

### III

## L'Europa barocca

### 1. *Introduzione*

Il secolo di ferro: con questa espressione i contemporanei definirono il periodo della storia europea compreso tra la metà del secolo XVI e gli anni '60 del successivo – come ricordava Henry Kamen in un fortunato studio di qualche anno fa –, perché segnato da continue guerre tra principi e da ripetute rivolte all'interno di principati e regni. Guerre che avevano origine da motivazioni diverse – religiose, politiche, economiche –, che proseguirono dopo gli anni '60 del Seicento, caratterizzando l'intero secolo, e che sono state giudicate dalla storiografia fattore primo dell'affermazione del potere sovrano dei principi. Il Seicento, in particolare, è stato a lungo visto come il secolo del trionfo dell'assolutismo regio, segnato da un canto dal progressivo esautoramento delle potestà locali, dallo svuotamento degli ordinamenti particolari a vantaggio della giurisdizione unitaria del sovrano, dall'altro dall'accenramento dell'amministrazione regia a seguito di una accentuata dipendenza gerarchica dei magistrati provinciali dalla corte del monarca. Secondo tale lettura il continuo stato di guerra tra regni avrebbe sollecitato la definitiva affermazione della superiorità del principe, perché costui era l'unico in grado di fornire un'adeguata difesa militare agli ordinamenti particolari dei territori che a lui facevano capo attraverso un esercito unitario che per essere efficiente doveva ora assumere dimensioni ben superiori a quelle conosciute nella prima età moderna e doveva essere capace di avvalersi delle tecniche di nuova invenzione. E anche le rivolte interne vissute da più regni nel corso del secolo XVII sono state lette come conferma dell'avvenuta affermazione dell'assolutismo regio, considerate da alcuni come reazione degli ordinamenti particolari alla politica

accentratrice del sovrano, da altri come causa dell'intervento regio contro le rivolte contadine che turbavano la vita delle grandi signorie territoriali e quindi come occasioni colte dal monarca per mostrare a queste ultime l'insostituibile utilità della sua potestà unitaria ed ottenere in cambio la rinuncia a molte delle loro tradizionali libertà e giurisdizioni. Non solo. Un ulteriore fattore dell'affermazione assolutistica dei sovrani europei sarebbe venuto dallo sviluppo dei traffici oceanici, nel senso che solo le grandi compagnie mercantili, beneficiarie del privilegio regio, e non più le gilde e le corporazioni cittadine della tradizione medievale, erano in grado di affrontare i mari, di commerciare con le popolazioni delle terre lontane, di contrastare la concorrenza delle compagnie degli altri regni e di promuovere l'occupazione di regioni del nuovo mondo. Si sarebbe venuto a delineare in ogni regno, in altri termini, un mercato unitario che si affiancava e per molti aspetti sostituiva la frammentarietà del mondo mercantile medievale dominato dall'ottica particolare delle corporazioni e dell'individualità comunale e signorile. E l'unità di tale mercato era centrata sul sovrano che favoriva l'attività delle compagnie privilegiate e ne garantiva la difesa con provvedimenti doganali che ostacolavano le compagnie straniere. Gli storici erano tanto convinti di questa evoluzione istituzionale da vederla anche in principati e regni che nel corso del secolo XVII non conobbero alcuno di questi fattori evolutivi, perché non coinvolti nelle grandi guerre europee, non colpiti da rivolte contadine, non partecipi del grande sviluppo mercantile, ma al contrario segnati da una profonda crisi del commercio e regrediti ad un'economia eminentemente rurale.

Questa impostazione è stata oggetto negli ultimi anni di un'attenta revisione che ha messo in evidenza la forte continuità delle forme istituzionali tradizionali, del pluralismo degli ordinamenti interni ad ogni principato e regno, della molteplicità dei diritti particolari e del loro intreccio con il diritto comune. Detta revisione ha mostrato che anche nei regni in cui la potestà monarchica conobbe un significativo incremento continuò ad essere attuale il problema della conciliazione tra le libertà tradizionali e la subordinazione al sovrano, che tale problema fu letto dagli studiosi in termini originali rispetto al passato e trovò forme di soluzione diverse da regno a regno, che minori novità si rinvengono al riguardo in quei principati nei quali più solida rimase la tradizione. Ne risulta un'immagine quanto mai composta ed articolata delle vicende europee sviluppatesi nel corso del secolo XVII nel quadro di una sensibile evoluzione della cultu-

ra, segnata dall'emersione di nuove correnti di pensiero, di nuovi indirizzi di riflessione filosofica, dalla diffusa influenza della Chiesa controriformistica, dalla sensibile emarginazione dell'Italia che andò perdendo la centralità goduta nei secoli precedenti. Dei tanti temi che il Seicento pone all'attenzione degli studiosi affronteremo in questa sede soprattutto quelli legati agli sviluppi del pensiero giuridico e politico, ai cambiamenti istituzionali, al rapporto tra libertà e soggezione.

## 2. *Il giusnaturalismo moderno*

Introducendo il discorso svolto nel capitolo precedente avevamo indicato come uno degli aspetti caratterizzanti la nuova età la crisi culturale prodotta dalla rottura dell'unità religiosa del Medioevo e dalla conoscenza di nuove forme sociali profondamente diverse da quelle della tradizione europea. È questo il quadro in cui si colloca la nuova visione del diritto naturale che matura nel secolo XVII, visione che presenta contenuti di spiccata originalità, ma che al contempo si riallaccia sia a correnti di pensiero affermatesi alla fine del Medioevo, sia alla nuova stagione vissuta dalla Scolastica nel Cinquecento.

Per *giusnaturalismo* si intende la corrente di pensiero che afferma l'esistenza di un ordine giuridico innato nella natura, lo distingue da quello prodotto dall'uomo, considera il primo superiore al secondo e invoca la conformità del secondo al primo. Si tratta di una corrente di pensiero che trova importanti espressioni sin dall'età antica e che prosegue fino ai giorni d'oggi: ne consegue che le accezioni di diritto naturale formulate in un arco di tempo così lungo sono numerose, ciascuna in relazione con la cultura del singolo momento e con la sensibilità dell'interprete. L'opinione tradizionale distingue tra *giusnaturalismo* medievale e *giusnaturalismo* moderno: il primo da un canto avrebbe letto il diritto naturale in senso meramente oggettivo, quale dato immanente alla realtà delle cose, dall'altro avrebbe considerato detta realtà quale prodotto della creazione di Dio; il secondo avrebbe spostato il discorso dall'oggetto al soggetto, vedendo quel diritto come parte integrante dell'essenza dell'uomo, essenza in sé esistente a prescindere dall'autore della sua creazione. All'idea del diritto naturale oggettivo e legittimato dalla derivazione divina, di fronte al quale l'individuo assumeva un atteggiamento meramente passivo nel senso che da quello riceveva le regole del

proprio comportamento, si sarebbe, dunque, sostituita una visione soggettiva per la quale il diritto naturale sarebbe consistito in diritti innati nell'uomo e legittimati in quanto tali. E la stessa opinione tradizionale ha attribuito il passaggio dall'una all'altra visione soprattutto all'olandese Ugo Grozio (1583-1645).

In effetti, nel Medioevo la lettura prevalente del diritto naturale era quella, di ispirazione agostiniana, che lo identificava con il diritto divino: il primo era inteso in senso oggettivo come legge della natura, l'ordine, cioè, impresso da Dio nel mondo e nell'universo da Lui creato. Il diritto positivo, dunque, doveva essere conforme all'ordine impresso da Dio nella natura. Era, questa, l'opinione condivisa, ad esempio, dai giuristi medievali: per loro, come sappiamo, lo *ius commune* romano-canonico corrispondeva alla razionalità di detto ordine naturale e pertanto era dotato di superiore ed inconfondibile autorità; ed al contempo essi ritenevano che, di fronte ad una regola consuetudinaria contrastante con l'ordine naturale, il principe doveva intervenire con la sua legge per rimuovere la norma in questione, sostituendola con altra conforme al suddetto ordine. L'interpretazione di matrice agostiniana non spiegava, però, in maniera adeguata gli eventi eccezionali, come i miracoli, che infrangono l'ordine naturale delle cose e che disvelano una volontà divina svincolata dalla soggezione alla legge oggettiva della natura. Un importante approfondimento della dottrina del diritto naturale venne da san Tommaso, il quale teorizzò il governo dell'universo da parte di fonti poste tra loro in ordine gerarchico, la prima costituita dalla *lex divina*, legge eterna rivelata dalle Sacre Scritture, la seconda dalla legge di natura, l'ultima, infine, dalla legge positiva, e sottolineò la concordanza tra i tre livelli di fonti. In questo quadro la legge di natura era vista come espressione della legge eterna divina, come fusione tra *intellectus* – cioè legge oggettiva giusta e conforme alla ragione – e *voluntas*, una fusione che ribadiva l'unità tra Dio e legge naturale, affermando la coincidenza tra volontà ed intelletto di Dio e attribuendo la lettura degli accadimenti eccezionali, quale rottura dell'ordine naturale, all'umana incapacità di comprendere e conoscere la legge divina e naturale nella sua interezza. Per san Tommaso, infatti, la volontà di Dio combacia con il Suo intelletto e la legge eterna della natura, che esprime la Sua ragione e dalla quale nessuno è immune, coincide sostanzialmente con Lui stesso. La legge positiva, dal canto suo, riceve dalla legge di natura la sua legittimità morale e deve, di conseguenza, conformarsi a questa. Essa, peraltro, si articola in legge positiva di

ciascuna comunità e in *ius gentium*: quest'ultimo fornisce il fondamento della prima, di modo che finisce per avvicinarsi alla legge di natura, anche se mantiene una propria identità distinta.

Il pensiero di san Tommaso, dunque, concordava con la tradizione nel vedere la legge di natura come prodotto della legge di Dio: in questo quadro i singoli individui finivano per essere considerati titolari non tanto di diritti naturali, quanto piuttosto di obblighi nel senso che essi, strettamente vincolati dalla legge oggettiva, dovevano adeguarsi alla morale e all'ordine stabiliti da Dio nel mondo. Accanto a questo filone interpretativo prevalente si colloca, comunque, un altro indirizzo di pensiero, che trova i suoi più significativi esponenti in Giovanni Duns Scoto (1266 c.-1308) e in Guglielmo d'Ockham (1280 c.-1347 c.), nei quali l'individualità degli uomini assume un rilievo maggiore. Il primo riprese la distinzione tra intelletto e volontà divina, affermando che Dio nella Sua immensità non può accettare limiti nemmeno dalla legge di natura da Lui medesimo creata. Dio è libertà, amore e giustizia e gli uomini sono l'oggetto privilegiato del Suo amore e della Sua azione: avendoli creati a propria immagine, Dio ha impresso nella loro natura libertà, volontà e giustizia. La relazione tra la legge di natura oggettiva e gli individui fu discussa anche da Guglielmo d'Ockham. Anche per lui Dio ha dato agli uomini libera volontà ed esigenza di giustizia, doni che essi devono esercitare nel rispetto dell'ordine della natura voluto da Dio. Guglielmo d'Ockham, allora, conservava la tradizionale connessione tra soggetto e legge oggettiva di natura, ma al contempo finiva per limitare quest'ultima alla definizione del quadro generale del bene e del male e, di conseguenza, metteva in risalto il significato dei diritti naturali dell'individuo, dato che solo di essi costui si avvaleva una volta assolto il proprio obbligo di rispettare la legge naturale. I due pensatori ora ricordati, dunque, pur insistendo sull'origine divina e sull'oggettività della legge naturale, mettevano in particolare risalto il ruolo degli individui.

La storiografia è da tempo concorde nel ritenere che un contributo decisivo all'elaborazione del moderno concetto di diritto naturale venne, poi, nel secolo XVI dall'indirizzo filosofico noto come *Seconda Scolastica*, che trovò il suo principale centro di elaborazione nell'università spagnola di Salamanca (ed è pertanto conosciuto anche come *Scuola di Salamanca*). La rinascita dell'interesse per il pensiero tomista si deve a Pierre Crockaert (1450 c.-1514) giunto da Bruxelles ad insegnare nell'università di Parigi, dove nei primi

anni del secolo cominciò a tenere corsi di lezioni sulla *Summa theologiae*. Suo allievo fu il domenicano spagnolo Francisco de Vitoria (1485 c.-1546), il quale nel 1526 fu chiamato alla cattedra di teologia dell'università di Salamanca e qui dette inizio ad una fiorente scuola che proseguì anche dopo di lui. Tra i maggiori esponenti di questa si possono ricordare Domingo de Soto (1494-1560), Antonio Gómez (m. 1561), Fernando Vázquez (1509-1566), Diego Covarrubias (1512-1577), Pedro de Oñate (1567-1646), e soprattutto Luis de Molina (1535-1600) e Francisco Suárez (1548-1617). Contro le tesi luterane e contro l'idea machiavelliana di separazione tra politica e morale, questi pensatori proponevano una visione del diritto e della società ancorata stabilmente all'ortodossia cattolica. In particolare, contestavano le dottrine luterane che basavano la fede sulla sola conoscenza delle Scritture svalutando la tradizione e negavano all'uomo, a motivo della sua naturale indegnità e colpevolezza, la capacità di comprendere il pensiero e la volontà di Dio. Al riguardo essi da un canto difendevano il ministero secolare della Chiesa e la sua insostituibile funzione nella salvezza dell'uomo, dall'altro sostenevano la naturale capacità degli individui di comprendere il pensiero e la volontà di Dio. Per quanto riguarda, in particolare, questo secondo punto, essi condividevano la dottrina di san Tommaso dei tre livelli di fonti giuridiche e della coincidenza tra diritto naturale e diritto divino, ma allo stesso tempo da quella si distinguevano per l'enfasi con cui sottolineavano che Dio aveva plasmato la natura umana in modo tale da consentire agli individui di comprendere in via immediata e diretta il diritto naturale. Per i teologi di Salamanca, infatti, Dio non solo aveva creato l'ordine delle cose, ma aveva anche dotato gli uomini della *ratio naturalis*, la capacità di comprendere tale ordine per operare nel mondo in ossequio alla legge morale: gli uomini ricevono, allora, dalla natura la *facultas* di compiere tutti gli atti consentiti da detta legge morale; e tale *facultas*, come sottolineava, ad esempio Molina, finiva per identificarsi con lo *ius* di cui gli individui sono naturalmente dotati.

Nella legge di natura, inoltre, gli Scolastici, differenziandosi da san Tommaso, includevano anche lo *ius gentium*, una legge che gli uomini riescono a comprendere in via immediata e di cui Vitoria auspicava la definizione in un testo scritto, al fine di regolare in maniera chiara le relazioni tra società civili. Per quanto, infine, riguarda l'ultimo livello delle fonti giuridiche, quello della legge positiva, essi sostenevano che la stessa deve modellarsi sulla legge di natura, ri-

sultato che gli uomini raggiungono in virtù della loro *ratio naturalis*. *Ratio* che porta gli uomini non solo a concretizzare l'ordine divino e naturale nelle singole leggi positive, ma anche a dar vita alla società politica: secondo gli Scolastici, infatti, la nascita di questa era stata stabilita non già direttamente da Dio attraverso la legge di natura, bensì dagli uomini i quali avevano deciso di dar vita alla stessa per soddisfare i loro bisogni temporali e lo avevano fatto ispirandosi alla legge naturalmente impressa nei loro cuori. Ne derivava, da un canto, la contestazione degli Scolastici alla teoria della conformità della società civile a un modello forgiato dalla natura, dall'altro la prima emersione dell'idea dell'evoluzione dell'umanità da uno stato presociale a quello sociale. Per gli Scolastici – in particolare Molina e Suárez – il primo era stato regolato dalla legge di natura, ma l'egoismo dell'uomo rendeva insicura la vita degli individui e il funzionamento della giustizia; di qui la decisione degli uomini di dar vita ad una società politica la quale, dunque, nasceva dal loro consenso. Obiettivo della società era il bene comune che doveva prevalere sul bene privato: coloro che, con il consenso degli individui, assumevano la guida della società dovevano perseguire questo obiettivo e pertanto dovevano rispettare non solo la legge naturale e lo *ius gentium* in essa compreso, ma anche le leggi positive su quella modellate.

Gli Scolastici, in conclusione, sottolinevano con enfasi la *ratio naturalis* degli individui ed il significato decisivo del loro consenso. E il consenso ponevano alla base non solo della società politica, ma anche della disciplina dei rapporti giuridici intersoggettivi nell'ambito della medesima società. In particolare, essi esaltavano il consenso come elemento essenziale delle diverse forme contrattuali dello *ius commune* romano canonico, precisando – soprattutto con Antonio Gómez e Pedro de Oñate – che queste si fondavano sulla volontà concorde dei contraenti e sulla causa che costituiva la specificazione di detta volontà nell'ordinamento positivo. In tal modo fornirono un contributo decisivo all'elaborazione della categoria generale del contratto che la dottrina tradizionale fino ad allora aveva stentato a individuare, ancora legata alla tassatività dei *nomina contractuum* del diritto romano.

La dottrina della Seconda Scolastica si diffuse nei maggiori centri culturali del dominio spagnolo in Europa. Di quest'ultimo facevano parte anche i Paesi Bassi (Repubblica delle Sette Province Unite), i quali nel 1566 si ribellarono e proseguirono la loro lotta fino a quando nel 1609 costrinsero la monarchia iberica ad una tregua

che registrava la loro indipendenza: i trattati di Westfalia del 1648 riconobbero, poi, formalmente tale indipendenza. La separazione politica tra Spagna e Paesi Bassi non interruppe, comunque, i legami culturali tra le due regioni e questo spiega la forte influenza della Scuola di Salamanca sul pensiero dell'olandese Ugo Grozio. Le più recenti ricerche sull'opera di quest'ultimo hanno messo in luce, infatti, il suo debito nei confronti della Seconda Scolastica; allo stesso tempo hanno rilevato una progressiva maturazione del suo pensiero dai primi lavori, in particolare il *De iure praedae commentarius*, scritto tra il 1604 e il 1606 – di cui fu edito solo un capitolo, con il titolo di *Mare liberum*, nel 1613 –, passando per l'*Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid (Introduzione alla giurisprudenza olandese)* del 1620, fino all'opera della maturità, il notissimo *De iure belli ac pacis libri tres* del 1625.

Nel *De iure praedae* Grozio si riallacciava alla tesi scolastica dei vari livelli di fonti giuridiche, rielaborandola e articolandola in una sistemazione nuova ispirata a modelli matematico-scientifici; ed allo stesso tempo concordava con i pensatori di Salamanca sul decisivo ruolo della *ratio humana*, strumento donato dalla natura agli individui per comprendere spontaneamente l'ordine delle cose. Al vertice della gerarchia delle fonti anche Grozio poneva la volontà di Dio e la faceva seguire dalla volontà comune dell'umanità, dalla volontà dell'individuo, dalla volontà dello Stato, dalla volontà comune degli Stati: ognuna di queste fonti produceva un ordine di norme. Dalla volontà divina nasceva il diritto di natura primario, per il quale ogni individuo vive l'impulso alla vita associata insieme con la necessità di tutelare la propria esistenza e, di conseguenza, è dotato sia della legittima difesa, sia del diritto di proprietà dei beni indispensabili alla sua sopravvivenza. La seconda fonte produceva il diritto naturale secondario, consistente nel diritto primario delle genti, quello, cioè, che la natura dispone per i rapporti tra comunità. E dalla combinazione tra queste prime due fonti Grozio faceva derivare quattro leggi naturali, regolatrici dei rapporti sia tra individui, sia tra comunità: il rispetto della persona altrui, il rispetto della proprietà, l'esecuzione degli obblighi derivanti da un delitto, l'adempimento dei doveri nati da un contratto. La natura, inoltre, dotava l'uomo della *ratio* con la quale egli era in grado di comprendere in via immediata l'essenza del diritto naturale e, di conseguenza, di seguirla negli atti derivanti dalla volontà individuale e da quella comunitaria. Grozio, allora, recuperava dalla tradizione scolastica sia il complesso gerarchico delle

fonti giuridiche e l'idea del loro fondamento ultimo nella volontà divina, sia il ruolo centrale della ragione umana; ma al contempo già in questa prima opera collocava gli individui al centro dell'attenzione e prendeva in considerazione il diritto naturale soprattutto sotto l'aspetto dei diritti immanenti alla loro essenza. Questa impostazione finiva per determinare un rimescolamento nei termini della dottrina tradizionale: l'uomo coglieva, attraverso la propria *ratio*, il contenuto dei diritti insiti nella propria natura e questi era indotto a tutelare anche a prescindere dal fondamento ultimo degli stessi.

La riflessione esposta in questa prima opera proseguì e si approfondì nell'*Inleidinge* e nel *De iure belli ac pacis*, nei quali il giurista cercò innanzi tutto di arrivare ad una soddisfacente definizione di diritto. Tre sono i significati del termine *ius* che Grozio elencava nella seconda delle opere ora indicate: «*quod iustum est*», da intendere nel senso che è diritto tutto ciò che non è ingiusto, cioè contrario alla natura e ai rapporti razionali tra individui; «*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*», una qualità morale che spetta ad ogni individuo e si concretizza – con evidente derivazione dal pensiero scolastico – in una *facultas*, capacità e potere di fare; «*regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est*», costituita sia dal diritto naturale oggettivo, sia dal diritto volontario positivo. In queste tre definizioni si attenuava sensibilmente il fondamento teologico del diritto naturale, dato che si mettevano in evidenza i contenuti etici di quest'ultimo senza insistere sulla loro origine, mentre ancora maggiore era l'enfasi che veniva posta, attraverso la seconda definizione, sui diritti di cui la natura aveva dotato i singoli soggetti. Inoltre, rielaborando l'analisi esposta nel *De iure praedae*, Grozio indicava innanzi tutto come giusta causa della guerra la lesione di uno dei diritti naturali dell'uomo ed individuava questi ultimi nella legittima difesa, nella titolarità di diritti reali, nell'adempimento dei doveri nati da un delitto, nell'esecuzione degli obblighi scaturiti da un contratto. Superando i confini di una mera trattazione del diritto di guerra per ascendere alla formulazione di un'ampia teoria generale dei diritti fondamentali, egli approfondì, poi, l'analisi di ciascuno di tali diritti naturali. In particolare, per quanto riguardava la legittima difesa, essa era vista non già come limitata alla tutela del proprio corpo, ma come estesa a comprendere i beni materiali necessari alla propria sopravvivenza. In merito, poi, alla proprietà, il giurista affermava che si trattava di un diritto originario, poiché Dio aveva conferito il mondo agli uomini: dei beni del

mondo alcuni erano per loro natura comuni (era il caso, ad esempio, del mare, come aveva già sostenuto nell'opuscolo *Mare liberum*), altri, sempre per loro natura, appropriabili dai singoli individui; la proprietà privata, allora, era un diritto naturale e altrettanto naturale era l'impegno reciproco degli uomini di rispettare tale diritto.

In conclusione, Grozio non operava una netta rottura con la tradizione, ma ne proponeva una rielaborazione spiccatamente originale, nella quale l'attenzione si concentrava sul diritto naturale in se stesso e di questo venivano esaltati soprattutto i contenuti soggettivi. I diritti innati nell'uomo erano, dunque, elementi primari del diritto naturale: il filosofo doveva limitarsi a constatare che tali diritti componevano la natura umana a prescindere dal creatore di questa. In altre parole, quei diritti facevano parte della natura dell'uomo, anche se Dio non fosse esistito e la creazione dell'uomo non fosse stata opera Sua («etiamsi daremus Deum non esse» affermava Grozio). E a tali diritti contenuti nella natura dell'uomo doveva conformarsi il diritto positivo: per quest'ultimo, allora, veniva indicato un fondamento più sicuro di quello teologico, che le controversie religiose del periodo rendevano incerto e debole, ed allo stesso tempo immune dal mito di una intrinseca unità tra ordine divino/naturale e ordine sociale che la scoperta del nuovo mondo aveva messo in crisi.

La presenza di elementi tradizionali nella visione di Grozio ha indotto alcuni studiosi ad assegnare a pensatori successivi l'inizio del giusnaturalismo moderno. In particolare tale merito è stato attribuito da alcuni all'inglese Thomas Hobbes (1588-1679), da altri al tedesco Samuel Pufendorf (1632-1694). In questa sede non si può certamente dar conto del dibattito storiografico apertosi in proposito: qui interessa sottolineare come con Grozio la lettura del diritto naturale da un canto venga trasferita dalla realtà oggettiva alla soggettività, dall'altro metta da parte il discorso sul fondamento teologico di tali diritti. Il centro dell'analisi diventa, dunque, l'uomo e i diritti che fanno parte della sua essenza.

Su questa linea si trova certamente Hobbes, la cui teoria, articolata e complessa, si iscrive, come meglio vedremo in seguito, da un canto nel dibattito politico dell'Inghilterra del secolo XVII, dall'altro nel ricco filone delle dottrine contrattualistiche. Hobbes rovescia la gerarchia tradizionale del rapporto tra legge di natura e diritti naturali soggettivi per collocare al primo posto i secondi e, riallacciandosi a Grozio, sostiene che questi ultimi si riassumono nel diritto all'autoconservazione e, di conseguenza, nella libertà di fare tutto quello

che appaia funzionale a tale fine. La natura ha dotato l'uomo da un canto del diritto di conseguire l'utile individuale, dall'altro della ragione che orienta a questo fine i suoi comportamenti. Il diritto naturale di ogni individuo, allora, consiste nel suo potere di agire per la propria autoconservazione e per il proprio egoismo e quindi nella sua libertà di usare a proprio piacere detto potere per quegli obiettivi: si tratta, in sostanza, di uno *ius ad omnia*, di cui l'uomo assume consapevolezza attraverso la sua ragione. Accanto al diritto naturale dell'individuo Hobbes pone, poi, la legge di natura, intendendola come proiezione di quel diritto e quindi volta a tutelare il supremo bene dell'uomo, la conservazione della sua vita. Un obiettivo, questo, che la *lex naturae* si prefigge disegnando regole prudenziali, accessibili alla ragione umana, volte a evitare che lo stato endemico di lotta tra gli individui, prodotto dall'esercizio da parte di ognuno del suo *ius naturale ad omnia*, metta in serio rischio la stessa sopravvivenza. Tali regole, però, sono di scarsa efficacia. Hobbes immagina che nello stato di natura, precedente quello sociale, gli uomini non avvertano limiti sensibili alla pienezza della loro libertà naturale e, di conseguenza, vivano in un'endemica condizione di guerra tra di loro (*homo homini lupus*): solo il passaggio allo stato sociale può offrire mezzi efficaci per tutelare il diritto naturale alla sopravvivenza.

Titolare della prima cattedra di Filosofia, diritto naturale e diritto delle genti, istituita nel 1661 dal principe elettore del Palatinato nell'università di Heidelberg, Samuel Pufendorf è autore di una complessa teoria sul diritto naturale, fondata sul metodo induttivo delle scienze matematiche e fisiche largamente diffuse nell'Europa del Seicento e condotta attraverso l'adozione del *mos geometricus* da queste seguito. Oggetto primario della sua ricerca sono l'uomo e i diritti immanenti alla sua natura, diritti conoscibili per mezzo dell'osservazione e comprensibili mediante l'uso della ragione. Nella natura donata da Dio all'uomo sono distinguibili due componenti, gli enti fisici e gli enti morali, i primi guidati da regole oggettive e immutabili, i secondi dalla libertà. Lo stato naturale dell'uomo è quello di assoluta libertà, ma poiché la natura lo dota anche dell'istinto alla socialità egli interagisce con i suoi simili sopportando i limiti che alla sua libertà sono posti dalla legge di natura. Pufendorf ritiene che l'umanità abbia conosciuto uno stato presociale, abbia, cioè, vissuto, in uno stato di natura nel quale la libertà naturale di ciascuno doveva necessariamente armonizzarsi con quella degli altri. In questo stato l'uomo godeva di tre diritti innati, alla vita, alla libertà, all'uguaglianza: per loro Pu-

fendorf individua alcuni limiti che attribuisce alla legge naturale e che, avvicinandosi a Grozio, indica nel rispetto della persona altrui, dei beni goduti da altri, dei patti stretti dai singoli, degli interessi altrui. In questo stato non esisterebbe un vero e proprio diritto di proprietà individuale: la natura, infatti, dota l'uomo del solo diritto ad usare beni a proprio vantaggio senza arrivare a formulare l'esclusività del possesso. Nello stato di natura, allora, l'uomo vive i diritti innati, in particolare l'assoluta indipendenza da ogni soggezione, la libertà moderata solo dal rispetto degli altri, la completa uguaglianza con tutti i suoi simili, ma non ha alcuna sicurezza di vita perché dominano arbitri e passioni individuali. Di qui la sollecitazione ad abbandonare lo stato di natura per passare allo stato di società.

Hobbes e Pufendorf, pur seguendo due diverse impostazioni, concordavano nel dichiarare la libertà come diritto naturale dell'uomo e nel considerare il passaggio dallo stato di natura allo stato sociale come necessario per tutelare in maniera efficace il diritto primario alla sopravvivenza. La libertà come diritto innato nell'uomo è esaltata anche dall'inglese John Locke (1632-1704) la cui dottrina, come vedremo, è strettamente legata alla vicenda istituzionale vissuta dal regno d'Inghilterra nella seconda metà del Seicento ed al contempo è all'origine del pensiero costituzionale europeo. Anche per Locke la libertà da ogni soggezione caratterizza la natura dell'uomo, un diritto che è intimamente collegato all'altro della proprietà con il quale l'uomo riesce ad assicurarsi il concreto godimento della libertà stessa. Naturalmente indotto alla socialità, l'uomo ha diritto di approriarsi dei beni offerti dalla natura e sui quali l'umanità ha in origine un diritto di proprietà comune, ma tale appropriazione deve seguire le regole insite nella legge naturale, di modo che deve riguardare quanto è sufficiente alla sopravvivenza fisica di ciascun individuo e alla tutela della sua libertà, mentre tutti gli altri beni devono essere lasciati alla proprietà comune della collettività. A differenza di Hobbes, egli riteneva che detti diritti naturali dell'uomo ricevono una qualche forma di tutela, grazie alla legge naturale, anche nello stato di natura, pensato, di conseguenza, non come una condizione endemica di lotta e di contrasti, nella quale la sopravvivenza stessa dell'uomo rischia di venir meno, ma come una situazione guidata da regole. Queste ultime, però, risultano scarsamente efficaci: di qui l'esigenza avvertita dagli uomini di abbandonare lo stato di natura per assicurare ai diritti fondamentali di libertà e proprietà una protezione sicura nello stato di società.

Una maggior insistenza sull'origine divina del diritto naturale

troviamo, poi, nel pensiero del calvinista Johannes Althusius (1557-1638), pensiero fortemente plasmato dalla fede religiosa incentrata nella sovranità assoluta di Dio e nella predestinazione. Dalla fede nella sovranità di Dio deriva l'idea della natura, e quindi del diritto naturale, come creazione di Dio invariabile ed eterna, mentre dalla fede nella predestinazione nasce la convinzione che in natura gli uomini siano titolari di diritti tra loro differenti. A suo parere la società civile deve accogliere e tutelare tale disuguaglianza voluta da Dio e nel contempo assicurare la piena tutela degli specifici diritti di cui ciascun consociato è stato dotato dalla natura per volontà divina: la società civile è vista, pertanto, come una comunità politica e religiosa. Essa assume varie forme che vanno dalla famiglia alla comunità politica maggiore, la *consociatio publica universalis maior*, guidata dagli *ephori* e dal *summus magistratus*. In ogni forma deve essere assicurata la tutela dei diritti naturali: di modo che se in una comunità politica il sommo magistrato non rispetta tale dovere, scatta il diritto di resistenza, passivo nei consociati, attivo negli *ephori*. Il pensiero di Althusius rifletteva, dunque, la particolare articolazione cetuale conosciuta dai *Länder* germanici ed al contempo offriva a tale articolazione un fondamento ulteriore rispetto a quello costituito dalla tradizione, poiché la interpretava come conforme all'ordine naturale voluto da Dio: di questo, peraltro, metteva in evidenza soprattutto gli aspetti soggettivi, mentre quelli oggettivi risultano lasciati in secondo piano.

Anche per Baruch (Benedetto) Spinoza (1632-1677) il diritto naturale consisteva nei diritti insiti nella natura dell'uomo, natura che è espressione della potenza di Dio: diritti naturali che si esprimono nell'autoconservazione e nella tensione alla realizzazione delle proprie potenzialità. Ed un recupero ancora più accentuato del diritto naturale come ordine naturale delle cose troviamo, poi, in Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) il quale interpretava i diritti immanenti alla natura dell'uomo come momento dell'ordine della creazione. Da questo ordine l'uomo coglie le regole della giustizia, la prima delle quali è quella di perseguire il bene generale, nonché la sollecitazione a perseguire l'obiettivo della perfezione passando per alcuni gradini, il primo costituito dal dominio individuale, il secondo dalla società, il terzo, infine, dalla pietà verso i simili. L'ordine politico, in questa ottica, risulta allora coincidere con l'ordine morale.

Il giusnaturalismo moderno, dunque, si presenta nel Seicento con sensibili legami di continuità con la tradizione, ma al contempo con

rilevanti aspetti di originalità per l'enfasi posta, per la prima volta in maniera chiara, sul momento soggettivo del diritto naturale e sulla capacità della ragione umana di conoscerne direttamente ed immediatamente i contenuti per poterlo esercitare nella vita concreta.

### *3. Le dottrine contrattualistiche*

Il giurisdizionalismo moderno oltre a definire i diritti naturali dell'uomo affrontò il problema, che abbiamo visto ampiamente discusso dai pensatori del Cinquecento, della conciliabilità tra libertà dei singoli e subordinazione all'autorità di un principe e lo fece affidandone la soluzione al diritto naturale.

Si è detto che già la Seconda Scolastica aveva abbandonato l'idea della conformità della società civile a un modello oggettivo forgiato dalla natura ed al contempo aveva per la prima volta teorizzato il passaggio dell'umanità da uno stato presociale a quello sociale, attraverso il consenso degli uomini; nella società così nata dovevano essere, poi, rispettati non solo il diritto naturale e lo *ius gentium* in essa compreso, ma anche le leggi positive su quelli modellate. Il fondamento della società era individuato nel consenso degli individui, consenso a sua volta basato sulla legge naturalmente impressa nei loro cuori e nella loro mente che consentiva agli uomini di comprendere i loro bisogni. Gli uomini, dunque, con un atto di volontà decidevano di autolimitare i propri diritti naturali al fine di ottenerne una tutela sicura ed efficace. Un'impostazione per più versi analoga troviamo nei giusnaturalisti moderni, i quali, peraltro, legarono in maniera più diretta il fondamento della società con il diritto naturale.

Per Hobbes i rischi che nello stato di natura corre il diritto di autoconservazione avevano sollecitato gli uomini a stringere tra di loro un patto per passare allo stato di società. Con tale contratto tutti gli uomini avevano deciso di rinunciare alla loro naturale libertà, al loro naturale *ius ad omnia*; uno solo di loro però si era astenuto da detta rinuncia e, in conseguenza della decisione degli altri, riusciva ad esercitare nello stato di società la pienezza della libertà innata nella sua natura. Il contratto, in altre parole, consisteva nella decisione degli individui di rinunciare ai propri diritti naturali, non di attribuirli ad uno di loro: l'unico soggetto che non condivideva tale decisione esercitava da quel momento i diritti di cui era stato dotato dalla natura e lo poteva fare nella società senza essere più

limitato dai diritti dei suoi simili. I suoi diritti erano, pertanto, originari e non derivati. L'idea che il fondamento della società si trovasse nel contratto sociale poneva Hobbes su posizioni diverse da quelle sostenute da altri teorici inglesi del potere sovrano: Robert Filmer (1588-1653), ad esempio, indicava come origine del potere monarchico la volontà divina, non già un patto tra uomini. Opposte erano, poi, le posizioni di Hobbes rispetto a quelle dei giuristi inglesi difensori della tradizione di *common law*. Nella società nata dal patto il sovrano, a detta di Hobbes, aveva, infatti, la suprema potestà di comando che esercitava, tra l'altro, creando con le sue leggi il diritto positivo: gli uomini, avendo rinunciato ai loro diritti naturali, non avevano altro diritto che quello loro imposto dal sovrano. Una tale affermazione non poteva non contraddirre la visione tradizionale dei giuristi inglesi che – come sosteneva, ad esempio, Edward Coke (1549-1634) – considerava l'ordinamento giuridico del regno come disciplinato in primo luogo dal *common law*, definiva *statutes* le decisioni del Parlamento, ritenendole mere interpretazioni esplicitanti quanto era già implicitamente contenuto nel suddetto *common law*, riconosceva al re un ruolo limitato nella definizione degli *statutes*, un ruolo tutto svolto all'interno dell'assemblea parlamentare. Per Hobbes, al contrario, nella società non c'era altro che la volontà di comando del sovrano e gli uomini avevano il dovere di obbedire alle leggi da quello promulgate, senza potervi opporre diritti tradizionali o naturali: un comando, quello del sovrano, che vincolava tutti ma non lui stesso, né i suoi successori, per il noto principio della *legibus solutio*, per il quale il comando per essere tale presuppone una subordinazione gerarchica che manca tra il sovrano autore della norma e i suoi successori, tutti titolari della medesima dignità. Non per questo, comunque, la potestà del sovrano era, per Hobbes, illimitata. La società era, infatti, nata per il miglior conseguimento dei diritti naturali alla vita, alla pace, al benessere sociale: il comando del sovrano era, di conseguenza, subordinato al conseguimento dei diritti naturali e l'inosservanza di tale dovere avrebbe costituito una rottura del patto sociale.

I cardini del pensiero di Hobbes, dunque, sono due: da un canto l'individualismo naturale, dall'altro il contratto come fondamento della società. E questi elementi si ritrovano in tutte le dottrine patrizie di Sei e Settecento, con letture divergenti, spesso tra loro contrastanti, sia della natura dei due suindicati elementi, sia del loro rapporto. Per Hobbes, come si diceva, il *pactum societatis* coincideva

con il *pactum subjectionis*, nel senso che la società era nata in seguito alla decisione degli uomini di accettare la supremazia dell'unico che non aveva rinunciato ai diritti conferitigli dalla natura. E ad un simile patto pensò, in una prima fase, anche Spinoza per il quale la consapevolezza della scarsa autosufficienza avvertita dagli uomini nello stato di natura li avrebbe spinti a passare alla società: a differenza di Hobbes, però, Spinoza leggeva questo contratto come accordo con cui gli uomini avevano trasferito ad un sovrano i loro diritti naturali, di modo che costui sarebbe risultato titolare di un diritto non già originario, bensì derivato. In un secondo momento, comunque, Spinoza abbandonò l'idea del contratto come fondativo della società umana, preferendo pensare ad una spontanea evoluzione dell'umanità che, abbandonando lo stato di natura, sarebbe pervenuta a definire un potere sovrano come espressione dell'intera collettività, non come potestà di uno solo.

Più articolato era, poi, il passaggio dallo stato di natura a quello sociale per Pufendorf. A suo parere lo stato di natura non era, come per Hobbes, uno stato di continua belligeranza, ma uno stato di relativa socialità: l'uomo, naturalmente portato a vivere con i suoi simili, aveva in questo primo stato alcuni diritti, quali la libertà, l'uguaglianza e il *dominium*, correlati a doveri, riassumibili nel *neminem laedere* e nel *suum cuique tribuere*, ma al contempo viveva una condizione di insicurezza e di incertezza nella giustizia. La decisione di passare allo stato di società nasceva non tanto dalla necessità di abbandonare detta condizione, quanto soprattutto dalla naturale propensione dell'uomo alla vita con i suoi simili in un sistema ordinato. E il passaggio avveniva attraverso tre momenti: il *pactum unionis*, con cui gli uomini deliberavano la fondazione della società, un *decretum generale*, con il quale essi si accordavano sulla forma di governo da dare alla società, il *pactum subjectionis* con il quale da un canto gli uomini si impegnavano ad obbedire al titolare del governo, dall'altro quest'ultimo si obbligava a proteggerli. Il passaggio allo stato sociale comportava, dunque, anche per Pufendorf un radicale cambiamento rispetto allo stato di natura, dato che gli uomini rinunciavano alla loro libertà naturale e si sottomettevano ad un potere sovrano. Tale potere sovrano era uno, sacro ed indivisibile, ma al suo interno erano individuabili sette funzioni: la legislativa, la giudiziaria, la potestà di guerra e di pace, la conclusione di trattati e di alleanze, la nomina di ministri e di magistrati, l'imposizione di tributi e di dazi, la difesa dell'ordinamento ecclesiastico. Il potere sovrano, dunque, nasceva

per Pufendorf da un patto: il suo titolare, di conseguenza, non era dotato, come in Hobbes, di un diritto naturale, bensì di una potestà derivatagli dalla volontà dei sudditi ed era, di conseguenza, vincolato dai doveri assunti con il contratto.

Il suo dovere primario era quello di dar vita ad un ordinamento giuridico che traducesse in diritto positivo il diritto naturale attraverso leggi che dovevano essere chiare, comprensibili, ragionevoli, conoscibili e realizzabili. Pufendorf sottolineava la natura di comando della legge, che vedeva articolata in due momenti, l'ordine e la sanzione per chi lo violava. Allo stesso tempo, inquadrando la legge nell'ambito dell'attuazione del diritto naturale nella società, considerava legittime tutte le azioni non vietate dalle leggi, riconoscendo in tal modo nell'uomo una serie di libertà naturali che corrispondevano a diritti soggettivi naturali. In particolare, era visto come diritto naturale il *dominium* e il sovrano era chiamato a definirne la disciplina giuridica più idonea, fermo restando che, trattandosi di un diritto indirizzato nello stato di natura alla socialità degli uomini, esso doveva conservare la sua funzione sociale. Lo stesso sovrano era tenuto a rispettare l'ordinamento senza commettere abusi ed allo stesso tempo doveva farlo rispettare dai sudditi stabilendo pene per coloro che lo avessero violato. La pena non esisteva nello stato di natura, dove l'autore di un torto era tenuto a ripararlo; essa era, perciò, frutto della potestà sovrana ed aveva l'obiettivo non solo di punire il reo, ma anche, e soprattutto, di scoraggiare gli altri dal commettere lo stesso reato. I sudditi avevano l'obbligo di obbedire alle leggi e agli ordini del sovrano e non dovevano opporre resistenza. Il problema nasceva quando il sovrano veniva meno al suo dovere di comportarsi in ossequio alla giustizia e al diritto naturale: Pufendorf negava che in questo caso i sudditi avessero un vero e proprio diritto di resistenza e suggeriva o la sopportazione degli abusi, come male minore rispetto alla rottura dell'ordinamento sociale che li avrebbe restituiti allo stato di natura, o la fuga presso un altro ordinamento sociale, ammettendo, peraltro con difficoltà e solo come *extrema ratio*, un diritto di autodifesa, di resistenza, che comunque sarebbe spettato non ai singoli individui, ma al popolo nella sua unità.

Sia Hobbes, sia Pufendorf, dunque, riconoscevano il diritto naturale di libertà dell'uomo, ma poi proponevano un incontro tra tale diritto e l'autorità sovrana completamente squilibrato a favore di quest'ultima. A conclusioni nettamente opposte giunse, invece, John Locke, il cui pensiero si lega certamente alle vicende politiche

vissute dal regno inglese nella seconda metà del Seicento e al dibattito lì sviluppatosi tra i sostenitori della tradizione di *common law* e quelli della centralità del potere regio, ma al contempo arrivava alla formulazione di una teoria generale del contratto sociale. Anche per Locke nello stato di natura gli uomini godono di alcuni, precisi, diritti: quello di libertà da qualsiasi soggezione, quello di dominio come strumento per esercitare la libertà – un dominio, come abbiamo visto, già individuale, oltre che parte di quello comune –, e quello di uguaglianza, inteso nel senso che sono tutti liberi allo stesso modo e nella medesima misura. Al pari di Pufendorf egli contestava la visione drammatica di Hobbes e sosteneva che nello stato presociale la legge di natura tutelava i diritti dei singoli, limitandone la portata per consentirne la conciliazione con quelli degli altri, ed impedendo, di conseguenza, la lotta di tutti contro tutti. Tale tutela, tuttavia, era debole perché priva di adeguati mezzi di coercizione. Per questo motivo gli uomini decidevano di uscire dallo stato di natura e di dar vita alla società: ma tale società altro non volevano che fosse se non uno strumento per assicurare una tutela efficace ai diritti naturali. Pertanto la nascita della società era per Locke, come per Pufendorf, separata dall'accordo sulla forma di governo, e questo – come già aveva sostenuto Hobbes contro Filmer – non derivava dalla volontà divina, ma da un contratto tra gli uomini.

Non solo. Il *pactum subiectionis*, distinto da quello *societatis*, doveva conferire al potere politico la forma più idonea a svolgere il compito per il quale era stato creato, cioè la tutela dei diritti di libertà e di proprietà. Per il conseguimento di questo obiettivo detto potere politico doveva essere non già uno ed indiviso, bensì articolato in tre momenti: il potere legislativo, con il quale si stabiliscono le norme per regolare la vita, il dominio, l'attività dei consociati; il potere esecutivo, con il quale si impone il rispetto delle norme, imponendo le pene a chi le viola; il potere federativo, con il quale, per la miglior difesa della comunità, si stipulano alleanze o si dichiara guerra ad altri Stati. Per Locke il potere politico appartiene alla natura dell'uomo: gli individui deliberano di affidarlo ad una forma di governo che, rispettando la tripartizione del potere, meglio garantisca loro la tutela dei diritti naturali.

L'idea formulata da Locke della potestà di governo come tripartita è stata ampiamente sottolineata dalla storiografia come prima espressione della teoria della divisione dei poteri. La stessa storiografia, comunque, ha rilevato una significativa differenza tra la tesi

di Locke e quella, molto nota, formulata nel Settecento da Montesquieu che dividerà il potere tra legislativo, esecutivo e giudiziario e che costituirà il modello cui si ispireranno alla fine di quel secolo sia la costituzione americana, sia quella della Rivoluzione francese. La divisione di quello che per Montesquieu sarà il potere esecutivo in potere esecutivo e potere federativo e l'assenza del giudiziario tra i tre poteri definiti da Locke sono state spiegate da un canto con il rilievo che nella realtà politica europea del secondo Seicento, segnato da continui conflitti tra regni e principati, avevano assunto i rapporti internazionali, dall'altro con la lettura del potere esecutivo lockiano come comprensivo anche dell'attuazione giudiziaria delle leggi. Quest'ultima interpretazione è stata messa in dubbio in anni non lontani da studiosi, come Bobbio e Tully, i quali hanno sottolineato la necessità di collegare il pensiero di Locke all'esperienza concreta da lui vissuta nel regno inglese, ove il Parlamento – come sappiamo – era innanzi tutto una corte di giustizia e gli *statutes* da esso approvati avevano precipua natura di sentenza: ne discende, a parere di detti studiosi, che per Locke il giudiziario si fondeva con il legislativo. Il richiamo alla concreta esperienza vissuta nel suo Paese dal filosofo inglese appare quanto mai corretto. Lo conferma il fatto che in Locke il diritto positivo, attuativo dei diritti naturali, risulta costituito non solo, come aveva sostenuto Hobbes, dagli atti di imperio della potestà legislativa, ma anche dal diritto formato per consolidata tradizione dei consociati: un diritto che richiama immediatamente alla mente la nozione di *common law* e a questo, come è noto, la dottrina attribuiva il fondamento della *naturalitas*, la conformità – cioè – ai diritti naturali dell'uomo appartenente alla comunità inglese.

Ma qualche dubbio solleva l'idea per la quale nel pensiero di Locke il momento della giustizia rientrava in quello della legislazione. In proposito abbiamo avuto più volte occasione di sottolineare come nel pensiero giuridico della tradizione medievale la promulgazione delle leggi rientrasse nella potestà di giustizia del principe in quanto gli consentiva, grazie all'eliminazione di usi iniqui e alla loro sostituzione con norme legislative eque e razionali, di garantire una giustizia non meramente nominale, ma anche sostanziale. Ma una tale idea non sembra potersi trovare a fondamento della tesi di Locke, e ciò per due ordini di motivi. Da un canto si deve rilevare che nell'idea medievale il contenitore era costituito dalla funzione di giustizia del principe e la legge ne costituiva soltanto un aspetto, peraltro marginale: ne consegue che se Locke avesse voluto rifarsi a tale tradizione

di pensiero avrebbe dovuto indicare come uno dei poteri il giudiziario, nel quale avrebbe potuto comprendere il legislativo. Dall'altro, come sappiamo, la tradizione inglese non conosceva una produzione legislativa paragonabile a quella della tradizione romano-imperiale, dato che, come abbiamo ripetuto or ora, gli *statutes* del Parlamento erano intesi non come nuove norme che si aggiungevano al *common law*, ma come esplicitazioni del contenuto di norme già in vigore. Per spiegare la proposta lockiana, allora, appare necessario seguire una strada diversa, una strada che potrebbe essere suggerita dallo stretto legame tra la teoria del pensatore inglese e la tradizione di *common law*. In questa tradizione la titolarità di un diritto era inscindibilmente connessa alla difendibilità dello stesso davanti ad una corte di giustizia, di modo che il momento processuale era parte integrante del momento sostanziale; una corte di giustizia che, stando sempre alla tradizione inglese, poteva essere regia, signorile, feudale, popolare. L'omissione del giudiziario tra i poteri in cui il governo nato dal patto sociale si articolava sembra, allora, derivare dalla convinzione che i diritti, di origine sia naturale, sia consuetudinaria, sia legislativa, esistevano solo in quanto difendibili giudizialmente e che detta difesa avveniva nell'ambito dell'ordinamento in cui gli stessi diritti erano nati e non poteva, pertanto, essere monopolizzata dal governo nato dal patto sociale.