

Storia del diritto medievale e moderno.

DINI – AA 2024/2025

AS/12



La “legge” per Hobbes non è altro che un comando che impone un obbligo:

Statutes are not philosophy, (...), but commands and prohibitions; a law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects declaring publicly and plainly what very of them may do, and what they must forbear to do"

(Dialogo fra un filosofo ed uno studente di Common law...)

Stando così le cose, per Hobbes:

- non c'è più giustizia distributiva
- ma neppure (come era invece per Grozio) giustizia commutativa

- non esiste un "mio" o un "tuo" secondo natura.

C'è un'unica regola alla base dell'ordinamento positivo

- ed è quella che impone di non violare i patti.

E poiché il patto originario è rinuncia alla libertà,

- dal patto consegue il dovere l'obbedienza.

Da queste premesse, Hobbes finisce per porre l'accento sull'ordinamento positivo.

- Il “diritto” è solo quello posto dalla legge del sovrano.

Ma restano i diritti naturali nell'ordinamento positivo?

- Sì, a due livelli:
 - uno di competenza del Sovrano
 - ed uno di competenza dei sudditi

Il sovrano non ha partecipato alla sottoscrizione del patto (che è stipulato tra gli uomini)

- Egli, quindi, non ha deposto i suoi diritti naturali.
- ...dunque conserva un diritto su tutto.
- ...ed ha un diritto assoluto nei confronti di tutti i sudditi.
 - *Incidenter*: il diritto naturale permane quindi tra gli Stati,
 - poiché fra essi non c'è stato patto alcuno (di soggezione);
 - tra gli Stati tutto quindi è permesso.
 - Non esiste perciò un diritto internazionale.

Ai cittadini, invece, resta solo quella parte di libertà che, in quanto inalienabile, non è stata ceduta al sovrano.

In particolare:

- **la libertà di coscienza;**
- la **libertà “negativa”**, ossia la libertà di fare tutto ciò che non è vietato o imposto dalla legge.
- **il diritto di legittima difesa.**

Ai privati rimangono anche i diritti privati.

- cioè quelli **che si esercitano tra cittadini privati.**

Anche i diritti privati sono stati ceduti dagli individui con il contratto sociale,

- tuttavia, nello stato civile, **il sovrano li restituisce loro “limitati” dalla legge.**

I diritti allo stato naturale sono infatti inutili, perché concretamente inutilizzabili.

- Cedendo al Sovrano diritti naturali inutilizzabili, i consociati ricevono in cambio i “diritti civili”
 - **Diritti, cioè, prodotti dalla legge,**
 - **meno estesi, più limitati, ma più efficaci, e dunque più utili.**

Quali solo le caratteristiche di questi diritti civili?

- a) **essi sono esclusivi, nel senso che appartengono al loro titolare**
- b) **essi sono tutelati, garantiti dallo Stato, cioè sono sanzionabili.**

Traiamo alcune conclusioni:

1) la finalità del sistema di Hobbes è duplice:

- a) pacificazione
- b) promozione, realizzazione, sicurezza e sanzionabilità dei diritti soggettivi degli individui.

Nelle sue premesse individualistiche e nella sua logica stringente

- **il sistema sociale ipotizzato da Hobbes giustificava un regime oppressivo.**
 - **È, paradossalmente, uno dei risultati dell'individualismo.**

Ma occorre fare una precisazione:

- Lo Stato ed il sistema giuridico immaginato da Hobbes possiedono una decisa impronta assolutistica.
- Ma questo assolutismo, prima di essere un metodo di governo, **è una concezione della vita politica.**

2) Il diritto:

- **non è scienza della giustizia,**
- **ma scienza dei diritti soggettivi.**
 - In particolare, dei diritti del sovrano e dei sudditi
 - e di ciò che deriva da quei diritti:
 - i patti, lo stato, la legge, che retroagisce su quei diritti, li rimodella e conferisce loro forza e sicurezza e li trasforma in diritti civili.

Ecco il nuovo ambito del "giuridico", che sarà anche quello della moderna scienza del diritto.

3) Il contributo di Hobbes si pone pertanto essenzialmente su due punti:

a) l'ambito del diritto è solo quello positivo

- questa concezione verrà realizzata solo a partire dall'Ottocento
- con il positivismo legislativo prima e quello scientifico poi.

b) la scienza giuridica è solo quella che si rivolge ai diritti soggettivi-civili-positivi.

- Una concezione secondo la quale il potere si autogiustifica
 - è, cioè, di per sé assoluto.

In questo sta la radicale "modernità" di Hobbes.

- Nel senso che egli ha una paternità diretta sull'epoca moderna e su quella contemporanea.

4) Sul piano dei contributi specifici di Hobbes va ricordato:

- a) Il concetto di autonomia dell'individuo, che coincide con il silenzio della legge.
- b) Le norme devono giustificarsi sulla base della loro razionale utilità
 - esse creano perciò un ordinamento giuridico che è un sistema razionale di comandi.
- c) Poiché la legge impone comportamenti da seguire, occorre che il sovrano la porti a conoscenza dei cittadini, con strumenti adeguati, in via anticipata (conoscibilità della legge).
 - Scrive infatti Hobbes che *"non esiste legge se non viene dichiarata la volontà del legislatore"*
 - e ancora che *"chi non sa verso quale persona o a che cosa egli sia obbligato, non può obbedire ed è come se non fosse obbligato"*.
- d) *"No law after a fact done, can make it crime"*- irretroattività della legge penale.
 - In questo modo Hobbes ha sostituito la ragione naturale dell'uomo
 - con la ragione artificiale del Leviatano, cioè dello Stato
- f) La legge garantisce la proprietà individuale e dà esistenza ai contratti dei privati.
- g) La legge del sovrano dovrà essere interpretata e a questo devono provvedere i giudici che dovranno rivolgere l'interpretazione verso l'intenzione del legislatore.
- h) La consuetudine e le opinioni dei dottori non hanno alcun valore cogente,
 - non sono fonti del diritto se non in quanto siano richiamate dalla legge.

In conclusione.

Nella sostanza, il sistema giuridico di Hobbes è il sistema che definirà l'età contemporanea ed in particolare l'Ottocento.

- Il diritto (*law*) come garanzia delle proprietà e delle contrattazioni individuali.

L'uomo che opera in questo sistema è un essere isolato; e solo come tale (e quindi non nelle sue aggregazioni sociali) il Leviatano lo garantisce.

CENNO A LOCKE

Se il nome di Hobbes evoca l'immagine e dello Stato assoluto in forma di Leviatano.

quello di **John Locke è associato al "liberalismo".**

- di certo, **Locke appartiene alla prima generazione del liberalismo europeo.**



John Locke (Wrington nel North Somerset nel 1632- High Laver 1704)

- si formò all'università di **Oxford**
 - dove ebbe una **brillante carriera** come **insegnante di greco e di retorica;**
 - studiò anche **medicina e scienze naturali.**

Nella prospettiva che ci interessa, tra le sue opere dobbiamo ricordare almeno

- **Questions Concerning the Law of Nature, 1664**
- **Two Treatises of Government, 1689**

Anche Locke

- accetta **l'ipotesi d'un primigenio stato di natura**
- e pone alla base del passaggio dallo stato di natura a quello civile **il contratto sociale.**

Lo stato di natura per lui **non è quello ferino di Hobbes**, niente *homo homini lupus*

Nello stato di natura, **tuttavia, mancano giudici imparziali.**

E nel suo modello, al contratto sociale partecipano **tutte le parti in causa** (diversamente da Hobbes).

- il **sovrano è uno dei contraenti**
- e in quanto tale **assume precise obbligazioni** ed è **responsabile del potere affidatogli.**

Il contenuto del contratto sociale **è la rinuncia dei singoli ad un solo specifico diritto naturale, quello di farsi giustizia da sé** (secondo Hobbes i sudditi cedono tutti i diritti al sovrano).

Tutti gli altri diritti naturali sono salvaguardati in capo agli individui.

I principali diritti naturali trattati dal filosofo inglese **sono quelli relativi a:**

- **uguaglianza,**
- **libertà**
- **proprietà.**

Diritti che pre-esistono allo Stato, che deve **ricoscerli, garantirli e tutelarli.**

È questo un passaggio fondamentale nella configurazione dello Stato liberale:

- lo Stato deve garantire e difendere i diritti del singolo,
 - i quali devono essere tutelati anche nei confronti dello Stato stesso.

Se non lo fa?

Locke afferma l'esistenza di uno ius resistendi nell'intero suo spettro, dalla resistenza passiva (andarsene dallo Stato), fino al tirannicidio.

- Si tratta della estrema, ma **coerente, conseguenza delle obbligazioni** che il sovrano assume in forza del contratto sociale e delle quali è tenuto a rispondere.

Particolare attenzione merita la riflessione di Locke sul diritto di proprietà.

- Esso in Età Moderna andava configurandosi come il baricentro delle relazioni giuridiche tra privati.
 - Secondo la tradizione romanistica la proprietà si può acquisire o per occupazione o per specificazione (trasformazione);
 - Tuttavia, per Locke l'occupazione non è l'idoneo modo di acquisto della proprietà, perché essa presuppone l'apprensione di una res nullius
 - secondo il filosofo inglese, però non esistono "cose di nessuno",
 - ma soltanto res communes. Le cose, originariamente, sono di tutti.
 - È per mezzo della specificazione, cioè del lavoro, che il singolo individuo può far propria una cosa.
 - Il lavoro, con Locke, diventa una questione rilevante sotto il profilo giuridico-economico,
 - una realtà degnà di essere assunta ad oggetto di indagine speculativa.
- L'attenzione di Locke al lavoro aprirà la strada alla riflessione politico-economica marxista e al socialismo giuridico.
- L'approccio teorico di Locke resta comunque di matrice individualistica.
 - perché focalizzato sull'appropriazione da parte del singolo individuo attraverso il lavoro,
 - che peraltro può essere anche il lavoro di schiavi.

GIUSNATURALISMO D'AERA GERMANICA

Per la storia del diritto moderno - soprattutto per quella della codificazione e delle ideologie che la accompagnarono - sono importanti tre filoni della dottrina giuridica che si svolgono dagli ultimi decenni del XVII secolo ad oltre la metà del XVIII.

I due filoni germanici e quello francese.

Partiamo dal fondatore della scuola di pensiero giuridico più influente nella prima metà del XVIII° secolo.

Samuel von Pufendorf (Dorfchemnitz in Sassonia, 1632 – Berlino, 1694)

La sua riflessione è debitrice delle dottrine di Ugo Grozio e Thomas Hobbes.

Opere fondamentali:

- *De iure naturae et gentium.* 1684
- *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem,* 1685

Per quali aspetti ci interessa?

1) Riduce il diritto ad unità concettuale, sotto il duplice aspetto:

- Sistema di comandi coattivi
- Sistema di regole autonome e distinte da quelle di cui si occupa la teologia morale

2) Elabora una nozione soggettivistica del diritto,

- che costituisce l'origine delle più tarde teorie del diritto soggettivo.

1) Vediamo ora come, nel pensiero di Pufendorf, il diritto viene ridotto ad unità concettuale:

La legge è considerata come un “comando con cui un superiore obbliga un soggetto a regolare le sue azioni secondo il proprio precetto”

ERGO

per conoscere la legge occorre conoscere il legislatore.

- Il legislatore da cui proviene il comando del diritto naturale è Dio
- Il legislatore da cui proviene il comando della legge civile è il detentore del sommo potere civile.

Ogni legge compiuta, peraltro, consta necessariamente di due parti:

- 1) una che definisce la condotta da tenere od omettere
- 2) l'altra che determina quale male infliggere a chi omette l'azione comandata o compie l'azione vietata.

La legge è quindi un comando sanzionato.

- l'elemento cogente è necessario.

ALLORA:

il fondamento di ogni “obbligo giuridico” sta nel comando di un'autorità.

E poiché l'autorità comanda minacciando ed irrogando sanzioni,

- la sanzione è segno della giuridicità del comando.

Ergo: una norma è giuridica in quanto è provvista di sanzione

Si trova qui, con Pufendorf, la prima esplicita formulazione (molte poi ne seguiranno) della teoria secondo la quale la sanzione è il discrimine tra obblighi e zone non disciplinate dal diritto.

È quindi una concezione “volontaristica” e non naturalistica della legge....

...che isola una sfera di libertà
costituita dalle azioni non esplicitamente vietate.

Sulla base alla loro relazione con la norma, le azioni umane sono diversamente qualificabili.

Le azioni sulle quali la legge tace si dicono lecite.

- E nella vita civile devono considerarsi lecite anche le azioni moralmente abiette,
 - se per esse non è prevista sanzione da parte di un tribunale umano.
- Nello stato naturale sono permesse tutte le azioni non vietate da Dio.
- Nello stato civile sono permesse tutte le azioni non vietate dalle leggi civili.

La concezione è importante

- perché concepisce l'idea di una libertà naturale
 - di cui resta un residuo in tutte le materie non esplicitamente regolate dalla legge.

Concependo la disciplina della legge divina ed umana come un sistema di comandi che istituiscono doveri, in mancanza dei quali resta una naturale libertà, questa ideologia ritaglia inevitabilmente una serie di libertà naturali che sono, praticamente, “i diritti – soggettivi - naturali” che verranno teorizzati qualche anno più tardi dalla cultura illuministica.

Da notare:

- I) In Pufendorf
 - sia la forza vincolante degli accordi, che l'occupazione dei beni con l'effetto di escludere la concorrenza di altri uomini, sono spiegati come il libero esercizio individuale della libertà naturale.
 - Ergo
 - il diritto contrattuale e la proprietà sono riportati alla natura.
Sono il frutto di libertà garantite, all'esterno, da leggi che impongono doveri da non turbare, ma non sono essi stessi prodotto della legge.
 - Ergo
 - la legge positiva disciplina bensì proprietà e contratti (accordando tutela vindicatoria e contrattuale), ma non li crea

II) La terminologia di Pufendorf è quella romanistico-scolastica.

Quando egli parla di *proprietas* ne parla come dominium individuale pieno ed esclusivo.

- Il risultato della libertà naturale di uso degli oggetti
 - susseguente al patto tacito di divisione degli oggetti
 - ed indirettamente garantito dai divieti legali di turbare gli altri,
- diviene uno ius,

- e precisamente quello *ius* secondo il quale
- una cosa che appartiene ad un soggetto non può appartenere anche ad un altro.

Ciò che spiegherà:

- **la scarsa fortuna della dottrina presso i legislatori tedeschi**
 - i quali si trovavano innanzi la storicamente cristallizzata e strutturalmente radicata situazione dei domini divisi
 - ed il fallimento del tentativo di codificazione in Prussia di Coccejus.
- **la grande fortuna presso gli ideologi illuministi** in Francia

La **separazione tra Giurisprudenza e Teologia morale** è chiaramente **espressa** da Pufendorf nella prefazione al suo **De Officio hominis et civis** in base alle seguenti argomentazioni:

A) Sotto il profilo della conoscibilità:

Il legislatore del diritto divino, naturale e della legge morale è unico: Dio.

Tuttavia:

- Il diritto di natura è conoscibile attraverso l'esercizio della sola ragione umana;
- Il diritto divino e la legge morale si conoscono attraverso la rivelazione

B) Sotto il profilo del fine:

- il diritto naturale si distingue dalla legge morale perché regola la vita terrena dell'uomo (dando origine ai doveri dell'uomo verso sé stesso e verso gli altri);
- mentre la legge morale regola la vita dell'uomo in quanto riferita ad un fine ultraterreno (dando origine ai doveri dell'uomo verso Dio).

C) sotto il profilo dell'oggetto:

- Il diritto naturale e quello positivo regolano le azioni esterne;
- la legge morale quelle interne.

Questa ideologia relativa alla distinzione tra diritto (naturale e positivo) e legge morale (oggetto della teologia morale) **presiede:**

- al processo di laicizzazione del diritto
- all'identificazione dell'ordine giuridico con il comando del sovrano temporale in quanto questo comando si presume una specificazione ed aggiunta al diritto naturale.

Quanto alla politica del diritto, essa tende **a circoscrivere l'attività del legislatore escludendone le materie attinenti alla vita interna**, al c.d. foro interno, ed **in particolare alla religione** quando non si esprime in azioni esterne.

Grande importanza in un periodo di guerre religiose.

- Infatti, in un sistema giuridico nel quale ove manchi un esplicito divieto sanzionato residui una libertà naturale, **la libertà di coscienza e la libertà religiosa sono favorite.**

Speculazione penalistica:

In ottica penalistica, le dottrine di Pufendorf, pur con qualche peculiarità, sono **largamente tributarie di quelle di Hobbes**

Anch'egli concepisce il diritto "civile" come comando dell'autorità sanzionato da pena

- e quindi distingue tra morale e diritto
- e, nel campo di quest'ultimo, tra diritto naturale e civile,

nel campo penalistico, ciò produce una visione totalmente secolarizzata.

Per Pufendorf la pena è solo:

- **un male molesto** inflitto a qualcuno
 - **a scopo di coazione**
 - ed a **titolo d'imperio**
 - **in relazione ad un delitto precedentemente compiuto.**
- ovvero **un male che si patisce contro alla propria volontà,**
- **da parte di un superiore,**
- **in relazione di un male che si è compiuto volontariamente.**

Da tale premessa si deriva che:

nell'ambito del diritto "civile":

- **la pena è solo quella stabilita dal sovrano**
- **la pena è solo quella stabilita con legge precedentemente al fatto**
- **la pena è solo quella stabilita con legge resa nota.**

Il valore delle opere di Pufendorf, peraltro, non fu riconosciuto dai suoi contemporanei.

- considerate che Leibniz, lo definì "*vir parum iurisconsultus et minime philosophus*".

La dottrina moderna, invece, ha riconosciuto a lui uno dei primissimi posti tra i capi della scuola giusnaturalistica.