rommen o di Legaz y Lacambra, non mettono in dubbio, quanto all'essenziale, la corrispondenza della dottrina suareziana a quella della *Summa Theologiae*.

Potrebbe anche darsi che molti studiosi contemporanei recepiscano il pensiero di San Tommaso ricorrendo alla criticabile abitudine di leggerlo attraverso i pesanti commenti della scolastica moderna. È molto raro che un teologo cattolico di oggi

legga la *Summa Theologiae* 1 senza alcun preconcetto; in genere quest'opera viene letta a partire dall'immagine che di essa vien data nei manuali di teologia, manuali in cui si è infiltrata buona parte del pensiero moderno, particolarmente di Wolff ... e soprattutto di Suarez. Ricordiamoci che Leone XIII stesso, alla fine dell'ottocento, ha raccomandato sì di tornare a studiare le due *Summae* di San Tommaso, ma *accompagnate* dai commenti del Gaetano e di F. de Sylvestris e cioè da due opere della scolastica cattolica del cinquecento.

Possiamo a questo punto scoprire ciò che costituisce il vero interesse della scolastica spagnola. Se essa si fosse limitata a ripetere tali e quali le idee di San Tommaso, non avrebbe suscitato altro che l'interesse degli storici della cultura giuridica moderna. Se si fosse limitata a conservare tale e quale la dimensione giusnaturalistica e se avesse continuato a promuovere lo studio di Aristotele e del diritto romano, questo non sarebbe stato altro che un dato rimarchevole solo nella storia del diritto. Ma per noi che studiamo la filosofia del diritto, essa non ci avrebbe dato alcuno stimolo particolare di pensiero, al di là della ripetizione di vecchie idee. Ma la scolastica spagnola ha fatto qualcosa di più e di diverso: ha modificato la lezione di San Tommaso, ha deformato surrettiziamente la dottrina cattolica tradizionale del diritto naturale, aprendo la via a ciò che è stato chiamato il tomismo (che, come si sa, differisce notevolmente dal pensiero di San Tommaso). In ciò è da vedere l'apporto più personale degli scolastici spagnoli, l'apporto più pregevole o almeno quello più positivo.

Ed è in base a questi presupposti che porteremo avanti lo studio del pensiero del domenicano Vitoria e del gesuita Suarez.

Capitolo secondo. **FRANCISCO DE VITORIA**

I. *Introduzione*

Sembra proprio azzardato contrapporre la dottrina di Vitoria a quella del suo maestro, San Tommaso d'Aquino. Vitoria, che è il primo grande autore della scuola di Salamanca, è colui che ha introdotto la *Summa Theologiae* come la principale autorità nel campo della teologia. Egli stesso si è fatto commentatore di San Tommaso e tra le sue opere noi in particolare leggeremo il suo commento alla IIa-IIae, q. 57 e ss., *De jure et justitia*. È vero che egli ha ristabilito un buon numero di elementi autentici della dottrina tomista: il senso della laicità delle fonti del diritto, la possibilità per gli infedeli (e in particolare degli indiani d'America) di usufruire della sovranità o del *dominium*, la pluralità degli stati, ecc. È strettamente fedele al suo maestro quando, ad esempio, polemizza con i giuristi, che mal capiscono come la legge positiva abbia la possibilità di creare il giusto (il diritto, cioè il giusto positivo); ma direi ancora di più: egli è fedele a San Tommaso nell'insieme del suo commento. Il merito che viene di solito attribuito al Vitoria è proprio quello di aver ritrovato il senso autentico della dottrina di San Tommaso.

Eppure va subito detto che la problematica di un autore del cinquecento non può essere esattamente quella di San Tommaso. L'Aquinate ha avuto il privilegio di insegnare teologia in un'epoca di relativo ordine, che gli consentiva di fare opera

strettamente speculativa: è per questo che egli descrive la natura, l'ordine naturale, con tanta imparzialità. Agli inizi del cinquecento ci sono invece parecchie ragioni di angoscia: già si presentano - e si realizzeranno a breve scadenza - la lacerazione della cristianità, la distruzione dell'autorità papale, la separazione delle nazioni europee anche da un punto di vista religioso. È già avvenuta la scoperta del nuovo mondo e la Spagna si è già trasformata in un immenso impero coloniale. La richiesta che viene rivolta ad un maestro di teologia morale è di mostrare la via che bisogna seguire per risolvere i brucianti problemi posti dalla vita pratica. La Spagna cattolica si aspetta troppo dai suoi teologi: è un'epoca, questa, in cui il professore è obbligato a farsi uomo d'azione o per lo meno a guidare l'azione altrui. Vitoria è consigliere di Carlo V e partecipa attivamente al Concilio di Trento. Le sue opere, oltre al commento alla *Summa Theologiae*, sono corsi universitari su questioni di attualità, le *Relectiones de potestate Ecclesiae, de potestate civili* (problemi sorti con il luteranesimo), *de jure belli, de Indiis* (problemi nati dal sorgere improvviso degli imperi coloniali e dalle divisioni dell'Europa), *de matrimonio*, che tratta la vicenda del divorzio del re di Inghilterra Enrico VIII. Gli stimoli dell'attualità si indovinano anche in molti passaggi del *De justitia*.

Del resto, è impossibile che un intellettuale così colto degli inizi del cinquecento, così ben inserito nella sua epoca (e che vuole giocare un ruolo attivo nella società ed essere ben altro che un semplice storico), non abbia fatto altre letture se non delle opere tomiste. Nel *De justitia* Vitoria discute tesi di Buridano, di Pierre d'Ailly, dei maestri dell'epoca conciliare, che hanno difeso il nominalismo durante il grande Scisma d'Occidente. Vitoria ne ha conosciuto le opere, ne ha subito l'influenza; e non ignora nemmeno il pensiero di Duns Scoto, come dimostreremo tra poco. Del resto sarebbe proprio inconcepibile pensare il contrario a carico di un maestro dell'Università di Salamanca. Per di più Vitoria non è affatto refrattario davanti alle novità degli umanisti; egli usa la loro stessa lingua, in tutta la sua eleganza, la lingua dei grandi scrittori latini, non quella esoterica della scolastica precedente; abbonda in citazioni da Seneca e Cicerone ed anche da poeti latini. Come è possibile che queste influenze non abbiano un riscontro nella sua opera filosofica?

Possiamo quindi porre questo problema: Vitoria è rimasto fedele fino in fondo, nel suo commento, ai principi della *Summa Theologiae*?
Comunemente si risponde di sì. Da parte nostra, senza passare in rassegna la totalità della sua opera, limitiamoci a considerare i due settori nei quali egli si è particolarmente distinto: la fondazione del diritto delle genti, e ancor più la sua teoria del *dominium* e dei diritti degli individui.

II. L'elaborazione dello jus gentium

Vitoria è noto in particolare per essere stato il fondatore (o almeno uno dei fondatori) del moderno diritto internazionale. Abbiamo già detto che il diritto internazionale sembra essere un ambito di elezione per la pratica del metodo giusnaturalistico, dato che, per regolamentare i rapporti tra gli stati, i giuristi non hanno a disposizione leggi positive metastatuali, dato che non esiste ancora uno stato sovra-nazionale. Nel Medioevo, il diritto canonico colmava questa lacuna:

negli ultimissimi anni del XV secolo un arbitrato pontificio (quello che sfociò nel trattato di Tordesillas) risolve il conflitto tra Spagna e Portogallo in ordine alla rispettiva influenza dei due imperi. Dopo lo scisma protestante, però, questo intervento positivo del papa non è più possibile. Tra le potenze cattoliche e quelle separate da Roma, la ripartizione delle nuove terre scoperte sarà causa di nuovi conflitti, che il comune interesse degli stati cercherà di risolvere giuridicamente, ma che non potranno essere risolti né dal diritto canonico positivo, né certamente dal diritto imperiale; rimane solo la possibilità di ricorrere al diritto naturale. Nell'Europa del cinquecento nasce così il bisogno di elaborare un diritto internazionale e la scolastica spagnola viene incontro ad esso. Le dottrine di Lutero e di Calvino non sarebbero state in grado di farlo.

Sta di fatto che siamo debitori a Vitoria delle coordinate di questo nuovo diritto: è lui che ha stabilito i principi per cui gli stati devono rispettare reciprocamente le loro sovranità, non ingerirsi negli affari interni degli altri stati, ammettere la libera circolazione da un territorio all'altro di persone e di merci e la libertà di predicazione; riconoscere la libertà dei mari e dei fiumi internazionali e i diritti degli ambasciatori; proteggere i civili in caso di guerra. E questo senza parlare dei diritti delle popolazioni indiane dell'America, che egli difende con vigore contro i colonizzatori. Sono tutti principi, questi, che vediamo al giorno d'oggi ribaditi dalle Nazioni Unite. *Last but non least*, Vitoria applica a questo nuovo ramo del diritto la regola *pacta sunt servanda*, il che consente di introdurre come nuova fonte di diritto i trattati internazionali.

Si può ritenere che la costruzione di un diritto internazionale - sulla base del diritto naturale - si accordi bene con la dottrina aristotelico-tomista? Una cosa è comunque certa: questa dottrina non può essere considerata la fonte diretta del diritto internazionale. Secondo la lezione aristotelica, il diritto ha un suo posto specifico solo all'interno della città: esso non si dà né nei gruppi più ristretti, come quelli familiari, né nelle relazioni che esistono tra le diverse città. San Tommaso ha scritto un trattato sulla guerra, ma non lo ha collocato sotto la rubrica della giustizia, all'interno della serie delle questioni relative al diritto, ma tra le questioni che concernono i vizi opposti alla carità: credo che egli abbia agito in tal modo con molta consapevolezza, dato che probabilmente egli riteneva che non fosse possibile garantire, nei rapporti tra città o tra nazioni, quella ripartizione razionale dei beni che è lo scopo del diritto (*dikaion*). Le relazioni internazionali - in questa prospettiva - sarebbero governate dalla morale, ma non dal diritto in senso stretto. Se quindi si vuole pensare ad una filosofia che abbia presieduto all'elaborazione del *diritto* internazionale, bisogna pensare piuttosto allo *stoicismo cosmopolita*, che viene per l'appunto rimesso in onore dall'umanesimo cinquecentesco: gli stoici, infatti, insegnavano che tutti gli uomini costituiscono nel loro insieme una sola ed unica città e che sono tutti uniti dal *diritto*: un punto, questo, su cui dovremo ritornare. Vitoria ha tratto ispirazione da quegli autori della letteratura latina antica studiati dall'umanesimo e soprattutto da Cicerone e da Seneca, e da alcune istituzioni del mondo romano ispirate allo stoicismo.

Qualcuno potrà dire che si tratta di elementi di dettaglio, e che nulla impedisce di applicare il metodo giusnaturalistico aristotelico-tomista ai rapporti internazionali senza alterarne i principi. Non ne sono assolutamente sicuro e credo che la costruzione di un «diritto» internazionale sia un segno della corruzione dell'autentica dottrina del diritto naturale e che proprio in ciò sia da vedere una vera diversità tra il pensiero di Vitoria e quello autenticamente tomista. Basteranno al riguardo due osservazioni.

In primo luogo osserverò che Vitoria, facendo mostra di lavorare a partire dal diritto naturale, giunge a stabilire regole fisse di diritto internazionale, come quella per cui gli stati devono rispettare le reciproche sfere di sovranità o per cui vanno sempre tutelati i diritti degli ambasciatori. Così vuole il pragmatismo del maestro spagnolo; egli non è che un teorico, che vuole arrivare a regole giuridiche esplicite. In questo ambito internazionale, in cui manca l'aiuto di una legislazione positiva, ecco ciò che si vuol dedurre dal diritto naturale.

Una simile pretesa - e su questo punto abbiamo già insistito tante volte - manca nella dottrina di Aristotele e di San Tommaso. La filosofia autentica e classica del diritto naturale non aveva tali ambizioni; essa conosceva fin troppo bene i limiti della ragione umana e, soprattutto, aveva troppa consapevolezza della mobilità essenziale delle situazioni storiche, alle quali deve adeguarsi il diritto. Attraverso l'osservazione della natura, noi non giungiamo mai a regole o a soluzioni assolutamente certe, né credo che San Tommaso abbia mai preteso tanto. E del resto non sarebbe nemmeno necessario pretendere tanto, dato che l'arte giuridica si esercita all'interno della comunità politica e in ogni comunità, in ogni momento, esistono dei capi «naturali», che hanno appunto la funzione di completare il lavoro di elaborazione della scienza del diritto e coronarlo, per dir così, promulgando il diritto positivo: il compito delle autorità incaricate della funzione legislativa all'interno delle comunità politiche è proprio quello di dare al diritto la forma di norma, la forma del *dikaion nomikòn*. Se al contrario noi applichiamo il diritto alla regolamentazione dei conflitti internazionali (per i quali manca l'ausilio della legislazione positiva), bisogna chiedere molto di più alla scienza del diritto naturale. Questo è obbligato ad assumere l'aspetto di un codice di leggi già tutte redatte ed è proprio in questo modo che l'opinione oggi più diffusa concepisce oramai il diritto naturale, cioè come un insieme simmetrico rispetto a quello del diritto positivo statale (e, per non fare concorrenza a quest'ultimo, tale da coinvolgere ambiti in cui il diritto dello stato non ha competenza, come per l'appunto il «diritto delle genti», divenuto poi il diritto internazionale). Si tratta di un cambiamento di prospettiva di sicuro rilievo. E credo che Vitoria ne sia ampiamente responsabile.

Per la verità, però, egli più che fare esplicitamente appello al diritto naturale, fa riferimento al diritto delle genti, allo *jus gentium*, che sarebbe in sé solo una delle forme particolari (e un po' eccentrica) del diritto naturale.

Che cosa è lo *jus gentium*? Come sappiamo tutti, è un prodotto del genio giuridico romano. Ulpiano, nelle definizioni che introducono il *Digesto*, lo pone tra il diritto naturale e il diritto civile. Non si può dire che questa nozione adempia a funzioni particolarmente significative nel *Corpus juris civilis*: il diritto dei giuristi romani è

soprattutto diritto civile, calibrato sulla sola città di Roma (e questo è vero anche per la sua fase più matura, quando tutti gli abitanti dell'impero, all'epoca di Caracalla, divennero cittadini romani). La nozione di *jus gentium* ha però avuto un notevole ruolo in un'epoca particolarmente brillante della storia romana, quando l'impero non era ancora altro che un aggregato di diverse città: le esigenze del commercio rendevano necessario un diritto comune agli abitanti delle diverse città; è in questo senso che autori letterari (e soprattutto Tito Livio) fanno riferimento allo *jus gentium*. Esso era costituito dall'insieme delle istituzioni comuni a tutto l'impero, ed era in qualche modo un'eredità del diritto comune dell'epoca *ellenistica* (ed eccoci ancora rinviati alla nozione *stoica* di *cosmopoli*). Dico nozione stoica: il diritto delle genti, infatti, non appartiene alle nozioni rinvenibili in Aristotele, dato che lo Stagirita non concepiva un diritto, nel senso specifico del termine, se non all'interno della città. Osserviamo, peraltro, che San Tommaso aveva parlato dello *jus gentium* nella *Summa* e ne aveva dato un'interpretazione originale: il diritto delle genti, distinto dal diritto naturale, sarebbe composto dalle soluzioni che la ragione umana inferisce dal diritto naturale a titolo di conclusione probabile, dotata di una quasi-evidenza; è dunque un prodotto derivato dal diritto naturale. Va però anche detto che San Tommaso parla di *jus gentium* solo per un'esigenza sistematica e per render ragione dei testi di Gaio e di Ulpiano; anche se si insegna spesso il contrario, non mi pare proprio che questa nozione sia essenziale nel sistema tomista delle fonti del diritto.

Ben altrimenti stanno le cose in Vitoria, che dà allo *jus gentium* un ampio spazio nei suoi commenti. Per Vitoria lo *jus gentium* è una nozione primordiale. E si capisce bene perché: Vitoria vuol giungere a focalizzare un sistema di regole esplicite per il diritto internazionale. E dato che queste regole non possono essere immediatamente dedotte dalla natura (dato che la natura non contiene in sé regole scritte o che noi possiamo leggere direttamente in essa), ne demanderemo la formulazione allo *jus gentium*. Sviluppando l'analisi tomista, Vitoria suppone che gli uomini siano universalmente d'accordo su alcuni principi giuridici, quelli che detta loro la comune ragione che riflette sulla natura. Da questo lavorio dell'intelligenza umana possono esser tratte regole esplicite (come quella della libertà dei mari o dei diritti degli ambasciatori) e queste regole sono universali, e non possono essere abrogate, perché sono imposte direttamente dalla ragione. Il diritto delle genti è più fecondo per la pratica giuridica dello stesso diritto naturale.

Su tutto questo non c'è alcun dubbio. Ma come non vedere che Vitoria, affermando di voler solo *sviluppare* la dottrina tomista, se ne è in realtà notevolmente allontanato? Mettere l'accento sullo *jus gentium* significa tradire completamente lo spirito della dottrina del diritto naturale. Non è più dalla natura che si crede possibile dedurre il diritto, ma dall'iniziativa umana; l'attenzione del giurista si sposta dall'osservazione obiettiva del cosmo, inteso come fonte del diritto, alla sovranità dei principi soggettivi della nostra *ragione* e quindi dal diritto naturale al diritto *razionale*. Si può anche dire che essa si sposta verso la *volontà* positiva della generalità degli uomini; tutti avrebbero dato tacitamente il loro consenso alle grandi regole del diritto delle genti; secondo Vitoria, fin dalle origini

della storia ci sarebbe stato un patto, sul quale si fonderebbe la validità dello *jus gentium* (un *commune condictum*). Ma nei limiti in cui si fonda su questo preteso consenso, non diventa il diritto delle genti una sorta di diritto *positivo*? È probabile che l'apparente attaccamento di Vitoria al diritto naturale nasconda che al fondo del suo pensiero si trova già un ineluttabile positivismo. La vera fonte del diritto non è più l'ordine cosmico della natura, ma la volontà razionale degli individui.

III. La dottrina della proprietà

Per chiarir meglio la mia opinione sulla qualità del tomismo di Vitoria, vorrei considerare un altro passaggio del suo *De justitia et jure*, che ha per oggetto la trattazione del diritto di proprietà. È un lungo trattato, in cui possiamo riconoscere una dottrina, nuova sotto certi aspetti, ma il cui insieme ci è ben noto.

Trattando della *restitutio*, Vitoria si chiede quale sia l'origine della proprietà privata. Egli parte dal Genesi; fin dagli inizi Dio concede alcune forme di proprietà; egli pone l'uomo come *dominus sui corporis, dominus suorum actorum*. Quanto al potere di proprietà sulle cose, Dio ha lasciato gli uomini liberi di sostituire al *dominium* collettivo, loro concesso nei primi tempi dell'umanità, il regime dell'appropriazione. E questo passaggio si è realizzato in primo luogo grazie allo *jus gentium*, che ritroviamo utilizzato da Vitoria in questo contesto. Il consenso universale dell'umanità ha posto come regola generale che i beni, e in particolare la terra, siano del primo occupante. Ecco che di nuovo l'*occupazione* è riconosciuta come il titolo originario della proprietà privata, anche delle terre e degli imperi (pure nel diritto internazionale): lo stesso tema è in Calvino e avevamo già notato, trattandone la dottrina, che questa idea non è di provenienza romana (nel *Corpus juris civilis* non si trovano che i germi di questa teoria, in particolare in tesi relative all'acquisizione della proprietà, attraverso la caccia, di bestie selvatiche e di uccelli e attraverso la pesca di pesci). Il regime dell'occupazione potrebbe ben essere considerato l'antitesi della giustizia distributiva. Gli uomini, infine, hanno ricevuto il diritto di creare capi di stato, di eleggere sovrani, di conferir loro il potere di fare le leggi, che possono modificare l'estensione delle proprietà, il contenuto dei diritti del *dominium*. Ci sono dunque proprietà che si fondano sulle regole emanate dallo *jus gentium* e successivamente quelle che sono invece stabilite dalle leggi positive di ogni comunità politica.

Questa trattazione dell'origine della proprietà implica una concezione di insieme del diritto dell'individuo. Questa è la definizione che ci offre Vitoria: il diritto non consiste più nella *parte* di beni che ci viene attribuita, ma nel *potere* che ci viene conferito in relazione a questi beni (così Dio ci dà un potere sul nostro corpo, sulle nostre azioni o sulle cose) o anche nella *libertà* che ci è riconosciuta attraverso una legge, non una legge «attributiva», ma, come dice Vitoria, «permissiva». «Ius quod licitum est», «quod licet, quod lege licet». «Ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges». In questo senso, *jus* è sinonimo di *dominium* o il *dominium* è una specie del genere *jus*, che l'uso linguistico confonde con il genere; il *dominium* è il diritto di usare una cosa secondo il proprio arbitrio: «jus utendi pro suo arbitrio».

Vitoria riconosce del resto che queste definizioni di *jus* e di *dominium* non sono conformi all'uso dei giuristi romani; ma contro il *Corpus juris civilis* egli si rifà all'autorità di Terenzio e della Bibbia.

Lasciamo stare Terenzio: da dove viene davvero la dottrina adottata da Vitoria? Certo non da San Tommaso; le celebri pagine che questi dedica, nella *Summa*, al «possesso dei beni esterni» e ai vantaggi del regime dell'appropriazione privata dei beni, hanno un contenuto ben differente. Nella quaestio 62, trattando della *restitutio* (è la questione commentata da Vitoria), San Tommaso trova il modo di affrontare un altro problema: quello, tipicamente scolastico, se la *restitutio* appartenga o no alla giustizia commutativa. Nel sistema di San Tommaso, oltre tutto, non c'è spazio alcuno per l'idea di diritto soggettivo, considerato come potere o libertà dell'individuo. Si legga la q. 58 della IIa-IIae, sulla definizione degli scopi dell'arte giuridica; vi si afferma che il compito del diritto è quello di dare a ciascuno ciò che egli merita («suum jus cuique tribuere»): da ciò segue che il diritto è un *oggetto*, è la parte che spetta a ciascuno: «id quod justum est», *res iusta*.

La nozione di diritto soggettivo, come abbiamo visto nel corso dell'anno passato, era al contrario un prodotto della scolastica francescana e soprattutto del nominalismo, dato che il nominalismo pensa a partire dal solo individuo. E quanto al tema dell'origine del *dominium* nelle leggi permissive divine, è specialmente in Duns Scoto che ne ritroviamo la trama: Scoto che trattava volentieri le questioni sociali a partire dai testi biblici e seguiva la sistematica di Pietro Lombardo tocca appunto questo argomento quando tratta del dovere morale della *restitutio*. In seguito, il medesimo schema è ripreso dalla scuola nominalista ed è completato grazie a Guglielmo di Occam con la definizione del diritto soggettivo. Anche gli scolastici dell'epoca conciliare, Gerson (citato da Vitoria) e Pierre d'Ailly, hanno coltivato la nozione di diritto soggettivo. In tal modo questo tema è diventato un luogo comune della scolastica spagnola.

È dunque a Duns Scoto e a Guglielmo di Occam che Vitoria si è rifatto per elaborare la sua teoria, arricchendola di qualche elemento essenziale, attinente alla dottrina dell'occupazione e alla funzione dello *jus gentium*.

Ecco perché sulla questione fondamentale di tutta la filosofia del diritto, quella della definizione del diritto, sorprendiamo Vitoria in flagrante delitto di tradimento della *Summa Theologiae* a favore dei suoi avversari. Si tratta soltanto di un piccolo frammento del suo commento, ma mi sembra molto significativo. E mi chiedo se in fondo al suo pensiero Vitoria non si sia schierato obiettivamente dalla parte dell'*individualismo moderno*. Non è infatti la stessa prospettiva della scuola francescana, lo stesso punto di vista individualista, quello che noi percepiamo nei suoi apporti personali? Appoggiandosi a San Tommaso, ma deformandolo, Vitoria proclama i *diritti soggettivi* degli indiani contro gli spagnoli; passa dalla tesi per cui i poteri hanno la loro origine nel popolo considerato come collettività alla dottrina francescana del contratto sociale; e, col pretesto di prolungare le tesi giusnaturalistiche, fonda il diritto internazionale su di un preteso comune accordo degli individui. E potremmo continuare a lungo su questa falsariga.

IV. *Conclusione*

Non sono uno specialista di Vitoria. Ma le pagine che ho potuto consultare del suo commento al trattato della giustizia sono sufficienti a farmi dubitare della sua pretesa ortodossia tomista. È ben vero che Vitoria ha introdotto nei programmi di studio l'opera di San Tommaso, ma dei programmi universitari si fa quel che si vuole; basta trattare in due o tre ore le parti che ci piacciono poco e passare poi il resto dell'anno su quelle che ci interessano di più. Sulla quaestio 58 (*jus suum cuique tribuere*), che nel sistema di San Tommaso ha un'importanza fondamentale al punto che da essa dipende tutta la dottrina del diritto, il commento è lungo solo otto pagine. Sulla questione 62, quella della *restitutio*, che abbiamo appena esaminato, le pagine del commento sono 161. E la sostanza di questo non ha rapporto con la *Summa Theologiae* di San Tommaso. Sotto l'apparenza di un commento all'opera tomista, Vitoria non ha esitato a esporre una dottrina diversa. Questo giurista, così profondamente calato nella vita del suo tempo, non è potuto restare indifferente alle correnti intellettuali dominanti; egli rende il tomismo accettabile, nella misura in cui lo piega alle idee nuove che si affermano. Un professore di diritto civile può dar l'idea di seguire la sistematica del Codice Napoleone e vendere sotto questa etichetta tutt'altra mercanzia.

Proprio come Lutero e Calvino, Vitoria mi sembra un testimone della crisi del vecchio sistema del diritto naturale e dell'irresistibile avanzata delle idee moderne. Forse questo non è così facilmente percepibile nella sua opera e meno ancora nelle sue affermazioni di principio piuttosto che nelle conclusioni che ne trae. Ma è giunto il momento di passare allo studio di Suarez.

Capitolo terzo. **FRANCESCO SUAREZ**

Se Vitoria è un giurista di rilievo nella storia del diritto, Suarez è molto di più; non solo giurista, canonista, internazionalista, ma anche teologo, filosofo, autore di un sistema praticamente enciclopedico. Che egli vada considerato un genio per la chiarezza e la coerenza del suo pensiero, non mi azzarderei ad affermarlo; ma appartiene di certo al novero di coloro che una storia della filosofia del diritto non può trascurare. Situata tra la fine del XVI secolo e gli inizi del XVII, la dottrina di Suarez conclude l'epoca d'oro della scuola di Salamanca ed ha conosciuto una fortuna impressionante nel mondo degli studi: Suarez ha tramandato all'Europa moderna ciò che essa da allora ha creduto che fosse la «scolastica cattolica»; ciò che da allora essa ha creduto che fosse il «tomismo».

La mia intenzione anche in questo caso è molto limitata: operare un raffronto tra l'opera suareziana e quella di San Tommaso. Cominceremo da una visione di insieme della filosofia di Suarez. Dopo, avremo meno difficoltà nel valutare quanto permane in lui dell'autentica dottrina del diritto naturale.

1. Un'introduzione a Suarez

C'è poco da dire sulla sua vita; è stata la vita di un professore, priva di avvenimenti particolari, tranne quelli che hanno riguardato la sua carriera e cioè gli spostamenti

da una cattedra all'altra. Dopo aver studiato diritto canonico ed essere entrato nella Compagnia di Gesù nel 1564, Suarez insegna ad Alcalà, Madrid, Roma, Salamanca, Coimbra.

C'è molto da dire, invece, sulle sue opere, che riempiono una lunga serie di austeri volumi *in-folio*. Abbiamo opere teologiche, tra cui il commento al trattato delle leggi di San Tommaso (1612) e che sarà lo scritto al quale rivolgeremo particolarmente la nostra attenzione; un opuscolo sulle tre virtù teologali, un altro sulla «giustizia di Dio». Tra le opere filosofiche, ricorderemo i commenti a diverse opere di Aristotele e soprattutto una celebre opera di metafisica: le *Disputationes metaphysicae*. Tra gli scritti polemici, ricordiamo la *Defensio fidei*, diretta nel 1613 contro il re di Inghilterra Giacomo I. Appartengono al diritto canonico gli scritti *De censuris* (sulle pene ecclesiastiche), *De immunitate Ecclesiae* e una serie di *consilia*, che toccano sia il diritto che la morale casistica, ecc. Dato che non possiamo riassumere il contenuto di un'opera così vasta, tentiamo almeno di analizzarne i caratteri generali.

1. Le intenzioni politiche

Un primo tratto è caratteristico di Suarez: la sua dottrina, ben più di quella di San Tommaso, è orientata a fini pratici. Abbiamo già fatto una osservazione simile a proposito di Vitoria: la Spagna ha il torto di chiedere ai suoi teorici ciò cui la speculazione non è di per sé adatta, e cioè «consigli» per l'azione pratica. Questo è un tratto caratteristico della teologia del XVI secolo e soprattutto, forse, dei gesuiti, che vengono abitualmente rappresentati come i più orientati ad obiettivi ben precisi, *ad maiorem Dei gloriam*, e al servizio della Chiesa, più che dediti alla speculazione pura.

Questi scopi pratici non sono, ovviamente, spregevoli. Gran parte dell'attività dei gesuiti nel cinquecento e in tutta l'epoca moderna è dedicata alla *direzione spirituale*. Ci troviamo nell'epoca d'oro della *casistica*, tanto criticata nelle *Provinciali* di Pascal, ma lodata ed anche praticata da Suarez. Tra le opere suareziane, abbiamo ricordato i *consilia*, che non sono altro che orientamenti per l'azione pratica. I gesuiti hanno diretto nel modo più concreto e in ogni circostanza di vita la condotta di numerosi fedeli in nome della morale. E può anche darsi che siano riusciti, data l'efficacia dei loro metodi, a far condurre ad alcuni dei loro figli spirituali, tra cui ci furono anche re, ministri e grandi uomini di affari, una vita strettamente conforme alla morale cristiana (a meno che non ne abbiano manipolato la coscienza).

Ma la Compagnia di Gesù, al servizio del papato romano, vede molto più in là che semplici questioni di salvezza individuale. Essa vuol difendere tutta la Chiesa contro la Riforma e mette in opera in questa battaglia tutti gli strumenti adatti, tra cui un programma pedagogico. Non è senza ragione che i Gesuiti crearono un gran numero di collegi, di tale valore intellettuale, da coinvolgere tutto il ceto borghese. E non solo in Francia, ma ovunque fosse possibile: anche in Germania. Si è detto che i collegi dei gesuiti hanno circondato la Germania con una «cinta di fortezze» e riconquistato in tal modo a Roma buona parte dei suoi fedeli.

Ma anche questo non è sufficiente: il culto e l'istruzione religiosa dipendono dai principi. Si è soliti riconoscere alla Compagnia di Gesù un debole per la politica; essa non poteva, ad esempio, restare indifferente nei confronti della congiuntura politica francese del tempo. A partire dal 1572, mentre si compiva la carriera professionale di Suarez, si svolgono le guerre di religione; il destino religioso del regno rimane incerto; sotto Enrico III e quando si profilano le pretese al trono del protestante Enrico di Navarra, c'è sempre da temere che la Francia abbandoni l'ubbidienza romana (e a dire il vero, essa l'ha abbandonata e non vi si è più veramente sottoposta: i re di Francia non hanno mai accolto le prescrizioni del Concilio di Trento). Il gallicanesimo trionfa e costituisce per l'autorità romana un pericolo nuovo. Contro questi rischi si attivano la Lega cattolica, Jacques Clément e Ravaillac; e sappiamo bene che né Mariana, né Suarez si disinteressano a questi problemi. Malgrado la proibizione di Roma (i gesuiti hanno di simili audacie o forse Suarez ignorava la proibizione) nel 1613 Suarez scrive a favore del tirannicidio, nella *Defensio fidei*, dopo, quindi, l'assassinio di Enrico IV da parte di Ravaillac.

E passiamo in Inghilterra. Come la Francia, anche l'Inghilterra è una delle poste che vengono disputate dalle confessioni cattolica e protestante, dato che l'esito della controversia resta a lungo in forse. Si poteva immaginare che Giacomo I, il figlio di Maria Stuarda, avrebbe riportato il paese al cattolicesimo; ma, come il re di Francia, egli è troppo geloso della sua autorità per tollerare di dividerla con quella papale. Egli impone ai suoi sudditi un giuramento di incondizionata fedeltà e dato che ama atteggiarsi egli stesso a teologo, ecco che scrive due libelli per giustificare, a partire dai testi della Scrittura, il potere assoluto dei re: sono le apologie del 1608 e del 1609. La Compagnia di Gesù incarica Suarez di scrivere una risposta: e questa è l'occasione per la quale nasce la *Defensio fidei* del 1613. Senza contestare affatto il principio della sovranità dei capi di stato nelle materie temporali, Suarez sviluppa la teoria del potere indiretto del papa (più esattamente, del suo potere di dirigere da un punto di vista morale la condotta politica dei re: la *potestas directiva*); sostiene la sottomissione dei re alle regole del diritto naturale e del diritto delle genti, ai trattati ed anche alla costituzione particolare dei loro paesi. E in questa atmosfera di lotta per ragioni politiche che si è costruita l'opera di Suarez.

2. *Teologia e filosofia di Suarez*

Dopo aver detto questo, non dobbiamo però credere che tutte le opere di Suarez siano solo *consilia* adattati a casi concreti od opere puramente *polemiche* su questioni di attualità. In generale, è il contrario. Un'altra caratteristica dei gesuiti è quella di non disprezzare affatto gli studi astratti: essi hanno la loro influenza negli eventi storici e capita che l'ultima parola nelle battaglie politiche spetti alle cause meglio difese da un punto di vista filosofico, a condizione però che siano sufficientemente sorrette da un'adeguata propaganda; e infatti la Compagnia si è sempre preoccupata di specializzare parte delle sue truppe nella ricerca e nell'insegnamento ai livelli superiori. Francesco Suarez fu prima di tutto un *teologo*: cosa c'era di più urgente nel XVI secolo della teologia? La sorte politica dell'Europa dipendeva in definitiva dal sapere chi avrebbe vinto nella controversia tra coloro

che cercavano di dimostrare che la natura dell'uomo è buona e quelli che cercavano invece di dimostrare che la sua bontà era andata interamente distrutta nel peccato. Il destino di diversi paesi, e in particolare della Spagna e dell'Olanda, dipendeva da questa controversia. Alcune dozzine di anni dopo, grazie alle sue ricerche teologiche e dando a queste controversie sulla natura e sulla grazia una soluzione mediana e conciliatrice, Grozio inizierà la sua opera dedicata alla pace: è Il che si situa il nodo, che molti storici del diritto rischiano di non riuscir più a percepire, della dottrina di Grozio. È per questo che gli sforzi di Suarez sono concentrati su questi problemi o sullo studio dell'incarnazione o della Trinità.

Non meno che teologo, Suarez vuol essere filosofo e metafisico. È solo grazie alla ragione naturale, usando argomenti puramente logici, lottando ad armi pari, che si possono convincere scismatici e libertini, così come fa San Tommaso nella sua *Summa contra Gentiles*. Aiutandosi con Aristotele e con altri filosofi pagani, Suarez scruta il problema dell'«essere»; il suo libro più celebre è probabilmente un libro di metafisica, le *Disputationes metaphysicae*. E proprio perché il suo sistema possiede questa dimensione metafisica, esso sarà molto più rilevante per la storia della *filosofia* del diritto della dottrina di un Vitoria.

Lo spirito dell'opera teorica di Suarez è molto diverso da quello di San Tommaso (probabilmente perché essa è tutta contrassegnata dalle predette finalità pragmatiche). Mi limito ad alcune osservazioni.

Il dogmatismo. Per Suarez la filosofia non deve tanto andare alla ricerca dei suoi argomenti, quanto dimostrarli; ne segue che il ragionamento *deduttivo* ha per lui un'importanza determinante. Non siamo certamente ancora arrivati al metodo geometrico che sarà utilizzato da Spinoza o da qualche altro teorico della «Scuola del diritto naturale» moderno; ma in Suarez si vede già come le conclusioni si ricolleghino le une alle altre deduttivamente, si completino a vicenda, costituiscano insomma un *sistema*. È forse questa un'eredità della scolastica nominalistica del tardo Medioevo, che più che osservare le cose, amava argomentarle; ma dipende anche dal fatto che si tratta soprattutto di dimostrare la validità dell'ultimo anello della catena delle argomentazioni e cioè le soluzioni di portata pratica immediata. Teologia dogmatica e metafisica hanno come compito quello di dimostrare la politica e la morale.

San Tommaso, che era uno spirito ben più autenticamente speculativo e per il quale la ricerca della verità era un fine in se stesso, era ancora in grado di percepire i problemi nella loro reciproca autonomia; da ogni questione e da ogni articolo nasceva per lui un problema nuovo, al limite insolubile, perché il mondo è innanzi tutto mistero e la ragione dell'uomo non è in grado di afferrarlo nella sua totalità. Si può dire, forse, che San Tommaso si interessava più ai problemi che alle soluzioni. In Suarez la situazione è capovolta. A Salamanca, nel secolo seguente, regneranno i Salmaticensi, teologi la cui precipua caratteristica sarà quella di trascurare, nei loro studi sulla *Summa* di San Tommaso, le *discussioni*, che ne costituiscono una così gran parte, per occuparsi solo delle *risposte*; e purtroppo questo metodo continua ad essere di moda. E in rapporto a San Tommaso costituisce un segno di grave impoverimento.

La pedanteria. Le opere di Suarez mantengono la tradizionale forma scolastica: su ogni argomento vengono in primo luogo esposte le opinioni contraddittorie della dottrina precedente, che vengono poi discusse una per una, e infine dopo questo lungo confronto appare la soluzione finale di Suarez stesso.

Apparentemente si tratta dello stesso metodo di Abelardo e di San Tommaso, quello del *sic et non*. Ma basta aprire un libro di Suarez per vedere subito le differenze; San Tommaso pone a confronto un piccolo numero di autori, scelti in funzione dell'interesse che la loro tesi ha per il problema immediato, più che per la loro «autorità»; in Suarez invece la lista si allunga a dismisura. Egli non ci fa grazia nemmeno di una sola tesi già proposta in precedenza; all'inizio di ogni corso siamo costretti a subire l'esposizione di tutte le dottrine professate anteriormente sullo stesso argomento; insomma, egli si mostra già abilissimo maestro di quel metodo detestabile, tipico delle nostre deformazioni universitarie, che consiste nell'interessarsi, più che all'argomento, a ciò che hanno scritto su di esso i baroni universitari. Conoscete benissimo tutti questa tecnica; da parte mia sono convinto che al giorno d'oggi le facoltà praticano il culto delle «autorità», più di quanto non si facesse nel XIII secolo e con molta maggiore stupidità.

Il risultato è quello di rendere la scolastica tremendamente noiosa, coma da allora essa non ha più cessato di essere reputata: infatti, non è di San Tommaso che Montaigne si fa beffe, ma della scolastica del suo tempo. Nel *De legibus* di Suarez non sono mai riuscito a leggere un capitolo da cima a fondo; bisogna prima sorbirsi la citazione delle opinioni e non solo quelle di San Tommaso, ma anche di Duns Scoto, di Occam, di Buridano, di Gerson, di Gabriel Biel, del Gaetano, di Banez, di Molina, ecc. È ben vero che, da un punto di vista pragmatico, questo è un metodo eccellente per imporsi all'attenzione del pubblico; nulla impressiona maggiormente il lettore (e lo tiene contemporaneamente al suo posto, soprattutto se non ha il tempo di leggere tutto) di un apparato spaventoso di erudizione e soprattutto dello spessore delle note bibliografiche; e forse non è del tutto sbagliato, da un punto di vista pragmatico, rendersi illeggibile. E quando c'è solo un piccolo numero di specialisti ben informati, se lo scopo che ci si propone è quello di ottenere la vittoria in una controversia, è probabilmente utile attaccare e discutere a lungo le dottrine avverse, anche se sono mediocri, purché siano influenti, piuttosto che approfondire dovutamente l'argomento stesso. Ma certo questo non ha niente a che vedere con il metodo di San Tommaso.

L'eclettismo. Questo metodo ha un altro difetto: Suarez corre il rischio di restar troppo alle dipendenze di queste molteplici autorità che egli commenta così laboriosamente e che rischiano di crollare per il loro stesso peso. E qui comincia a porsi il problema della sua fedeltà alla linea di San Tommaso per quanto concerne i contenuti (dato che per ciò che concerne la forma, abbiamo già visto quanto contrastino le due dottrine).

Ufficialmente Suarez adotta le soluzioni di San Tommaso. Ha ricevuto questa direttiva dallo stesso generale dell'Ordine e del resto si tratta di un principio di politica culturale che proviene da un principio dello stesso Sant'Ignazio: questo è il metodo più sicuro per garantirsi contro le deviazioni del protestantesimo, per

restare nella tradizione ed anche - come vien detto esplicitamente nelle direttive ufficiali dell'Ordine - per evitare che a Salamanca scoppino con i domenicani controversie e conflitti tanto sgradevoli, quanto nocivi al trionfo della causa comune. In una lettera del generale della Compagnia di Gesù, del 1610, si legge che «il Padre Francisco Suarez è considerato *così tomista*, che per questo motivo ed anche per la garanzia che danno le sue opinioni, sembra che la sua dottrina sia generalmente seguita nelle principali università europee».

Questa reputazione non era del tutto meritata, anche se perdura ancora oggi. Essa è oggetto di controversie molto vivaci, come già si è detto, e delle quali un'eco ci può giungere già attraverso i titoli della bibliografia che abbiamo citato. A mio avviso, l'ortodossia tomista di Suarez mi sembra ancora più contestabile di quella di Vitoria. In primo luogo Vitoria rispettava la sistematica della *Summa Theologiae*; Suarez la segue invece con molta flessibilità e solo nelle grandi linee, in alcune soltanto delle sue opere, come ad esempio nel *Trattato sulle leggi*. Ma nella sua opera principale, le *Disputationes metaphysicae*, egli si libera completamente da ogni dipendenza da San Tommaso. Quanto alle conclusioni cui Suarez giunge, esse costituiscono di solito una *via di mezzo* tra San Tommaso e i suoi avversari, un tentativo di sintesi, al quale doveva logicamente condurre l'uso del metodo scolastico. Diciamo anche che sono un segno dell'*eclettismo* di Suarez; egli difficilmente sceglie tra due opinioni contrastanti e cerca piuttosto di conciliarle, di combinarle, di sintetizzarle. Non è questo il metodo più sicuro per restare nella linea specifica della tradizione cattolica? E soprattutto per farsi capire, senza urtare nessuno? Quali che siano le buone intenzioni dei rinnovatori della *Summa*, resta come dato di fatto che dal XIII secolo sono nate nuove correnti, nominalistiche, volontaristiche o razionalistiche e che esse hanno acquistato un predominio. Se ci si vuole fare ascoltare è meglio non contrapporsi decisamente ad esse. Il pubblico non ama le contrapposizioni e il più e il meglio che si possa fare è adottare soluzioni conciliatrici. È un atteggiamento che va ancora di moda al giorno d'oggi; si sente dire spesso che alcuni gesuiti continuerebbero ad avere un debole per questo metodo: ad es., per ricondurre alla Chiesa la classe operaia e le élites intellettuali, essi cercherebbero un compromesso tra la fede cristiana e le dottrine alla moda, un compromesso con Hegel, Durkheim o Freud, con la filosofia del progresso e a volte anche col marxismo. È un po' in questa prospettiva che mi immagino Suarez nel suo lavoro di conciliazione di San Tommaso con Duns Scoto e con Occam; ma si tratta di una conciliazione nella quale, per ciò che attiene alla sostanza, predomina il nominalismo.

3. L'ontologia di Suarez

Arriviamo finalmente al cuore della filosofia di Suarez: la sua ontologia. Non c'è nulla in filosofia che abbia tanta rilevanza quanto questa scienza dell'essere, che è stata l'oggetto della metafisica classica e che vediamo tornare di moda al giorno d'oggi; è la chiave di tutto il resto e Suarez è abbastanza profondo per capirlo. Sfortunatamente, non c'è nulla che corra maggiormente il rischio di cadere nell'astrazione e nell'astrusità: si tratta di una dottrina sottile, profonda certamente,

ma anche complicata e controversa. E non è mai facile interpretare Suarez, dato il suo gusto di portare all'ammasso tesi spesso contraddittorie, in formule che non sono prive di pesantezza e di ambiguità.

Mi limito a riassumervi due o tre studi recenti dedicati esplicitamente ai giuristi; i filosofi del diritto, infatti, cominciano ad accorgersi che è assolutamente necessario arrivare all'ontologia per comprendere le radici profonde delle divergenze che ci sono tra il pensiero giuridico classico e quello moderno.

Il modo migliore per mettere in chiaro le due differenti concezioni del diritto naturale è quello di confrontare l'ontologia di San Tommaso con quella di Suarez. Ora, non è possibile riassumere l'ontologia tomista in poche pagine, tanto più che essa può essere ben intesa solo a partire dai termini latini del lessico tomista (come *ens*, *esse*, *esse non subsistens*), che solo a fatica possono essere tradotti in una lingua moderna. Ci aiuteremo, comunque, anche in questo caso, appoggiandoci a utili lavori critici. Limitiamoci dunque a dire che San Tommaso si è innalzato ad una grandiosa intuizione dell'essere e dei *gradi* dell'essere: l'essere, nella sua totalità, è solo in Dio, mentre l'uomo non possiede l'essere che *per analogia*; egli ne *partecipa* e vi tende. È una concezione dell'uomo e del mondo essenzialmente *dinamica* e già quasi dialettica: nella visione di San Tommaso il mondo è in uno stato di *tensione* verso la pienezza dell'essere, che è anche nello stesso tempo pienezza del Bene (*ens et bonum convertuntur*). C'è una tensione tra ciò che le cose, così come esistono, sono *attualmente* e ciò che esse *possono* essere; dunque tra l'esistenza e l'essenza, l'atto e la potenza, la realtà che le cose possiedono e la «natura» cui esse tendono e, nell'uomo in particolare, tra la volontà e la ragione, e analogamente (il che ci interessa da vicino in quanto storici della filosofia del diritto) tra il fatto e il valore, la legge positiva e il diritto. Tutte queste nozioni, che San Tommaso sa lucidamente *distinguere*, sono in mutua relazione nella totalità dell'essere; così il giusto naturale e la legge positiva si implicano a vicenda, perché la legge costituisce uno sforzo di attualizzazione *verso* il diritto, e cioè verso il giusto. Su questa nozione così densa dell'essere San Tommaso costruisce la sua teoria del diritto naturale.

Ritorniamo ora a Suarez. Tutti gli autori che se ne sono occupati sottolineano che c'è uno scarto profondo tra l'ontologia di Suarez e quella di San Tommaso. La nozione suareziana dell'essere, che sembra dover molto alla scolastica francescana, è molto più piatta. L'essere è solo ciò che esiste «realmente e attualmente» (*ens reale et actuale*); è il fatto puro e crudo di cui i sapienti constatano l'esistenza; nel fatto non è più insita l'inclinazione dinamica che lo spinge verso una maggiore pienezza, una differenza «ontologica» che gli faccia superare se stesso; non c'è più nei fatto il «valore», ma il valore e il bene sono qualità che si aggiungono all'essere (*passiones entis*); l'essere in se stesso diviene statico e assiologicamente neutro. Come si dirà in epoche più vicine a noi, il *Sollen*, il dover essere, è già separato dal *Sein*, dall'essere e la «ragion pratica» è già separata dalla «ragion speculativa»: ne segue che la giustizia non è più collegata alla legge positiva, né la ragione alla volontà. Nell'ontologia di Suarez, c'è già una rinuncia a dedurre il diritto dalla

conoscenza speculativa della natura; ci sono già i fondamenti filosofici del positivismo.

Questa sintesi è incompleta e tutt'altro che perfetta. Come già abbiamo osservato in precedenza, non ci possiamo innalzare ai problemi della metafisica che con molta prudenza e lentezza. Ma è là che devono tendere i nostri sforzi, poiché è fin troppo evidente che è da là che deriva il nostro pensiero giuridico: una definizione del diritto (che non designa più «il giusto», ciò cui *tende* l'arte del diritto o quella legislativa, ma passa a designare il diritto soggettivo o l'insieme delle leggi positive), la promozione delle leggi scritte, la perversione dell'idea del diritto naturale, la negazione del ruolo attivo ed autonomo della dottrina, così come era stata esercitata a Roma dai giuristi, tutto questo è in funzione di una nuova concezione dell'essere. La superiorità per noi di un Suarez su di un Vitoria sta nel fatto che Suarez, più filosofo dell'altro, sa farci risalire fino alle fonti prime, al livello della metafisica, delle trasformazioni del diritto. E limitiamoci a constatare che Suarez nell'attingere a questi vertici della filosofia non si colloca sulla stessa cima raggiunta da San Tommaso, ma su un'altra (apparentemente meno alta). Ora possiamo ridiscendere a valle e prendere in considerazione lo specifico dell'insegnamento suareziano in materia di diritto.

II. La dottrina suareziana del diritto

La più celebre delle opere di Suarez è il trattato *De legibus ac legislatore Deo*: ed è a quest'opera che faremo ora maggiormente riferimento.

Da quando ho cominciato a leggerla, mi sono sempre più convinto che tra la dottrina di Suarez e quella che egli assume come modello, la dottrina della *Summa Theologiae*, ci sono ben più che semplici differenze; c'è una radicale opposizione, un capovolgimento del linguaggio di San Tommaso. Suarez, autore sistematico, metodico, meticoloso, definisce con precisione ogni termine di carattere generale del lessico giuridico. Ci accorgiamo ben presto che ognuna delle sue definizioni, anche se in apparenza omogenee a quella di San Tommaso, si situa in realtà agli antipodi di queste; sono risolutamente definizioni moderne; Suarez ha rielaborato le nozioni essenziali del diritto ed ha procurato al pensiero giuridico moderno il suo vocabolario di base. E dato che Suarez è nello stesso tempo metafisico e giurista, non c'è nulla che sfugga alla sua rielaborazione: né i termini generalissimi, come quelli di *diritto* e di *legge*, né altri più tecnici, come diritto naturale, diritto delle genti o diritto positivo.

1. Il diritto e la legge

Cominciamo a prendere in considerazione le nozioni più generali: fin dall'inizio del *De legibus* vediamo che Suarez affronta questa questione tradizionale: che significa il termine *jus*? Questa è altresì la prima questione della filosofia del diritto, dell'«ontologia giuridica».

San Tommaso aveva affrontato l'argomento nella IIa-IIae, q. 57, art. 1, intitolata *Utrum jus sit objectum justitiae*. È un articolo di ammirevole ricchezza, ma al giorno d'oggi la maggior parte degli interpreti fa fatica a capirlo, perché per capirlo

è necessario partire dalla filosofia di San Tommaso. L'Aquinate concepisce il diritto nella maniera dinamica che gli è propria, come movimento, come un'carte» che tende verso un fine specifico e che è definita da quel fine: la soluzione giusta, cioè la giusta proporzione dei beni materiali distribuiti tra i cittadini, la *res justa*, l'*id quod justum est*.

Ovviamente, Suarez non ignora questi testi della *Summa Theologiae*. Li cita, li commenta. Ma lasciamo stare i meandri astuti della sua dialettica. Di fatto, Suarez abbandona la definizione tomista. Quella soluzione «giusta» che va ricercata, alla quale tende il lavoro del giurista, ai suoi occhi non è cosa sufficientemente reale, sufficientemente attuale: è una nozione incompatibile con l'ontologia di Suarez. Egli non riesce più a tenersi a quell'altezza, dalla quale San Tommaso poteva considerare, con uno sguardo solo, unitariamente, il diritto come attività che è rivolta ad un fine trascendente. Suarez, incapace di abbracciare con lo sguardo questa totalità dinamica, scinde la nozione di diritto in due nozioni separate: da una parte ciò che sarebbe il risultato tangibile dell'arte giuridica, il beneficio che ne trarrebbe l'individuo, la facoltà, il *diritto soggettivo*; dall'altra lo strumento dell'arte giuridica, cioè la *legge*. Questi sono i due significati che in definitiva Suarez riconosce al termine *jus* e che diventeranno le due rubriche sotto le quali i nostri dizionari moderni definiscono il termine *jus*.

Leggiamo il *De legibus*: «*Solet* proprie *jus vocari* facultas quaedam moralis ... (e qui vediamo il significato di diritto soggettivo). Et haec significatio vocis frequens est non salurn in jure, sed in scriptura ...». Ma d'altra parte è frequente che la parola *jus* significhi *legge*: «jus legem significari», «Jus aliquando significare legem; aliquando significare dominium vel quasi dominium». Per maggiore chiarezza ed eleganza, Suarez ama designare queste nozioni con due termini distinti: il diritto soggettivo sarà lo *jus dominativum* e la legge lo *jus praeceptivum*.

2. Il diritto soggettivo

Dopo quanto abbiamo detto dell'ontologia di Suarez, non ci stupiremo nel vedere come egli salti dalla formula della *Summa* (*id quod justum est*) alla nozione di diritto soggettivo. Il «giusto» di San Tommaso (la giusta parte che va attribuita a ciascuno, di cui in anticipo non si sa l'esatta misura, che va accuratamente ricercata, che esiste in potenza), non rientra nelle sue categorie. Ma il diritto soggettivo, al contrario, questa *facultas*, questa *potestas* riconosciuta all'uomo dalle leggi, appartiene, a suo avviso, all'essere reale. Il «diritto dominativo» è un fatto: «jus dominativum consistit in facto quodam - o, piuttosto, è una qualità delle cose - seu in tali conditione vel habitudine rerum», e più precisamente ancora è una qualità dell'uomo in relazione alle cose materiali: «facultas quaedam moralis quam unus quisque habet circa rem suam vel ad rem sibi debitam», «moralem facultatem ad rem aliquam vel in re». Si tratta proprio di un attributo del soggetto (*subiectus*) umano: il termine di diritto soggettivo è già pressoché definitivamente elaborato.

Se dovessimo riprendere qui la storia del diritto soggettivo, avremmo molto da dire a partire dal *De legibus* di Suarez. E in primo luogo sulle sue fonti. È chiaro che in questa occasione Suarez si rifà alla tradizione occamista, ma anche alle dottrine

più recenti che possono aver avuto una funzione di intermediazione, come quella di Gerson, del canonico Driedo, di Brissonius, di Juan Garcia de Saavedra, dello stesso Vitoria. A queste analisi Suarez aggiunge del suo: egli si sforza di distinguer meglio il senso specifico del termine *jus* dalla nozione più generale di *potestas*; infatti *potestas* può significare una semplice facoltà di agire, mentre nel termine *jus* c'è qualcosa di più, c'è un potere di dominare: «Duo illa verba potestas et jus notanda et distinguenda sunt, quia non idem significant. Duobus enim modis potest aliquis potestatem habere aliquid faciendi, uno modo quasi permissive, quia licitum est illi facere ... sicut mihi licet ingredi alienam domum; alio modo datur potestas cum jure conjuncta sicut est potestas utendi propria domo vel re communi».
Jus diventa così praticamente un sinonimo di *dominium*, se si prende questo termine in senso ampio, tale cioè da includere il diritto che si esercita, non solamente sulle cose, ma sulla propria libertà «quia ipsa natura verum dominium contulit homini suae libertatis». Ed ecco la definizione di *dominium*, diritto, potere: «Definiri solet, dominium, quod sit jus utendi ... et ideo proprie non consistit in capacitate remota ... sed in potestate, quae est veluti principium actus imperandi, vel utendi». Per meglio valutare il progresso dell'idea di diritto soggettivo nelle sue diverse applicazioni (il sistema delle sovranità nel diritto pubblico, il diritto di proprietà e i diritti secondari sulle cose e infine i diritti sulla propria persona), dovremmo studiare la lunga analisi fornita da Suarez a proposito dello *jus dominativum*.

Ma non è questo il nostro scopo; studieremo piuttosto la fonte da cui deriva questo diritto soggettivo. Infatti, nel sistema di Suarez, il diritto soggettivo è sottomesso, come costitutivo materiale, al diritto considerato come legge: «jus dominativum est materia alterius juris, praeceptivi». Per Suarez, il senso principale della parola diritto è quello di *legge*.

3. Il diritto come legge

Bisogna dunque insistere ancora sulla seconda definizione. Non c'è fenomeno che deve attirare di più la nostra attenzione di questa rivoluzione linguistica, che porta a considerare il diritto come l'insieme delle leggi; infinite infatti sono le conseguenze che derivano da questa definizione, una volta definitiva mente recepita dalla dottrina: tutta la giurisprudenza viene per dir così ad incatenarsi ai testi di legge! È ben vero che le si possono trovare origini ben più indietro nel tempo, nell'uso comune dei giuristi, nella scolastica francescana, ed anche, come vedremo ben presto, nella filosofia stoica. Ma è solo nell'austero trattato di Suarez che giunge al suo esito questo sconvolgimento linguistico.

Non c'è nulla di più lontano dal vero pensiero di San Tommaso. Anche se molti tomisti rifiutano di ammetterlo, tutta la *Summa Theologiae* protesta contro questa tendenza a confondere il diritto e la legge. In primo luogo, il campo di azione della legge è molto più vasto di quello del diritto: ci sono non solo leggi giuridiche, ma anche leggi morali, relative ad altre virtù oltre alla «giustizia particolare»; ci sono le leggi della fisica, quelle che governano nel mondo l'ordine delle cose inanimate. In rapporto a questa molteplicità di leggi diverse (che San Tommaso riconduce ad un

unico concetto) è evidente che il diritto occupa un campo specifico, che merita un trattamento a parte. In secondo luogo, sarebbe falso identificare il contenuto del *diritto* con ciò che di solito si intende per legge nel senso giuridico del termine. Senza dubbio, ogni soluzione giuridica trova la propria giustificazione in una legge, se noi prendiamo questo termine in un senso molto ampio e generico, nel senso della legge non positiva, a noi ancora sconosciuta, che dobbiamo ricercare, se cioè ci riferiamo alle «leggi» naturali non scritte. Le cose andranno però diversamente se consideriamo la legge nell'accezione più familiare ai giuristi, quella di precetto che si concretizza in una formula positiva: «si in scriptum redigatur». Per San Tommaso, la legge scritta è solo uno degli strumenti di ricerca della soluzione giusta (caliqualis ratio juris»); non c'è solo un giusto legale (quello che Aristotele designava col termine *dikaion nomikòn*), ma anche un giusto naturale. E del resto la stessa legge positiva è protesa verso il giusto, come verso una finalità che la supera. Dunque il diritto va al di là della legge, è al di là della legge scritta. È per questo che San Tommaso elabora la sua teoria del diritto non nella Ia-IIae, in cui si trova il suo trattato sulle leggi (e nel cui ambito molti interpreti moderni hanno il torto di ricercare elementi concernenti il diritto), ma in un diverso trattato, riconnesso allo studio della virtù della «giustizia particolare», nella IIa-IIae (si tratta della q. 57*, De jure et justitia*),

Ritorniamo a Suarez. Constatiamo in primo luogo che Suarez ha della legge una nozione molto più particolare. Mentre San Tommaso adoperava volentieri il termine «legge» per indicare l'ordine della natura, l'ordine misterioso, ignoto a tutti, che è l'oggetto delle nostre indagini, la legge per Suarez è solo questa realtà attuale, il precetto chiaramente promulgato sotto una forma o sotto un'altra: «praeceptum ... suflicienter promulgatum» grazie ad un esplicito intervento del legislatore. La legge, egli ci dice, contraddicendo l'insegnamento tomista, è principalmente opera della volontà. Suarez non ha esitato a rifarsi a quelle vecchie nozioni scolastiche, in cui si discetta se la legge sia opera della *ragione*, come dice San Tommaso, o principalmente di *volontà*, come ritengono gli avversari del tomismo, i sostenitori delle teorie di Scoto e di Occam; o se la legge sia solo «indicativa» (tale cioè da procurarci la conoscenza del giusto e del bene) o «imperativa». Suarez tergiversa a lungo, cercando di giungere ad una formula che possa avere l'apparenza di una sintesi; ma in definitiva è chiaro che Suarez inclina verso la formula dei volontaristi. La legge, senza dubbio, ha bisogno di essere razionale, ma - egli dice - solo la volontà ha la forza di condizionare la volontà dei sudditi e di rendere obbligatorio un precetto. Infatti, il fine della legge è quello di condizionare la condotta umana, di obbligarla moralmente, di costringerla; essa esercita la funzione di causa «impulsiva»: «lex non tantum est illuminativa, sed motiva et impulsiva». La legge implica «motionem et directionem». In tal modo, l'ambito di applicazione della legge è limitato ai comandamenti obbligatori; ed è significativo che Suarez rifiuti di includervi, contrariamente a San Tommaso, i semplici *consigli* evangelici, che *indicano* dove sia il giusto, ma non possiedono forza obbligatoria; a maggior ragione egli separa dalla legge giuridica la legge fisica, e cioè l'organizzazione intrinseca della natura inanimata, che San Tommaso invece

includeva nello stesso concetto generalissimo di legge. Suarez pensa alla legge nello stesso senso positivistico dei giuristi.

Ed è a questa legge intesa nella maniera più ristretta, più positiva, che Suarez vuol ridurre il diritto. Egli non concepisce nessun'altra fonte per l'arte del diritto; nessun'altra fonte al di fuori di questa, come ad esempio l'ordine latente nella natura, né al di sopra di questa, come quella ragione che per San Tommaso costituisce la causa finale della legge. Suarez non concepisce più nella legge una finalità, verso la quale essa sia orientata (e che costituiva parte integrante, secondo San Tommaso, della sua essenza), ma solo il suo essere attuale, il precetto effettivamente positivo. La legge è la norma così come essa viene emanata dalla volontà legislativa. Insomma, nel diritto non esiste più nulla al di là del testo. L'*id quod justum est* non ha più alcun significato nell'ontologia suareziana. Ciò equivale a dire che Suarez ha perso quella che era la chiave della dottrina classica del diritto naturale; per lui il diritto ha cessato di essere l'arte dinamica di ricerca della soluzione giusta, ma si riduce all'ubbidienza agli ordini del sovrano. Non è più un'arte definita in base alle sue finalità, al suo fine specifico, la ricerca cioè della giustizia nei rapporti umani, ma come già dicevano Lutero e Calvino, esso si qualifica solo per la forma legislativa e il contrassegno della costrizione. Cedendo ancora una volta, nella sostanza, alle dottrine nominalistiche, Suarez riconduce il diritto alle leggi: *ius legem significari*.

In conclusione, se si vuole misurare l'abisso che separa questa dottrina dal modello che essa pretende di imitare, non c'è che da considerare il titolo della grande opera suareziana. Un Vitoria, un De Soto, e anche i gesuiti Molina, Lessius, ci hanno lasciato commenti al *De justitia et jure*; Suarez invece inserisce il suo insegnamento sul diritto in un trattato, il *De legibus ac legislatore Deo*. È un controsenso radicale, se lo misuriamo sul metro di San Tommaso, controsenso in cui la maggior parte dei tomisti dovevano seguirlo fino al giorno d'oggi. E dopo di ciò non vedo più cosa possa rimanere dell'autentica dottrina tomista.

4. Diritto naturale e diritto delle genti

Dopo questa decisione di ricondurre il diritto alla legge positiva, tutto il resto non è che una conseguenza, e in particolare la metamorfosi del diritto naturale in un sistema di leggi razionali.

Il secondo libro del Trattato di Suarez ha per argomento le «leggi naturali». E qui si pone il mutamento decisivo che di solito non è adeguatamente riconosciuto: il diritto naturale è trasformato da Suarez in leggi naturali, leggi nel senso suareziano del termine, e cioè norme espresse e «sufficientemente promulgate», che procedono dalla volontà di un legislatore. Di quale legislatore si tratta in questa occasione? Non può che essere Dio stesso, le cui attività Suarez concepisce, almeno all'apparenza, in modo sensibilmente antropomorfico. Il titolo completo dell'opera è *De legibus ac legislatore Deo* ed una delle intenzioni di Suarez è certamente quella di sottolineare il primato della sovranità e della legislazione divine. Nel secondo libro dell'opera egli introduce tutto ciò che concerne nello stesso tempo le «leggi naturali» e quella legge che la tradizione scolastica chiamava «eterna», legge

procedente anche essa, ovviamente, da Dio. Il «principio di obbligatorietà» del diritto naturale, secondo l'insegnamento di Suarez, è la volontà di Dio, alla quale noi dobbiamo ubbidire; su questo punto egli apre un confronto con il confratello Gabriel Vazquez. Ogni legge è, in fondo, per Suarez, legge positiva, ivi comprese le leggi naturali.

Questa insistenza a concepire il diritto naturale come un insieme di norme, prodotte dalla legislazione divina, non significa però assolutamente che Suarez confonda (come tendevano a fare Lutero e Calvino) il diritto naturale con le leggi *rivelate* nella Sacra Scrittura. Non ci sarebbe un controsenso maggiore di questo nella teologia dei gesuiti, che è precisamente orientata alla battaglia contro le idee dei protestanti: essi vogliono restaurare le fonti naturali e profane dell'arte del diritto. Il pensiero autentico di Suarez è che le leggi naturali divine sono conosciute dall'uomo non attraverso il canale della rivelazione, ma attraverso quello della *ragione*, che Dio ha dato all'uomo fin dall'origine della creazione e che fa parte della nostra natura. In questo senso esse sono state promulgate «in modo sufficiente»; nella ragione dell'uomo, come dice San Paolo, sono stati iscritti i comandamenti di Dio. La ragione è il primo libro in cui si possono trovare codificate le leggi del sovrano supremo, accessibili all'intelligenza di ogni uomo, anche infedele, e tutte provenienti comunque da Dio. La legge naturale è dunque quella regola contenuta nella ragione umana, a condizione che quest'ultima sia retta, sia una *ratio recta* 28. Su questo punto Suarez ha subito l'influenza dello stoicismo, che era stato rimesso in auge, come ben presto vedremo, dall'umanesimo del tempo. Lo stoicismo metteva l'accento sull'importanza della ragione come elemento specifico della *natura umana* ed è in questo senso che Cicerone poteva qualificare come naturale la legge che riteneva insita nella ragione umana. Ma in questo caso siamo ben lontani dal concetto tomista di diritto naturale: San Tommaso deduce il *diritto* dalla natura esterna, dall'osservazione delle comunità politiche e dei gruppi sociali umani. È tutt'altra cosa che dedurlo dalla ragione individuale. Perché si è avuta questa trasformazione? Probabilmente perché Suarez voleva dare al diritto naturale la forma di regole: nella *natura* non si trovano assolutamente regole già belle e fatte, ma una certa teologia o una certa filosofia possono pretendere che la nostra ragione abbia la capacità di produrne di sostanziali.

Ancora una volta, questa filosofia si allontana da quella di San Tommaso. Suarez, in confronto a San Tommaso, ci appare già incline al *razionalismo*, Con Suarez il discorso si arricchisce di precetti che potremmo riscontrare insiti nella nostra ragione. E queste nuove pretese del razionalismo modificano completamente il quadro della dottrina del diritto naturale. Certamente anche San Tommaso riconosceva come insiti nella ragione umana alcuni principi molto generali, tra cui quello che per lui era il principio della ragion pratica: «bisogna fare il bene ed evitare il male». Ma il punto è che questi principi primi non avevano per lui alcunché di giuridico. «Bisogna fare il bene ed evitare il male» è solo un precetto «morale» e non un precetto giuridico. Quanto alle «conclusioni» giuridiche - che per lui non venivano «dedotte» dai principi razionali, ma tratte per la massima parte da una fonte autonoma, dall'osservazione empirica della natura esterna -

queste, secondo il suo insegnamento, vanno considerate non integralmente razionali e di conseguenza non necessarie. Su questo punto l'atteggiamento di Suarez è del tutto diverso: Suarez afferma che noi siamo in grado di dedurre, a partire dai «principi» insiti nella nostra ragione, regole sufficientemente precise e talmente sostanziali, da poter costituire vere e proprie regole giuridiche.

Questa, forse, è l'innovazione più eclatante: per Suarez le «conclusioni» dedotte in ambito giuridico dai «primi principi» razionali partecipano alla verità evidente ed universale e conseguentemente all'immutabilità dei principi primi. «Omnia autem haec perpetuae veritatis sunt, quae veritas principiorum non subsistit sine veritate conclusionum; et principia ipsa ex terminis necessaria sunt, ergo in omnibus bis praeceptis est perpetuitas». Per la verità, questa dottrina, secondo cui l'insieme delle leggi naturali sarebbe immutabile, poiché si tratterebbe di leggi razionali, è difficilmente condivisibile; essa ha costituito un problema in ogni epoca, perché è contraddetta dall'esperienza storica. Montaigne (la cui critica, come ho già detto, è rivolta contro la scolastica *del suo tempo*) le opporrà il proprio scetticismo: «Sono divertenti, quando sostengono, per dare certezza alle leggi, che ce ne sono alcune perpetue ed immutabili, ferme, che essi chiamano naturali, e che sono vigenti nell'umanità per la forza della loro stessa essenza ... Ma sono così sfortunati, che non ce ne è una sola, che non sia contraddetta e inapplicata non da una sola nazione, ma da parecchie». Suarez si libera da questa difficoltà, affermando che non è la legge che muta, ma solo la «materia» a cui essa si applica e che dunque la legge avrebbe bisogno, per essere applicata in circostanze diverse, di essere interpretata; è un tema frequente nella dottrina gesuitica del tempo e che possiamo ritrovare in Vazquez e in Molina; è un eccellente pretesto per affidare ai teologi, interpreti delle leggi naturali (così come, in morale, agli studiosi della casistica), il controllo della pratica del diritto. Sta di fatto comunque che Suarez riconduce la prassi giuridica all'imponente edificio sovrastrutturale delle leggi naturali immutabili.

Ecco dunque dove conduce questa dottrina del diritto naturale: noi disponiamo di un arsenale di precetti giuridici di origine puramente razionale e suscettibili di essere precisamente *formulati*; contrariamente alla tradizione di Aristotele e di San Tommaso, le leggi naturali non sono più da considerare come «non scritte» (*nomoi agraphoi*). A questi vanno aggiunti per di più quei precetti elaborati da Vitoria e conosciuti come propri del «diritto delle genti», dedotti anch'essi dalla ragione, ma confermati da un preteso consenso universale. Di questo consenso Suarez non vuole affatto fare a meno; è troppo utile per dare consistenza al diritto internazionale, di cui Suarez si interessa tanto quanto se ne interessava Vitoria. Il secondo libro del *De legibus* unisce allo studio delle norme di diritto naturale quello delle regole dello *jus gentium*. In questo modo Suarez ha salvato (o ha creduto di aver salvato) il diritto naturale che per lui non poteva consistere (data la concezione che egli si era fatta del diritto) che di *leggi*, di regole tutte perfettamente formulate.

Ne segue che il diritto naturale è divenuto per i moderni, e purtroppo anche per molti contemporanei, un codice di precetti razionali, sovrapposto al codice delle leggi di origine positiva umana. Un diritto che si pretende dedotto dai principi della ragione (che secondo la lezione stoica sarebbe la *natura dell'uomo*) e non più

dall'osservazione della natura esterna all'uomo; un diritto *razionale*, più che naturale. Un diritto che ha l'aspetto di un insieme di regole, come il diritto positivo umano.

Non nascondiamoci che Suarez, alterando in tal modo la dottrina di San Tommaso, le ha reso un servizio: forse era questa la sola maniera per conservarne qualcosa, riadattandola alle forme proprie del modo moderno di pensare. L'Europa razionalista per alcuni secoli ha creduto alle pretese leggi della ragione; e grazie a questo non è sprofondata nell'arbitrarietà legislativa in cui l'avrebbe dovuta logicamente condurre il positivismo. Al di sopra delle leggi dello stato, essa ha mantenuto il cordone di protezione costituito da un sistema di più alti principi. La lista di questi principi, del resto, è cambiata dal XVI al XVIII secolo: nel XVI e nel XVII secolo e nei paesi cattolici è ancora la dottrina sociale tradizionale della Chiesa che i legislatori devono rispettare, sottoponendosi al controllo dei teologi; mentre dietro il sistema dei codici civili vanno visti i principi filosofici del liberalismo, la «Dichiarazione» dei diritti dell'uomo (anche se, per la verità, essi si rifanno ad un'altra filosofia del diritto, che ha il suo fulcro non tanto nelle *leggi*, quanto nel *diritto soggettivo* individuale). Poco importa: in un modo o nell'altro, si era d'accordo nel rispettare le «leggi naturali» e quest'osservanza veniva a costituire una condizione perché le leggi positive fossero considerate «legittime». È sotto questa forma che è sopravvissuto qualcosa del diritto naturale.

Ma quest'edificio veniva a fondarsi su basi molto sospette. La stessa varietà delle leggi che, nelle diverse epoche storiche, si è ritenuto possibile dedurre dalla ragione è una prova della debolezza del loro fondamento; le grandi costruzioni della Scuola del diritto naturale moderno peccano per la fragilità degli assiomi pseudo-razionali su cui essa fonda le sue deduzioni. E possibile dedurre razionalmente solo pochi principi molto vaghi, troppo vaghi per poter essere considerati giuridici; dopo gli ultimi sforzi condotti metodicamente da Kant per costruire un diritto naturale sui principi a priori della ragion pratica, chi può ancora dubitare che questo metodo non conduca in un vicolo cieco? Suarez mutila a morte il diritto naturale; conserva l'espressione, ma la separa dalle sue radici filosofiche, e persegue il fine impossibile di *conciliare* la dottrina giusnaturalistica con quella ad essa opposta del nominalismo e di farla tornare di moda; in questo modo egli non fa altro che diffondere in Europa una indegna contraffazione del diritto naturale. A lungo termine, tutto ciò non potrà portare che alla sua scomparsa.

5. Il diritto positivo

Ci siamo soffermati a lungo sulla dottrina suareziana del diritto naturale, i cui ingranaggi non sono facilmente analizzabili, perché malgrado il suo successo essa è profondamente ambigua e piena di fallaci artifizi; ma potremo andare più velocemente nella trattazione delle leggi positive umane. In questa materia Suarez si trova di più a suo agio; è dalla legge positiva umana, da questa realtà tangibile, che egli evidentemente ha dedotto la sua definizione della legge come quella che procede dalla volontà positiva del legislatore, che è «formulata» e «sufficientemente

promulgata». Egli dedica la maggior parte del *De legibus* (in particolare il libro terzo e i seguenti) alle leggi positive del sovrano.

Suarez non intende certo svalutare l'autorità delle leggi positive. Mentre la dottrina classica del diritto naturale lascia al giudice una grande libertà di interpretazione, in quanto che al di sopra del testo della legge c'è la giustizia, Suarez insegna l'ubbidienza puntuale al testo della legge. Suarez è uomo d'ubbidienza e un fervente dell'ordine, come la maggior parte degli autori della fine del XVI secolo: tutta la sua dottrina è risolutamente autoritaristica. È chiaro che a differenza degli autori protestanti egli rimane attaccato alla dottrina scolastica della provenienza del potere: la scelta del titolare del potere, così come quella del tipo di regime, proviene originariamente dal popolo. L'autorità viene da Dio, ma tramite l'intermediazione del popolo: *a Deo per populum*. Essa nasce da una sorta di contratto sociale, che comporta in certi casi (come soprattutto in Inghilterra, se non in Spagna) limitazioni sostanziali al potere regio. Però per la maggior parte dei teologi spagnoli (ed anche poi per Grozio, che su questo punto resta loro debitore) il consenso originario è dato una volta per tutte; esso vincola perpetuamente il popolo e non dà fondamento alcuno al diritto di resistenza. Una volta per tutte, quando è fondata la comunità politica, il popolo conferisce al re e alla dinastia reale il potere sulle cose temporali; questo potere include il potere di creare il diritto: *potestas condendi leges o potestas obligandi*. È un potere, di norma, *assoluto*. A proposito di Lutero e di Calvino, abbiamo osservato come la loro teologia conducesse all'assolutismo. È necessario aggiungere che la dottrina dell'assolutismo non è solo un loro monopolio e che ha avuto un eguale successo nel cattolicesimo moderno? La Spagna, la Francia e l'Italia ne sanno qualcosa.

Cosa c'è da dire su ciò che concerne la forza delle leggi positive? Suarez non riconosce ad esse un'assoluta sovranità; in ciò la sua dottrina è diametralmente opposta a quella di Lutero. Al di sopra del potere del sovrano si pone per Suarez quello della Chiesa sulle cose spirituali ed anche il potere «direttivo» di questa sugli affari temporali, come già si è visto; e ancora più in alto il potere di Dio, di cui la Chiesa interpreta i comandamenti. Analogamente, al di sopra delle leggi dell'autorità secolare si pongono quelle di diritto canonico (in ordine alle questioni interne della Chiesa) ed anche le «leggi naturali» che si fondano sulla sovranità divina. La visione suareziana delle leggi è gerarchizzata: al vertice le leggi naturali, poi le norme del diritto delle genti, poi le leggi dello stato, quindi le consuetudini, la giurisprudenza (cui Suarez dedica una teoria completa nel settimo libro del suo trattato). In Suarez l'intera vita del diritto è ordinata come una caserma, nella quale il grado della vincolatività degli ordini che ricevono i soldati semplici si misura in base al grado di coloro che li emanano. In questo discorso non entrano quasi i criteri della giustizia e della ragione. Sotto certi profili siamo in una atmosfera già quasi keiseniana.

Limitiamoci quindi a dire che nella sua sfera, nei limiti in cui non contraddice a norme contenute in leggi di più alto grado, la legge del sovrano viene riconosciuta come dotata di un'autorità assoluta. Ciò che scompare nel sistema suareziano delle fonti del diritto è il ruolo creativo della giurisprudenza e il controllo attraverso il

giudice della giustizia della legge. Non c'è più nulla che venga ad interferire nella ricerca delle soluzioni giuridiche, né la giustizia, né la natura, niente se non la volontà positiva del legislatore. L'ubbidienza dovuta alla legge non è più fondata, come in San Tommaso, essenzialmente sulla sua relazione con la natura e di conseguenza non è più subordinata alla giustizia del suo contenuto: essa si fonda invece sul *potere* del legislatore. Il diritto è il testo della legge.

A dispetto delle apparenze, un simile sistema conduce di fatto all'arbitrarietà legislativa. È indubbio che per Suarez il principe è sottomesso alle leggi divine. Ma, per riprendere ancora una volta la nostra similitudine, l'autorità di un luogotenente è più pesante per i soldati delle direttive del generale. Ci sono buoni motivi per credere che il primato delle «leggi naturali» sia più teorico che pratico: abbiamo già visto quali ne siano i punti deboli; a dispetto degli sforzi del razionalismo le leggi naturali rischiano di non poter raggiungere quella precisione sostanziale necessaria alle regole giuridiche e di limitarsi ad essere unicamente regole morali (oltre al fatto che manca loro l'effettualità della forza).

Che ne consegue sul piano pratico? L'abbiamo appena detto; per qualche tempo si avrà una certa subordinazione del diritto positivo dello stato alle dottrine tradizionali dei teologi; soprattutto nelle grandi nazioni cattoliche resterà quest'ultima barriera, che è andata perduta nel protestantesimo; ma dato che queste «leggi» non possono conseguire una precisa consistenza (salvo ciò che concerne le relazioni tra stato e chiesa e l'ambito del diritto canonico) e dato che il loro carattere razionale è sempre discutibile, non ne possiamo esagerare la portata. Ben presto si arriverà all'affermazione dell'onnipotenza dello stato.

Questa è una conseguenza logica di una dottrina del diritto e della legge, che non aveva letto nella legge altro che la sua realtà *attuale* e che voleva ignorarne il *senso*, la tensione verso la giustizia, riducendo il diritto naturale al fantasma delle «leggi» naturali. Analogamente a quella dei riformatori, anche la dottrina di Suarez conduce al giuspositivismo. Non c'era altra possibilità, dato che l'opinione pubblica di tutta l'Europa moderna era portata verso questo traguardo da una grande corrente di pensiero, il nominalismo, sempre più di fatto, anche se occultamente, trionfante.

6. Conclusione

La conclusione cui stiamo arrivando potrà apparire troppo unilaterale: la maggior parte delle opere anche contemporanee su Suarez sottolineano troppo poco le differenze che separano la dottrina di questo da quella di San Tommaso. Anche ai giorni nostri, pur se in numero incomparabilmente ridotto rispetto a quello del seicento, Suarez trova ancora adesioni molto forti in ambienti cattolici. Già lo notavo all'inizio: Rommen, che alcuni ritengono possa essere definito come il rinnovatore della dottrina cattolica del diritto naturale, ha scritto un libro su Suarez. La stessa cosa ha fatto Recasens Sichez; Legaz y Lacambra gli ha dedicato un articolo; Ambrosetti la maggior parte della sua opera sulla riforma cattolica. Si tratta di opere in cui la critica occupa un posto molto piccolo. È anche vero che comincia a farsi notare una certa reazione anti-suareziana; basti citare il libro del P.

Delos e alcuni lavori che ho già citato. Ma questo movimento di reazione resta sporadico. Da parte nostra, dando qualche notizia sull'opera di Suarez, abbiamo creduto di dover sottolineare con molta franchezza la sua profonda infedeltà alla dottrina di San Tommaso.

Come riassumere il risultato di queste aride analisi? È possibile che Suarez non abbia conservato nulla della dottrina di San Tommaso? Non voglio arrivare a dir tanto; al contrario abbiamo notato come egli si sia sforzato di mantenere ferme alcune tipiche posizioni tomiste: la competenza della ragione umana nell'individuazione delle norme giuridiche, contro la tendenza sterilizzante del protestantesimo a subordinare tutto il diritto alla Scrittura rivelata: e questa è la barriera costituita dalle «leggi naturali» contro lo scatenamento dell'arbitrarietà del legislatore secolare. Di San Tommaso, Suarez ha conservato ciò che, in un'opinione filosofica diffusamente antitomista, poteva ancora essere salvato. E non dobbiamo misconoscere il vantaggio che ne è conseguito, non solo per il secolo di Suarez, ma anche per tutta la teoria del diritto dell'epoca moderna, che ha subito molto l'influenza del pensatore spagnolo. E Suarez che ha inaugurato quella commistione di San Tommaso con principi antitomistici, commistione incoerente ed indigesta, che è il prodotto di un eclettismo mediocre e che porta il contrassegno di un'epoca dominata dallo stile *barocco*; una commistione che resta una caratteristica del pensiero della maggior parte dei giuristi moderni e di cui va pur detto che, sul piano della pratica, non è poi riuscita tanto male.

Ciò che però Suarez ha perduto è la *chiave* della dottrina tomista, le sue premesse metafisiche, ciò che costituiva il fondamento autentico del diritto naturale e la sua linfa nutritiva. È una perdita fatale, quella di sostituire a un diritto naturale vivo e alimentato costantemente dall'osservazione della natura, una serie di scheletriche leggi naturali costruite sulla finzione di principi pseudo-razionali e fisse nell'immobilismo. La dottrina del diritto naturale, contraffatta e sfigurata in tal modo, recisa così dalla sua fonte viva, non è più che un vestigio inerte e votato alla scomparsa.

Quanto alla sostanza, malgrado gli elementi che egli conserva della *Summa Theologiae*, malgrado la sua volontà di sintesi, Suarez mi sembra pendere dalla stessa parte di Lutero e Calvino. La differenza sta nel fatto che la dottrina suareziana ha una maggiore importanza storica, perché la sua influenza penetra dovunque, nell'Europa cattolica; essa è stata recepita anche là dove si credeva di restare strettamente fedeli alla scolastica medievale, perché si è presentata sotto le vesti di un insegnamento tradizionale e che nell'apparenza seguiva l'ordine della *Summa Theologiae*. Diciamo qualcosa di più: anche se profondamente contraria allo spirito di San Tommaso, la dottrina di Suarez ha avuto il predominio fino all'avvento del «tomismo» e si può anche dire che continua ancora oggi a dominare quella dottrina ufficiale che è appunto conosciuta col nome di «tomismo» all'interno del cattolicesimo: era indubbiamente necessario che il pensiero di San Tommaso d'Aquino venisse adattato alle idee alla moda e tradito nella sua ispirazione profonda, per poter ritornare alla luce. Da questo momento in poi i giusnaturalisti - o quelli che si credono tali - verranno conquistati dalle premesse

del giuspositivismo. Se le cose stanno così quanto all'essenziale, penso che Suarez abbia reso al positivismo il più grande dei servigi: è riuscito a introdurre il nemico nella cittadella. Con la sua opera e attraverso i suoi fallaci tentativi di conciliazione e i suoi laboriosi compromessi, diventa totale la vittoria del sistema di pensiero moderno sopra la dottrina classica del diritto naturale.

Ancora una riflessione. Abbiamo ritrovato in Suarez le stesse tendenze di pensiero fondamentali di Lutero e di Calvino, se non proprio i medesimi esiti. Questo dato ci invita a ricercare fonti comuni alle loro dottrine. Quali possono essere le ragioni ultime (almeno d'ordine intellettuale, che sono del resto le sole rilevanti per la nostra disciplina) di questa propensione generale verso il positivismo? C'è indubbiamente la persistenza del nominalismo, l'effetto prolungato del veleno di Occam e dei maestri francescani; c'è in Lutero ed in Calvino il rinnovamento dell'agostinismo ed il ritorno alla Sacra Scrittura; ma c'è anche qualcosa di nuovo.

Anche se nel cinquecento i sistemi di filosofia giuridica si radicano ancora nelle opere teologiche, non dobbiamo ritenerli però insensibili alle dinamiche del pensiero profano. E in quest'epoca esiste già un pensiero profano, esiste già una cultura propriamente laica. È esplosa grazie al Rinascimento; non è da pensare che la filosofia non ne abbia sentito il contraccolpo. Senza dubbio Lutero è estraneo a questa cultura, è un nemico dell'umanesimo; peraltro egli non ha potuto ignorare Erasmo, se non altro per combatterlo. Ma Calvino si è formato in un'atmosfera umanistica e la sua prima opera è un commento a un libro di Seneca. Quanto a Vitoria e a Suarez, essi si mescolano e partecipano a questo rinnovamento culturale senza alcuna riserva.

Dobbiamo allora prendere in considerazione le opere degli umanisti. In esse non ritroveremo sistemi compiuti di filosofia del diritto, ma nuove fonti di idee; gli eruditi del Rinascimento si sono allontanati da Aristotele, che mal si adatta al loro modo di pensare, perché nel contempo troppo scolastico, troppo teorico e forse anche fin troppo greco; ma hanno riscoperto gli autori della *letteratura* latina, Cicerone, Seneca o Lucrezio e per mezzo loro nuove concezioni del mondo, quelle delle dottrine filosofiche post-aristoteliche, che sono avverse all'aristotelismo: lo stoicismo, lo scetticismo, l'epicureismo. Tutte queste influenze si fondono nell'opera di un Montaigne. Ci rimane da mettere in chiaro come il Rinascimento abbia contribuito alla demolizione del diritto aristotelico-tomista e come, ancor più del ritorno alle fonti della Sacra Scrittura, sia stato decisivo il ritorno alle lettere latine nell'orientare la nuova società laica nascente.

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, formatisi 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 scientisti 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 fondamentalmente 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*9. 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**

1. 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 lavorio 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 Pantagruele.

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 ec1atante 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 reconnaitre 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 tralascerò 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.

IV. 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 condiziona mento 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'eclettismo 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 soppiantarlo. 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 neostoicismo 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 saccheggiato. 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 fonda tori 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 dì 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 imbatteremo nel termine *giustizia* (*dikaiosyne, yustitia*). 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 degna 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. Ritorneremo 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 giovarsi 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 servigi, 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 insiemi 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'alito, 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 stan 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.

1. 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 «sapienti» 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, veritatern». 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» 10, 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.

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; *synallàgma*, 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 *synallàgma*; 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 synallàgma dicit». *Synallàgma*, 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 (donde 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 finiremmo 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 nocumento, 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, *l'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, l'*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 romischen 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 assoluto, 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 *Pantagruele* 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 abbandonerà 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 cosà ouden mallonì», 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 (*pìthana*, 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 Pyrrhoniarum 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 credervi, 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'analoga 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 dedurne 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. Innanzi tutto 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 passeggere e di prediligere una vita ritirata, al riparo dai dolori altrui. Una morale di assoluto egoismo? Si 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 dedurne 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 passeggere, 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 provocar 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 i! 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 apporti 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*.

IV. 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 *Pantagruele*: «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. lo 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. È 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 Pantagruele 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, Pantagruele 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 sguatteri 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 pratichino 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, formatisi 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, triumphante et précieuse à merveilles ... livres tant beaux tant aornés et tant élegans ...». 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 Irnerio 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 lavorio 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 cottidiano*, *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 Loriot, 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 sprofondati 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» 43. 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? Mostreremo 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 compromettersi 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.

3. 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 si 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 scotistici 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 dànno 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 universali, 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 sovrannaturale. 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 zam 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 pubblicisti 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, juricum». 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». Percepiamo 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 coessenziale 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 profittò 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. Persegui 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 mori 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 Staatshooder 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 bomme
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 proteso 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 si 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 natùrliches 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 regolamenta (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 fondamentalmente 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». Ritorneremo 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 dottrinaria *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 senso più pieno del termine; fu più 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 più 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» 51 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 più in grado di comprendere la dottrina aristotelica, secondo la quale il giusto consiste in un «giusto mezzo» 52: 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. E 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 sofistiche, 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 artifizio. 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 razionali 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 ridurne 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 appellent: 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 giustificherebbero 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 sistematica. 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 HOBBES 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 Hélvetius. Lo specifico della dottrina anglosassone è da vedere in ciò che già si è detto: l'essere *scienza* degli oggetti del mondo esterno, piuttosto che una morale dedotta dall'autoconoscenza del soggetto.

È questo il motivo per cui i più 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 più circospetti al riguardo.

Essi però ci hanno lasciato una teoria delle fonti e dei fini del diritto che segna un deciso progresso nella direzione della modernità, verso il trionfo dell'individualismo. Essi si liberano dalla tutela dell'etica neostoica: osservando l'uomo così come egli è, essi non rilevano in lui la presenza del dover-essere, ma al più un complesso di azioni istintivamente dirette dal desiderio della felicità; di conseguenza essi assegnano al diritto, come suo scopo specifico, il piacere dell'individuo, più 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 volontà dell'uomo che ricerca il piacere e non più una fonte che detterebbe regole di condotta al soggetto. Ne segue che è dunque la volontà 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 più pretenderne l'immutabilità: è 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 HOBBES**

Hobbes non è ignoto agli studenti di giurisprudenza: i giuspubblicisti lo studiano ben più 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; ciò non gli impedì 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.

1. *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'al di là 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, adotteremo 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 dikaiou*), 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 addensarvisi 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.

II. *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'avvicendarsi 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 dànno 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 organizzi 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.

III. *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 bis 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 bis 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 sovrindividuale.

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 personas, 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 permarrebbe 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 dànno 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» alloro 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 publicy 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 scientistica 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 si 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 questa 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 «prudentia» dei giuristi del passato, anche se ciò non comporta, ovviamente, che non si debba discutere accuratamente la natura di ogni nuovo caso cbe 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 «*prudentia*» ed è imbevuto di teorie sulla comunione dei beni nello stato di natura e quindi ideologicamente ba 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 farraginosa 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 dedurne 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 positivistico.

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 si 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.