

Testo *pro manuscripto*, ad esclusivo uso interno degli studenti del progetto “Pigafetta Cinquecento anni dopo” dell’articolo:

F. Todescan, *Le categorie giuridiche della dignità umana – La controversia sugli Indios nel pensiero della seconda scolastica*, nel vol. coll. *Wege zur Menschenwürde. Ein deutsch-italienischer Dialog in memoriam Mario A. Cattaneo*, Akten der deutsch-italienischen Tagung vom 20.-24. Februar 2012 im Robert Schuman-Haus, Trier («Fundamenta iuris. Schriftenreihe des Leipziger Instituts für Grundlagen des Rechts», Band 12), a cura di M. Kahlo e V. Fiorillo, mentis Verlag, Münster, 2015, pp. 71-110 [ISBN 978-3-89785-490-1].

Franco Todescan

## **LE CATEGORIE GIURIDICHE DELLA DIGNITÀ UMANA LA CONTROVERSIA SUGLI *INDIOS* NEL PENSIERO DELLA SECONDA SCOLASTICA**

SOMMARIO: 1. Introduzione: le origini della controversia.- 2. Prologo aristotelico.- 3. La categoria del *dominium*: Francisco de Vitoria.- 4. La categoria dello *ius gentium*: Domingo de Soto.- 5. La categoria della *lex naturalis*: Juan Ginés de Sepúlveda.- 6. La categoria della *iurisdictio*: Bartolomé de Las Casas.

### **1. Introduzione: le origini della controversia**

Una constatazione - che ha carattere generale, ma un particolare rilievo chiarificatore per la nostra specifica materia - si pone necessaria all’inizio del nostro itinerario: ed è la constatazione ferma e precisa che anche per quei singolari operatori culturali che sono i teologi della Seconda Scolastica l’unico modo di far scienza è quello che passa attraverso i canali obbligati della conoscenza giuridica; anche per essi - che pur sono inseriti vivacemente nel loro tempo e di questo osservatori attenti e compiaciuti; che nelle loro soluzioni [...] dimostrano la massima propensione a sbarazzarsi dei dati tradizionali - l’approccio prevalente per l’analisi della realtà sociale è quello che fa perno sull’istrumentario tecnico e concettuale elaborato e collaudato nella «scientia iuris».

**[Le origini della controversia]** Così Paolo Grossi all’esordio della sua splendida relazione fiorentina sul diritto di proprietà nella Seconda Scolastica <sup>(1)</sup>. Agli inizi del sec. XVI, la legittimità della *Conquista* non era stata posta in dubbio da alcuno; si

---

<sup>(1)</sup> P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Atti dell’Incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972), Milano, 1973, a cura dello stesso AUTORE, pp. 117-118.

riteneva infatti che le bolle di Alessandro VI e i trattati tra Spagna e Portogallo, che su di esse si appoggiavano, rappresentassero titoli sufficienti per il possesso delle nuove colonie, all'interno di una visione ierocratica e universalistica del potere papale. Gli interventi della Regina Isabella di Castiglia e del Consiglio del Regno sulla questione del Nuovo Mondo agli inizi furono alquanto sporadici. Dopo la predica di Antonio de Montesinos e le *Leyes de Burgos* (1511-1516), che non avevano sortito un particolare effetto nel controllare il processo colonizzatore, dopo la conquista degli imperi Azteca e Incas, vennero coinvolti i professori dell'Università di Salamanca, *in primis* Francisco de Vitoria e Domingo de Soto. Nel 1537 il Papa Paolo III promulgava la bolla *Sublimis Deus* dove erano contenute tesi più favorevoli agli *indios* di quelle dei suoi predecessori. Successivamente, nel 1542-1543, venivano emanate le *Leyes Nuevas*, che incorporavano molte delle proposte del domenicano Bartolomé de Las Casas, provocando reazioni violente da parte degli spagnoli d'oltremare, tanto da costringere l'Imperatore Carlo V a un parziale ritiro delle medesime <sup>(2)</sup>. Il dibattito tuttavia non accennò a diminuire, anzi crebbe fino a quella che doveva essere una sorta di «resa dei conti», cioè la grande disputa di Valladolid del 1550-1551, nella quale Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda si affrontarono dinanzi alla *junta* convocata dell'Imperatore. La disputa si concluse però senza che i giudici pronunciassero un giudizio chiaro ed unanime, ragion per cui ognuno dei contendenti si considerò in qualche modo vincitore <sup>(3)</sup>

## 2. Prologo aristotelico

[L'uomo] Il punto di partenza della disputa era, ancora una volta, Aristotele. Per lo Stagiritico l'uomo era un animale socievole per natura. La *politikòs* era connaturata all'uomo; l'umanità dell'uomo, *zōon politikón*, si esprimeva tutta nella sua politicità. Per realizzare compiutamente se stesso, per conseguire la perfezione della sua natura, e quindi la sua felicità, l'uomo doveva vivere nella *politikòs*. L'uomo, in quanto essere dotato di ragione, di capacità di espressione mediante la parola, dava vita alla *politikòs* politica <sup>(4)</sup>.

Da queste considerazioni è evidente che lo Stato è un prodotto naturale e che l'uomo per natura è un essere socievole <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Nel 1545-1546. In particolare merita di essere ricordato l'attivissimo ruolo svolto dai teologi di Salamanca nella controversia fra Bartolomé de las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda (cfr. J. HÖFFNER, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Trier, 1947, pp.145-182) sui limiti dei diritti e dei poteri della Spagna nella colonizzazione dell'America, soprattutto da parte di Melchor Cano (cfr. L. PEREÑA VICENTE, *La soberanía de España en América según Melchor Cano*, in «Revista Española de Derecho Internacional», 1952, pp. 893-924) e da Soto (cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *El Maestro D. de Soto en la controversia de Las Casas con Sepúlveda* [1932], ora ripreso in *D. de Soto. Estudio biográfico documentado*, Salamanca, 1960, pp. 237-274).

<sup>(3)</sup> Cfr. G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573). "Veri domini" o "servi a natura"?*, ("Divus Thomas", 33), Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2002, pp. 21-39.

<sup>(4)</sup> Cfr. M. D'ADDIO, *Storia delle dottrine politiche*, I, Genova, 1996, p. 76.

<sup>(5)</sup> ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 2, 1253 a (trad. it. di R. Laurenti, in *Opere*, vol. IV, Roma-Bari, 1973, p. 6).

[La schiavitù] Tuttavia, secondo Aristotele, era pure naturale e necessaria l'unione di coloro la cui natura era quella di comandare, con coloro la cui natura era quella di obbedire.

Comandare e essere comandato non solo sono tra le cose necessarie, ma anzi tra le giovevoli e certi esseri, subito dalla nascita, sono distinti, parte a essere comandati, parte a comandare. E ci sono molte specie sia di chi comanda, sia di chi è comandato [...] In realtà, in tutte le cose che risultano di una pluralità di parti e formano un'unica entità comune, siano tali parti continue o separate, si vede comandante e comandato: questo viene nelle creature animate dalla natura nella sua totalità e, in effetti, anche negli esseri che non partecipano di vita, c'è un principio dominatore, ad es. nel modo musicale <sup>(6)</sup>.

Coloro che, in forza della loro intelligenza, avevano la dote della preveggenza erano legittimamente capi e padroni di coloro che, con la loro forza fisica adatta ai lavori pesanti, erano in grado solo di eseguire gli ordini impartiti dai padroni.

Quindi quelli che differiscono tra loro quanto l'anima dal corpo o l'uomo dalla bestia (e si trovano in tale condizione coloro la cui attività si riduce all'impiego delle forze fisiche ed è questo il meglio che se ne può trarre), costoro sono per natura schiavi, e il meglio per essi è star soggetti a questa forma di autorità, proprio come nei casi citati. In effetti è *schiavo per natura* chi può appartenere a un altro (per cui è di un altro) e chi in tanto partecipa di ragione in quanto può apprenderla, ma non averla: gli altri animali non sono soggetti alla ragione, ma alle impressioni <sup>(7)</sup>.

Contrariamente a quanto sostenevano alcuni Sofisti, esistevano uomini che erano schiavi per natura. Certo, bisognava distinguere tra questi e coloro che si trovavano in condizione servile in base alla convenzione che voleva fossero proprietà del vincitore i beni conquistati in guerra: in questo caso si trattava di una schiavitù artificiale e convenzionale, che anche Aristotele condannava. In tal modo la giustificazione della schiavitù in base al criterio della conformità alla natura non rivestiva più un carattere di absolutezza e bisognava ammettere che ci fossero schiavi con la struttura fisica di uomini liberi, nient'affatto adatti ai lavori pesanti, mentre esistevano per converso degli uomini liberi che avevano «anima da schiavo». Lo Stagirita ammetteva pure che, se la natura tendeva spesso a realizzare la trasmissione ereditaria delle virtù o dei vizi, tuttavia non sempre ci riusciva. Ed ecco allora il Filosofo sostenere, contraddicendo le *Leggi* di Platone, che era un errore rifiutare agli schiavi ogni possibilità di usare il raziocinio <sup>(8)</sup>. In conclusione:

quale sia la natura dello schiavo e quali le sue capacità, è chiaro da queste considerazioni: un essere che per natura non appartiene a se stesso ma a un altro, pur essendo uomo, questo è per natura schiavo: e appartiene a un altro chi, pur essendo uomo, è oggetto di proprietà: e oggetto di proprietà è uno strumento ordinato all'azione e separato <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 5, 1254 a (in *Opere*, vol. IV, p. 10).

<sup>(7)</sup> ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 4, 1254 b (in *Opere*, vol. IV, p. 11; corsivo aggiunto).

<sup>(8)</sup> Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, I: *Antichità e Medioevo*, trad. it., Bologna, 1989, pp. 129-130.

<sup>(9)</sup> ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 4, 1254 a (in *Opere*, vol. IV, p. 10).

### 3. La categoria del *dominium*: Francisco de Vitoria

[La Scuola di Salamanca] È agli inizi del Cinquecento che la *Summa theologiae* di Tommaso d'Aquino tende a sostituire nei Conventi e nelle Università il *Liber Sententiarum* di Pietro Lombardo; è nel Cinquecento che nascono i grandi problemi di diritto internazionale legati alla scoperta dell'America e allo sgretolamento progressivo dell'Impero asburgico. Non è un caso che il domenicano Francisco de Vitoria <sup>(10)</sup>, negli anni 1538-1539, a Salamanca, applicando categorie tomistiche, cerchi di risolvere i problemi morali e giuridici *de Indis recenter inventis*, legati alle conquiste, alla colonizzazione e cristianizzazione del Nuovo Mondo, ad una guerra che appariva più di offesa che di difesa. La lunga permanenza del Vitoria a Parigi - sui quali una risalente storiografia ha avuto l'indubbio merito di richiamare l'attenzione <sup>(11)</sup> - non rappresentava, nella formazione del teologo domenicano, un fatto meramente episodico, ma la condizione prima attraverso cui si operava, a Salamanca, pur nel quadro di un vigoroso ritorno al pensiero tomista, l'innesto di un'esperienza di pensiero dialetticamente più ricca. Presentimento della Riforma e istanze umanistiche si mescolavano nel suo pensiero quali estreme derivazioni del complesso intreccio di idee tomiste e nominaliste formatosi, in lente stratificazioni, nell'ambiente universitario parigino <sup>(12)</sup>: ed ai volontaristi Vitoria fa spesso riferimento, esteriormente impegnato in una vivace polemica con le loro teorie, ma talora da queste, almeno in parte, condizionato <sup>(13)</sup>.

[L'antropologia del Vitoria] Lungo questa linea, il suo magistero teologico segna un momento importante nello sviluppo della cultura moderna; il suo spirito, attento alle esigenze dei nuovi tempi, concede largo spazio alla discussione dei problemi giuridici e politici <sup>(14)</sup>. Le difficoltà non mancavano: se da un lato v'era il problema di sceverare, nel magma incandescente della storia, un nuovo concetto di Stato che ne riconoscesse,

---

<sup>(10)</sup> **Francisco de Vitoria** (Burgos, 1483-Salamanca, 1546), dopo il suo ingresso nell'ordine domenicano, fu mandato a Parigi, nel Convento di Saint-Jacques, per completare gli studi iniziati a Burgos. A Parigi, ove rimase fino al 1523, iniziò il suo insegnamento della teologia, continuato, al ritorno in Spagna, nel collegio S. Gregorio di Valladolid (1523-1526) e all'Università di Salamanca, di cui occupò la cattedra di «Prima» dal 1526 sino alla morte. Nel 1544 dovette ricusare, per motivi di salute, l'invito di Carlo V a partecipare al Concilio di Trento; lo sostituì Domingo de Soto.

<sup>(11)</sup> R. GARCÍA VILLOSLADA, *La Universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria o. p. (1507-1522)*, Roma, 1938.

<sup>(12)</sup> V. A. RENAUDET, *Préréforme et Humanisme à Paris pendant les premières guerres d'Italie (1494-1517)*, Paris, 1953<sup>2</sup>, p. 594 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pp. 121-122. Sulla parziale fortuna del nominalismo a Salamanca, v. V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Accidentada y efimera aparición del nominalismo en Salamanca (1506-1530)*, in «La Ciencia Tomista», 1942, pp. 68-101, e, più recentemente, V. MUÑOZ DELGADO, *La lógica nominalista en la Universidad de Salamanca (1510-1530)*, Madrid, 1964.

<sup>(14)</sup> In tal senso H. KIPP, *Moderne Probleme des Kriegsrechts in der Spätscholastik. Eine rechtsphilosophische Studie über die Voraussetzungen des Rechtes zum Kriege bei Vitoria und Suárez*, Paderborn, 1935, p. 13, parla di Vitoria come di colui che «erweist sich mehr als der Praktiker, der in seinen Relectiones morales die Existenz des Naturrechts voraussetzt und nur kurz in Verbindung mit der Frage nach dem Ursprung der Staatsgewalt darlegt, wo das Naturrecht seinen Ursprung hat».

in modo adeguato, l'indipendenza, la sovranità, i diritti<sup>(15)</sup>, dall'altro lato, per evitare i pericoli insiti nelle teorie individualistiche e volontaristiche, bisognava porre i fondamenti di uno *ius gentium* che, nel rispetto e nella tutela della dignità umana, riunisse gli Stati sovrani in una comunità non meramente contrattualistica, ma naturale ed organica<sup>(16)</sup>. È questo, del resto, il merito comunemente attribuito al Vitoria, «fondatore» del diritto internazionale<sup>(17)</sup>; e su questo aspetto della sua opera, senza dubbio il più appariscente, si è soffermata per lo più la storiografia contemporanea.

Sulla questione antropologica della dignità degli *indios*, ecco un testo particolarmente pregnante:

Creaturae irrationales non possunt habere dominium. Patet, quia dominium est ius, ut fatetur etiam Conradus. Sed creaturae irrationales non possunt habere ius. Ergo nec dominium. Probat minor, quia non possunt pati iniuriam; ergo non habent ius [...] Et confirmatur propositio auctoritate S. Thomae: **Sola creatura rationalis habet dominium sui actus**, quia, ut ipse etiam dicit, per hoc aliquis est dominus suorum actuum, qua potest hoc vel illud eligere; unde etiam, ut ibidem dicit, **appetitus circa ultimam finem non sumus domini**. [...] Non enim dicimus aliquem esse dominum, nisi eius quod situm est in sua facultate. Ita enim loquimur: non est in mea facultate, non est in mea potestate, quando non sum dominus. Bruta autem cum non moveant se, sed potius moveantur, ut S. Thomas ait, eadem ratione nec habent dominium<sup>(18)</sup>.

Vi si possono individuare in filigrana tre temi: a) la proprietà (*dominium*); b) la libertà (*libertas*); c) il desiderio del fine ultimo (*appetitus beatitudinis*).

**[La proprietà]** Come abbiamo già sottolineato, il legame più incisivo, che informa tutta la visione che la Seconda Scolastica ebbe del rapporto fra uomo e cose, è quello con il corrosivo e, al tempo stesso, sollecitante clima culturale che, agli inizi del Cinquecento, percorre ampiamente lo Studio parigino e che respira anche il Vitoria. Il viaggio, il soggiorno, gli studi a Parigi rappresentano fatti storicamente significativi, poiché è soprattutto grazie ad essi che si produce nella Spagna «salmaticense», nell'ambito di una rinnovata osservanza tomista, il trapianto di un'esperienza culturale in posizione dialettica con quella e, per ciò stesso, la messa a disposizione dei giovani teologi di strumenti concettuali gravidi di istanze innovatrici<sup>(19)</sup>.

Quando Vitoria studia un testo di diritto privato per costruire poi il proprio sistema in relativa autonomia, il libro di ordinaria consultazione è il *Tractatus septipartitus de contractibus* di Corrado Summenhart, nel quale il teologo di Tubinga, educato a Parigi nel medesimo clima, traduce in termini più rigorosamente tecnici le premesse generali delle correnti volontaristiche. È quindi il mondo culturale dei *recentiores* che preme sulla coscienza del giovane domenicano, che egli avverte non a

---

<sup>(15)</sup> Per una lucida presentazione del contesto storico-dottrinale nel quale si trovò ad operare il Vitoria, v. l'ampio studio di V. CARRO, *La Teología y los Teólogos-Juristas españoles ante la Conquista de América*, Salamanca, 1951<sup>2</sup>.

<sup>(16)</sup> Su tali problemini, v. A. MIAJA DE LA MUELA, *El derecho "totius orbis" en el pensamiento de Francisco de Vitoria*, in «Revista Española de Derecho Internacional», 1965, pp. 341-364.

<sup>(17)</sup> C. BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, Valladolid, 1928.

<sup>(18)</sup> F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior*, I, 20 (ediz. T. URDÁNOZ, pp. 661-662).

<sup>(19)</sup> Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 121.

disagio, ma anzi talora congeniale con la sua natura di *homo novus*, figlio autentico del suo tempo, costruttore di un sistema teorico coerente alla situazione storica attuale più che ideologo d'una realtà passata e cristallizzata <sup>(20)</sup>.

[Il diritto soggettivo: Ockham] La problematica del diritto soggettivo non era nata, com'è noto, nel campo delle discipline profane, ma era maturata all'interno di una controversia teologica. Secondo gli studi più approfonditi in materia <sup>(21)</sup>, infatti, noi possiamo riscontrarne la genesi nell'alveo della teologia francescana del sec. XIV. Dopo la nascita dell'Ordine francescano, la linea seguita dai primi Pontefici si era attenuta ai principi comuni al diritto di allora: essa si fondava sopra la distinzione tra *usus iuris* e *usus facti*. L'*usus iuris* era il possesso giuridicamente protetto, l'*usus facti* invece la semplice possibilità di usare materialmente determinati beni <sup>(22)</sup>. All'interno poi di questa distinzione si precisava: l'*usus iuris* dei beni spettava alla Santa Sede (come persona giuridica), l'*usus facti* spettava ai singoli frati. La situazione sembrava così avviata lungo una strada di assoluta tranquillità. Senonché, nel periodo del papato avignonese, Giovanni XXII era entrato in polemica con l'Ordine francescano (soprattutto con l'ala avanzata degli «spirituali») e non aveva più accettato tale soluzione di compromesso. Dopo aver ribadito il principio che, in quanto Papa, aveva il potere di modificare le norme di diritto canonico precedenti, perché norme di diritto positivo, aveva affermato che solo per una finzione giuridica l'*usus iuris* spettava alla Santa Sede e l'*usus facti* ai monaci e che, se si voleva essere coerenti, andando al di là di mere finzioni, bisognava attribuire l'*usus iuris* all'Ordine francescano <sup>(23)</sup>. Questo suscitò la reazione degli «spirituali», in particolare di Ockham, il quale, per poter affermare che l'*usus iuris* poteva ben spettare alla Santa Sede e che comunque era possibile tener ferma la distinzione tra *usus iuris* e *usus facti*, cominciò ad elaborare una teoria della proprietà come diritto soggettivo. Ockham che anche in altri campi si trovava in polemica con il realismo tomista <sup>(24)</sup>, elaborò una concezione del diritto non a partire dalla *res iusta*, cioè dal diritto oggettivo, ma come diritto soggettivo, come potere attribuito ai singoli di godere determinati beni. E questo non tanto per affermare la titolarità del diritto di proprietà per i Francescani, ma all'opposto per negarla. Ciò non toglie tuttavia che, a livello speculativo, il problema giuridico venisse impostato in chiave soggettivistica, a partire dai poteri che il singolo aveva sulle cose circostanti.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 123.

<sup>(21)</sup> Soprattutto quelli di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1985, pp. 207-224, con le preziose osservazioni di N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e "ius" nella visione di Michel Villey*, in «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», LIV (2007), pp. 379-407, sui precedenti romanistici. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, trad. it., Bologna, 2002, afferma invece l'originalità del pensiero canonistico nell'elaborazione concettuale del diritto soggettivo. Sul contesto storico della problematica, ricordiamo in particolare i contributi di G. TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, Milano, 1964; di P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», I (1972), pp. 287-355; di M. D. LAMBERT, *Povertà francescana. La dottrina dell'assoluta povertà di Cristo e degli Apostoli nell'ordine francescano (1210-1323)*, trad.it., Milano, 1995; e

<sup>(22)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 336 ss.

<sup>(23)</sup> Decretale *Ad conditorem canonum* (8 dicembre 1322), in BALUZE-MANSI, *Miscellanea Franciscana*, III, pp. 213-221. Sull'opera di Giovanni XXII, cfr. N. VALOIS, *Jacques Duèze pape sous le nom de Jean XXII*, in «Histoire Littéraire de la France», 1915, p. 391 ss.

<sup>(24)</sup> Cfr. J. MIETHKE, *Ockhams Weg zur Sozialphilosophie*, Berlin, 1969, p. 300 ss.

Ius utendi est potestas licita, utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationali privari non debet invitus, et si privatus fuerit, privanem poterit in iudicio convenire <sup>(25)</sup>.

L'interpretazione vitoriana, in tema di diritti reali, si orienta, secondo Grossi <sup>(26)</sup>, a propria volta verso determinate intuizioni fondamentali: una visione progressivamente dualistica del mondo dei soggetti e del mondo dei fenomeni, con il conseguente tentativo di costruire una metafisica del soggetto sulle cose e, insieme, un tentativo di operare una lettura delle cose attraverso il filtro del soggetto costituendole come proiezione di questo e della sua sovranità. Nel suo distacco metafisico dalle cose, il soggetto operatore tendeva a identificarsi sempre più nella posizione di *dominus*, e l'ordine giuridico tendeva a essere valutato come un insieme di situazioni dominative; il *dominium*, inteso in un senso giuridicamente rigoroso, tendeva a divenire una categoria ermeneutica generale dei rapporti sociali e la chiave di volta di tutto il sistema.

**[La libertà]** Il libero arbitrio era in secondo luogo il presupposto insopprimibile di questo *dominium*, perché era esso stesso *dominium*. L'interscambiabilità tra libertà e proprietà comincia qui a delinearsi. La libertà del singolo coincide con la proprietà che il singolo ha di se stesso e delle sue azioni, la sua esistenza di soggetto libero consiste in un insieme di comportamenti dominativi, insomma nella proprietà che ha di se stesso. A taluno potrebbe suonare troppo tecnico l'uso fatto qui del termine proprietà; troppo giuridico per descrivere quell'atteggiamento psicologico, che, nel linguaggio di tutti i giorni, viene qualificato come «padronanza di sé». Ma qui nulla di generico o di psicologistico ha la nozione di *dominium sui*. La proprietà di sé e delle proprie azioni, che a ciascun essere razionale Dio ha fornito nel momento in cui lo ha creato *a sua immagine e somiglianza*, è una proprietà in senso teologico-giuridico, costitutivamente non dissimile dalla proprietà di un bene, tant'è vero che il trattato *de dominio* è sempre rigorosamente unitario e di questo discorso unitario la proprietà delle proprie azioni costituisce il primo capitolo <sup>(27)</sup>.

**[L'Imago Dei]** A questo punto il discorso giuridico si congiunge alla visione teologica. Il fondamento della proprietà è l'*imago Dei*.

Hoc patet, quia [pueri] possunt pati iniuriam; ergo habent ius rerum; ergo est illis dominium, quod nihil aliud est quam ius. Item bona pupillorum non sunt in bonis tutorum, et habent dominos, et non alios; ergo pupillos. Item pupilli sunt heredes. Sed heres succedit in ius defuncti et est dominus hereditatis. Item diximus quod **fundamentum domini est imago Dei**, quae adhuc est in pueris, et Apostolum eodem loco: *Quanto tempore heres parvulis est, nihil differt a servo, cum sit dominus omnium* <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> *Opus nonaginta dierum*, cap. II (in GUILLELMI DE OCKHAM, *Opera politica*, ediz. H. S. OFFLER, Mancunii, 1974<sup>2</sup>, vol. I, p. 132); cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 212 ss.

<sup>(26)</sup> P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 124.

<sup>(27)</sup> Così ancora P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pp. 135-136.

<sup>(28)</sup> F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior*, I, 21 (ediz. T. URDÁNOZ, pp. 663-664).

Questo discorso vale per i fanciulli, vale forse per gli amenti. Ma gli *indios* non sono amenti o idioti; hanno l'uso della ragione a loro modo. È evidente che essi seguono un certo ordine nelle loro cose, che hanno città rette da un certo ordinamento, hanno matrimoni ben definiti, magistrati, signori, leggi, industrie, scambi, tutte cose, queste, che richiedono l'uso della ragione. Le stesse motivazioni valgono, *a fortiori*, anche per loro.

[**L'appetitus beatitudinis**] Sola creatura rationalis habet dominium sui actus, quia, ut ipse etiam dicit, per hoc aliquis est dominus suorum actuum, qua potest hoc vel illud eligere; unde etiam, ut ibidem dicit, *appetitus circa ultimum finem* non sumus domini. [...] Non enim dicimus aliquem esse dominum, nisi eius quod situm est in sua facultate. Ita enim loquimur: non est in mea facultate, non est in mea potestate, quando non sum dominus. Bruta autem cum *non moveant se, sed potius moveantur*, ut S. Thomas ait, eadem ratione nec habent dominium<sup>(29)</sup>.

Emerge il terzo tema, quello dell'*appetitus*, del desiderio in senso forte. È il desiderio della felicità, l'*appetitus beatitudinis* tematizzato da Sant'Agostino già nelle *Confessioni* («Ci hai fatto per Te, o Signore, e inquieto è il nostro cuore finché non riposa in Te») (30). In questo desiderio dell'assoluta felicità (la *beatitudo*), e quindi dell'Assoluto, Sant'Agostino rinveniva una situazione dell'uomo radicalmente diversa da quella di tutti gli altri esseri creati, e che ne faceva un essere paradossale. Il paradosso dell'uomo è che egli trova scolpito nella sua natura il desiderio dell'Assoluto, ma appunto per questo un tale desiderio solo l'Assoluto può soddisfare. Quindi l'uomo è sempre costitutivamente proiettato oltre se stesso, in quanto animato dal desiderio di un fine (per usare la nota formula Scolastica) «*naturalis quoad appetitionem, supernaturalis vero quoad adsecutionem*» (31). Di qui il problema fondamentale della grazia, la necessità della grazia per la salvezza dell'uomo (sottolineata dall'Ipponate soprattutto negli scritti anti-pelagiani).

Questa concezione del desiderio naturale della felicità soprannaturale era stata sostanzialmente recepita nella *Summa contra Gentiles* dell'Aquinate (32). Ma, relativamente a tale concezione, si era manifestata all'inizio del Cinquecento una prima «deviazione», che non è ascrivibile ad un interprete di secondo piano, ma addirittura al Gaetano, il commentatore prescelto nell'edizione leonina ottocentesca per la *Summa theologiae*. Sul problema dell'*appetitus beatitudinis* il Gaetano, che aveva studiato a Padova, dove fiorivano gli studi sull'Aristotelismo, aveva riproposto la posizione di Aristotele del *De caelo*, secondo la quale ogni essere della natura deve avere un fine proporzionato alla sua natura.

[**Aristotele: il De caelo**] Che poi gli astri non abbiano neppure rotolamento, è evidente, perché tutto ciò che rotola gira sul proprio asse, e invece noi della luna vediamo sempre quella che chiamano faccia. Per modo che, siccome se si muovessero da se stessi sarebbe ragionevole che compissero quei movimenti che sarebbero loro propri, e invece noi vediamo che questi movimenti non li compiono, è evidente che essi non si muovono da se stessi. Oltre a tutto ciò,

---

(29) F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior*, I, 20 (ediz. T. URDÁNOZ, p. 662; corsivo aggiunto).

(30) AGOSTINO, *Confessioni*, I, 1.

(31) D. DE SOTO, *De natura et gratia*, I, I, c. 4. Cfr. H. DE LUBAC, *Agostinismo e teologia moderna*, trad. it., Milano, 1978<sup>2</sup>, pp. 195-232.

(32) TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, I, III, c. 50 ss.



sarebbe assurdo che la natura non avesse loro dato alcun organo per il movimento: la natura infatti non fa nulla «come càpita», né si può pensare che essa si prenda tanta cura degli animali, e trascuri poi delle sostanze tanto venerabili; si direbbe invece che essa a ragion veduta li ha privati di ogni mezzo con cui potessero procedere da se stessi, e li ha tenuti il più lontano possibile dagli esseri dotati di organi di movimento <sup>(33)</sup>.

Condizionato da questa concezione, quasi obliterando la prospettiva agostiniano-tomista, il Gaetano aveva riaffermato che anche l'uomo doveva avere un fine proporzionato alla sua natura, un *finis ultimus naturalis*, e questo fine era il Dio che i filosofi ci fanno conoscere. Gaetano non faceva però scomparire il soprannaturale: solo che verso il soprannaturale non c'era più *appetitus*. Rispetto al soprannaturale l'uomo si trovava in un atteggiamento passivo di obbedienza, come la tavoletta di cera che riceve dall'alto l'impressione del sigillo. È la *potentia oboedientialis* <sup>(34)</sup>. Il soprannaturale non viene posto minimamente in dubbio, il *finis ultimus supernaturalis* è il Dio dei teologi; ma, dal punto di vista culturale, è interessante notare questo passaggio da un atteggiamento antropologico più attivo ad un atteggiamento più passivo. La dottrina del Gaetano si discostava però troppo dall'antropologia tomista perché potesse passare inosservata, e senza incontrare opposizioni. Le maggiori resistenze, accompagnate da un sincero tentativo di recupero della tesi tradizionale, si possono osservare a Salamanca. L'appetito naturale della *visio Dei*, in Vitoria, è ancora presente: è un *appetitus* imposto dalla natura stessa («*excitatus ab ipsa natura*»), ma con molteplici manifestazioni coscienti, come il desiderio elicito del bene *in generali* o l'insoddisfazione costante di fronte ai beni terreni <sup>(35)</sup>.

#### 4. La categoria dello *ius gentium*: Domingo de Soto

[L'ambivalenza dello *ius gentium*] Il problema dello *ius gentium*, già risalente al diritto romano, costituiva indubbiamente per la *Scuola di Salamanca*, e per la Seconda Scolastica in generale, il problema del passaggio dal diritto positivo al diritto naturale. Su tale problema, com'è noto, S. Tommaso si era espresso con notevoli esitazioni, ora accettando (nel Commento all'*Etica Nicomachea*) ora respingendo (nella *Summa theologiae*) l'identificazione di *ius naturale* e *ius gentium* <sup>(36)</sup>. La questione era stata ripresa da Vitoria, senza tuttavia che, anche per la natura composita del suo insegnamento, le incertezze sparissero del tutto. Se infatti nelle sue *Relectiones*, sotto l'urgenza delle concrete esigenze storiche, il Maestro domenicano sembrava fondare le proprie argomentazioni sopra uno *ius gentium* fortemente avvinto, e quasi identificato con lo *ius naturale* <sup>(37)</sup>, nei precedenti commenti alla *Summa* aveva adottato una

---

<sup>(33)</sup> ARISTOTELE, *Del cielo*, II (B), 8, 290 a-b (trad. it. di O. Longo, in *Opere*, vol. II, Bari, 1973, p. 298).

<sup>(34)</sup> Sulla *potentia oboedientialis* in Gaetano, v. J. ALFARO, *Lo Natural y lo Sobrenatural. Estudio histórico desde Santo Tomás hasta Cayetano (1274-1534)*, Madrid, 1952, pp. 131-141.

<sup>(35)</sup> Cfr. sul tema BRICIO TORRES, *Los Maestros de Salamanca del siglo XVI ante el problema del Sobrenatural*, México, 1959.

<sup>(36)</sup> Cfr. O. SCHILLING, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin*, Freiburg i. Br., 1919, p. 24 ss.

<sup>(37)</sup> V. ad es. F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior*, III, 2: «probatur primo ex jure gentium quod vel est ius naturale vel derivatum ex jure naturali [...]: quod naturalis ratio inter omnes gentes consituit, vocatur ius gentium» (ediz. T. URDÁNOZ, p. 706).

posizione più sfumata, avvicinando lo *ius gentium* al diritto positivo<sup>(38)</sup>. E sebbene Vitoria al problema non attribuisse soverchia importanza<sup>(39)</sup>, l'oscillazione fra le due posizioni nel suo insegnamento (la «*Doppeldeutigkeit* des vitorianischen *ius gentium*» analizzata dal Soder)<sup>(40)</sup> induce a riflettere sulle parole, un po' troppo severe, di Michel Villey: «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»<sup>(41)</sup>.

[Soto: la legge] Il problema, non superato sistematicamente dal Vitoria, fu subito ripreso da Domingo de Soto<sup>(42)</sup>. Sin dall'inizio della sua opera, Soto affronta con impegno il problema di un'esatta definizione della legge, quale cornice entro cui situare l'intera tematica morale e giuridica. Il teologo di Segovia veniva così di necessità a scontrarsi con le molteplici, contrastanti definizioni elaborate precedentemente, in una lunga tradizione, da filosofi, teologi e giuristi; nessuna tuttavia gli sembra pienamente convincente, tranne quella di S. Tommaso, e anche questa «se si leviga un po'»<sup>(43)</sup>. È necessaria, a suo giudizio, una definizione più completa, nella quale possano rintracciarsi tutti gli elementi essenziali: «*lex est nihil aliud quam quaedam rationis ordinatio et praeceptio in commune bonum, ab eo qui curam reipublicae gerit promulgata*»<sup>(44)</sup>. È una definizione, come si può facilmente constatare, che ricorda da vicino quella del *Doctor Angelicus*, ma che pure testimonia, riflettendo le istanze dell'insegnamento del Vitoria, tutta una nuova sensibilità e una nuova problematica, maturata nei tre secoli che la separano dall'insegnamento dell'Aquinate<sup>(45)</sup>. Soto infatti, pur senza discostarsi formalmente, nell'ordine espositivo, da S. Tommaso, pone più esplicitamente e quasi avverte più intensamente il significato sotteso, ed i valori impegnati, nella polemica sul concetto di legge ingaggiata con la teologia francescana

---

<sup>(38)</sup> F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, q. 57, a. 3, § 2: «*ius gentium dicitur quod non habet in se aequitatem ex natura sua, sed ex conducto hominum sancitum est. Et sic ad dubium principale respondeo per hanc conclusionem: quod ius gentium potius debet reperi sub jure positivo quam sub jure naturali*» (ediz. V. BELTRÁN DE HEREDIA, vol. I, p. 14).

<sup>(39)</sup> *Ibidem*: «disputatio est potius de nomine quam de re» (ediz. V. BELTRÁN DE HEREDIA, vol. I, p. 13).

<sup>(40)</sup> J. SODER, *Die Idee der Völkergemeinschaft. Francisco de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Völkerrechts*, Frankfurt a. M.-Berlin, 1955, pp. 121-129.

<sup>(41)</sup> M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 312.

<sup>(42)</sup> **Domingo de Soto** (Segovia, 1495-Salamanca, 1560) studiò teologia ad Alcalá con Tomás de Villanova (1513-1516; 1519-1524) e, nell'intervallo, (1516-1519), a Parigi con John Mair e forse Francisco de Vitoria. Titolare della cattedra di «Vispera» (1532-1549) a Salamanca, nel 1545 partecipò attivamente al Concilio di Trento, sostituendo il Vitoria, indisposto. Nel 1550 discusse a Valladolid la famosa controversia Las Casas-Sepúlveda, sui problemi della colonizzazione. Nel 1552, liberatasi la cattedra di «Prima» per la rinuncia di Melchor Cano, ne divenne il titolare, tenendola fino alla morte.

<sup>(43)</sup> D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, l. I, q.1, a.1: «Cum multae variaeque definitiones tam apud Oratores, quam apud Theologos ac Iureconsultos reperiantur, nullam tamen aut vix ullam comperio, quae legi, quatenus in universale genus est, congruat, praeter illam quam D. Thomas l. 2. q. 90 art. 4 colligit, si paululo componatur limatius» (nell'*editio princeps*, Salmanticae, 1556-57, f. 6 b; seguono la citata ristampa anastatica).

<sup>(44)</sup> *Ibidem*.

<sup>(45)</sup> Un chiaro segno di questa nuova sensibilità si può scorgere già nel commento alla *Prima Secundae* (qq. 90-97), che Soto tenne a Salamanca, nel corso dell'anno accademico 1538-39; cfr. F. PUY, *Estudio introductorio a D. DE SOTO, De legibus (ms. ottob. lat. 782)*, I, cit., p. LXV, ove si parla di tale commento come di «una prueba más del empirismo metodológico de la Escuela y de su realismo».

(<sup>46</sup>). Sono le istanze del volontarismo che premono ora sulla coscienza del Maestro domenicano, che anch'egli percepisce con la viva sensibilità di un vero figlio della nuova epoca.

Per Soto il problema giuridico della dignità umana si declina secondo due prospettive strettamente intrecciate: a) la distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*; b) la distinzione fra *servitus legalis* e *servitus naturalis* in connessione con la teoria degli *status*.

[*Ius civile e ius gentium*] Primum namque quod legi humanae per se competit, est derivari a iure divino: idque dupliciter contingit: scilicet et per modum naturalis illationis. et per modum arbitrariae determinationis: igitur penes has differentias primum omnium distribuitur ius humanum in ius gentium et civile. Dicitur enim ius gentium quicquid mortales ex principiis naturalibus per modum conclusionis ratiocinati sunt [...]. Quicquid vero per modum determinationis generis per speciem constitutum est, ius appellatur civile [...]. Itaque ius naturale absque ulla ratiocinatione scriptum est in mentibus nostris. Ius autem gentium naturali ratiocinatione, absque hominum conventu, et longo consilio inde elicitum: ius autem civile arbitrato hominum in unum coëuntium concilium constitutum (<sup>47</sup>).

Per il teologo di Segovia il diritto umano si divide in *ius gentium* e *ius civile*, e lo *ius gentium* viene definito come il diritto contenente i precetti derivati dal diritto naturale *per modum conclusionis*:

dicitur enim ius gentium quicquid mortales ex principiis naturalibus per modum conclusionis ratiocinati sunt [...]; quicquid vero per modum determinationis generis per speciem constitutum est, ius appellatur civile (<sup>48</sup>).

Sorge però qui legittimo il dubbio se lo *ius gentium* sia veramente distinto dallo *ius naturale*. Per Soto non vi sono dubbi:

ius naturale absque ulla ratiocinatione scriptum est in mentibus nostris; ius autem gentium naturali ratiocinatione, absque hominum conventu et longo consilio inde elicitur (<sup>49</sup>);

ma la distinzione si rivela alquanto esile, e lo stesso Soto deve ammettere:

ratione originis omne ius gentium dicitur de jure naturae, licet ratione illationis ac positionis nuncupetur ius gentium (<sup>50</sup>).

---

(<sup>46</sup>) «*Intelectualismo* tomista contra *voluntarismo* scotista: ha aquí la empenhada lucha que había de decidir - en plano de teorías, ciertamente, más con inmediatas y graves repercusiones prácticas - si los hombres habían de ser gobernados por la razón o por la fuerza»: A. MENDIZÁBAL VILLALBA, *La teoría jurídica de la ley según Domingo Soto*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, II, Modena, 1931, p. 115.

(<sup>47</sup>) D. DE SOTO, *De iustitia et iure* L. I, q. 5, a. 4.

(<sup>48</sup>) D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, l. I, q. 5, a. 4.

(<sup>49</sup>) D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, l. I, q. 5, a. 4; f. 45a.

(<sup>50</sup>) D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, l. I, q. 5, a. 4; f. 45a.

Si può quindi concordare con il Difernan <sup>(51)</sup> quando sostiene che anche in Soto, come già in Tommaso e Vitoria, seppur per diversi motivi, permane un'incertezza di fondo. Questa incertezza può forse ricondursi all'irrisolto contrasto fra una concezione del diritto naturale come istanza critica e la pretesa di dedurre, con la ragione, un sistema più o meno completo di norme fondate appunto sul diritto naturale. In realtà, se si riconosce che ogni precetto, per essere formulato, ha bisogno della mediazione della ragione, ne risulta che ogni norma, per la sua storica puntualizzazione, necessita della *naturalis ratiocinatio* e quindi, stando alla distinzione proposta da Soto, appartarrebbe allo *ius gentium* o allo *ius civile* <sup>(52)</sup>.

Per haec solvitur argumentum primum. Ius enim gentium sic non negatur quodam modo esse naturale, ut tamen censeatur ab illo differre propter illationem: tunc praesertim dum longius conclusio a principiis distat <sup>(53)</sup>.

Anche per Soto (come per Vitoria) lo *ius gentium* rappresenta una nozione primordiale. Sviluppando l'analisi tomista, Soto suppone che gli uomini siano universalmente d'accordo su alcuni principi giuridici, quelli che detta loro la comune ragione che riflette sulla natura. Da questa elaborazione dell'intelligenza umana possono esser tratte regole esplicite e queste regole sono universali, perché sono imposte direttamente dalla ragione. Il diritto delle genti risulta potrebbe risultare più fecondo per la prassi giuridica dello stesso diritto naturale <sup>(54)</sup>.

**[*Servitus naturalis e servitus legalis*]** In simmetrico parallelismo con la distinzione tra *ius naturale* e *ius gentium*, Soto mantiene ferma la distinzione fra due forme di schiavitù: la *servitus naturalis* e la *servitus legalis*.

Ubi notandum in primis quod servitus est duplex: alia naturalis, alia legalis, ut habetur I *Politicorum*. Naturalis est illa quae fundatur in excellentia rationis: praestantes enim ratione et prudentia naturaliter sunt domini, sicut robusti corpore a natura facti sunt ad serviendum, et ideo dicit Aristoteles quod alii sunt a natura domini, alii servi. Sed servitus legalis est, ut dicit illic Aristoteles, quando quis sui ipsius non est, sed quid est alterius. Est ergo differentia inter istas servitutes quod in prima dominus utitur servo non ad utilitatem ipsius domini, sed servi et propter bonum ipsius; et ita esset *in statu naturae integrae*, et talis debet esse dominatio regum et principum, scilicet propter bonum subditorum. Sed dominus legalis non utitur servo ad utilitatem servi, sed ipsius domini sicut pecude; et de ista quaerimus an sit iusta <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> B. DIFERNAN, *El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI*, El Escorial, s.d. [1957], p. 174 ss.

<sup>(52)</sup> La presenza di un'incertezza di fondo, nel teologo di Segovia, è invece negata da F. Puy: «Creemos que todos están equivocados. En Soto, como en Santo Tomás, ni hay vacilación o contradicción, ni hay una de las dos tesis netamente expuesta. Siguiendo un hábito escolástico [...] distinguen en su respuesta. En cuanto a su contenido, el derecho de gentes es derecho natural. En cuanto a su legislador, el derecho de gentes es derecho positivo»: *Estudio introductorio*, cit., p. LXXII.

<sup>(53)</sup> D. DE SOTO, *De iustitia et iure* L. I, q. 5, a. 4.

<sup>(54)</sup> Analogamente al Vitoria; cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 311-312.

<sup>(55)</sup> D. DE SOTO, *Relección "De Dominio"*, n. 24, (ediz. J. BRUFAU PRATS, pp. 126-128; corsivo aggiunto).

[Lo *status purae naturae*] La menzione dello *status naturae integrae* richiama alla mente un altro problema rilevante della Seconda Scolastica: quello degli *status*. La teologia medioevale, nella sua interpretazione della *historia salutis*, scandiva chiaramente tre *status*: lo *status naturae integrae*, proprio di Adamo ed Eva prima del peccato originale; lo *status naturae lapsae* proprio dell'uomo dopo il peccato originale; e lo *status gratiae*, dopo la redenzione attuata da Cristo. Una novità considerevole, sempre sotto il profilo culturale, era stata apportata su questo punto, nel Cinquecento, dal gesuita Luis de Molina<sup>(56)</sup>. Il Molina, noto teologo spagnolo, implicato in qualche modo nella controversia *de auxiliis*, nel suo *Concordia liberi arbitrii* (1588), quando affronta il problema degli *status* elabora uno schema non più ternario, ma quaternario. Infatti ai tre *status* tradizionali fa precedere un quarto, che chiama *status purae naturae*. Secondo Molina esso rappresenta una condizione puramente immaginaria, uno *status* ipotetico elaborato dalla filosofia che non è mai esistito, ma che bisogna costruire concettualmente quale scenario a partire dal quale spiegare in concreto i tre *status* storici<sup>(57)</sup>.

Lo *status purae naturae* è la condizione dell'uomo immaginato «*sine peccato et sine gratia et sine aliis donis supernaturalibus*»; è l'uomo filosoficamente inteso, sul quale verranno ritrasposti i dati scritturistici. Così trasponendosi il peccato originale si avrà lo *status naturae lapsae*, che differirà dal primo per il suo carattere punitivo ed afflittivo. È la differenza «*inter nudum et spoliatum*», tra l'uomo nato senza vestiti e l'uomo spogliato dei suoi vestiti: situazione esteriormente identica, ma psicologicamente diversissima. Osserviamo comunque che l'espressione *status purae naturae* è alquanto stridente, perché *status* indica tendenzialmente una condizione concreta, che qui si vuole invece esplicitamente ipotetica, e quindi astratta<sup>(58)</sup>. Soto invece non ha ancora imboccato la strada dello *status naturae purae*. E si pone quindi prima il problema della legittimità (e possibile esistenza) della servitù (*non* della schiavitù) riferendosi allo *status naturae integrae*.

Ma anche la *servitus legalis* (in questo caso la schiavitù), codificata dallo *ius gentium*, pur non riguardando specificamente il caso degli *indios*, per Soto trova motivi di liceità:

Nihilominus est quarta conclusio nostra: Servitus legalis est licita. Ubi notandum quod dupliciter potest contingere ista servitus sicut dupliciter potest transferri dominium rerum, scilicet per voluntatem domini et per legem. Uno modo: Si quis paupertate compulsus venderet se [...] Secundo modo introducta est servitus iure belli

---

<sup>(56)</sup> Luis de Molina (Cuenca, 1535-Madrid, 1600) entrò nella Compagnia di Gesù, nel 1553, ad Alcalá. Compiuti i suoi studi, insegnò filosofia a Coimbra (1563-1567) e teologia ad Evora (1568-1583). Per poter curare la pubblicazione dei suoi corsi universitari, ritornò a Cuenca, sua città natale. Ma fondata (1600) una nuova cattedra di teologia morale a Madrid, vi fu chiamato dal visitatore della provincia di Toledo; subito dopo morì.

<sup>(57)</sup> L. DE MOLINA, *Concordia*, q. 14, a. 13, d. 3: «Hunc statum nunquam homo habuit, neque unquam habebit: Philosophi tamen naturales in eo crediderunt hominem fuisse conditum» (ediz. J. RABENECK, p. 19).

<sup>(58)</sup> H. DE LUBAC, *Agostinismo e teologia moderna*, cit., pp. 271-272, osserva: «L'espressione stessa: "stato di natura pura", nel senso che doveva un giorno prevalere, sarebbe apparsa contraddittoria, perché una "natura pura" non poteva esser che una natura considerata secondo i suoi soli principi specifici, nella sua essenza, astrattamente; mentre uno "status" suppone una realizzazione, qualificata in qualche modo. Ma a partire dal sec. XVI, questa contraddizione non sarà più avvertita. Il significato preciso della parola "status" si attenuerà. Per un miscuglio dei due punti di vista, concreto e astratto, si aggiungerà questo "stato di natura pura" nelle antiche liste».

[...] Et quod utraque servitus sit licita, probatur: Nam licitum est servare vitam per talem captivitatem, scilicet tradendo libertatem, quia maior est vita quam libertas <sup>(59)</sup>.

## 5. La categoria della *lex naturalis*: Juan Ginés de Sepúlveda

[I giuristi e i filosofi] Juan Ginés de Sepúlveda <sup>(60)</sup> introduce invece, rispetto a Soto, un altro genere di distinzione: quello tra la *servitus* quale intendono i giuristi e la *servitus* quale intendono i filosofi:

Ego vero iureconsultos et serio agere et prudentissime praecipere dico, tamen servitutis appellatione res longe diversa a iure peritis, quam a philosophis declaratur. Illi enim adventitiam quamdam et ab hominum vi iureque gentium et interdum civili profectam conditionem, philosophi tarditatem insitam et mores inhumanos ac barbaros nomine servitutis appellant <sup>(61)</sup>.

Se la condizione di barbarie - osserva Domenico Taranto <sup>(62)</sup> - sembrava postulare la schiavitù, connettendo, nella filosofia aristotelica, l'immagine della privazione della ragione alla necessità del suo dominio, in quella di Sepúlveda detta postulazione viene rafforzata dalla connessione tra *servitus* e peccato. I peccati degli *indios* non erano legati solamente al fatto di essere *infideles*, ma a un *quid* più radicato e profondo, alla loro sistematica violazione della *lex naturalis*. Se in Grecia la dominazione sembrava richiesta dalla *ratio* naturale, una ulteriore giustificazione della servitù sembrava scaturire dal campo della fede. Era la fede che, segnalando quanto l'idolatria dispiacesse al Dio della tradizione ebraico-cristiana, sembrava richiedere l'intervento repressivo-correttivo dei titolari della vera religione. Quello che giustificava la conquista e la coazione riguardo agli infedeli era allora, in primo luogo, mettere termine alle offese arrecate a Dio dagli *indios* con la loro idolatria, in secondo luogo un esercizio riparatorio rispetto a quelle offese, ottenuto attraverso il castigo. Se gli *indios* si fossero limitati a non avere la fede nel vero Dio, questo loro permanere nello *status naturae lapsae*, riconducibile ad un ritardato annuncio del Vangelo, li avrebbe scusati nella loro ignoranza, in quanto, almeno per i secoli precedenti, invincibile. La mancata predicazione del Vangelo non poteva certo essere ascritta a colpa degli abitanti delle Americhe e su questa base l'unica ad essere legittimata sarebbe stata la semplice predicazione.

[Legge naturale e legge eterna] Per Sepúlveda, di conseguenza, gli *indios* non erano né completamente innocenti (e bisognosi solo di ascoltare la predicazione del Vangelo), né apostati di una verità che di fatto non avevano né conosciuto né consapevolmente rifiutato; tuttavia dovevano essere costretti, ma non per la fede che non avevano, bensì più semplicemente per il rispetto dovuto alla *lex naturalis*. La natura, infatti, si traduce

---

<sup>(59)</sup> D. DE SOTO, *Relección «De Dominio»*, n. 25 (ediz. J. BRUFAU PRATS, pp. 130-134).

<sup>(60)</sup> Juan Ginés de Sepúlveda (Pozoblanco [Cordova], 1490-ivi, 1573), storiografo spagnolo, dopo avere studiato a Bologna ed aver vissuto a Roma e a Napoli, ebbe la carica di storiografo da Carlo V, per cui scrisse *De rebus gestis Caroli V*, e successivamente *De rebus gestis Philippi II*. Compì inoltre varie traduzioni, fra cui quella della *Politica* di Aristotele.

<sup>(61)</sup> J. GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrate secondo*, I, 5, 2 (ediz. D. TARANTO, pp. 30-32).

<sup>(62)</sup> D. TARANTO, *Juan Ginés de Sepúlveda e le "ragioni" della conquista*, Introduzione al *Democrate secondo*, cit., p. XLII-XLIII.

nella legge e se questa sembra poter essere conosciuta ed obbedita, come un celebre passo di S. Paolo pare autorizzi a supporre <sup>(63)</sup>, anche da parte di chi non l'ha ancora espressamente ricevuta, in quanto inscritta nel cuore di ogni uomo, la costante sottrazione degli *indios* ai dettami della legge naturale, può venire interpretata come una colpa e dunque essere punita. Da questo consegue che se la fede non può essere frutto della coercizione, quest'ultima può però essere impiegata per impedire quelle azioni turpi che offendono insieme Dio e la natura. Se c'è un punto sul quale Sepúlveda ha sempre insistito nel corso della sua vita, questo è rappresentato dalla connessione tra ordine, legge naturale e legge eterna <sup>(64)</sup>.

Legem naturalem philosophi eam esse definiunt: «Quae ubique habet eandem vim, non quia sic placuit»; aut secus, theologi aliis verbis, sed eodem pertinentibus in hunc modum: «Lex naturalis est participatio legis aeternae in creatura rationis compote». Porro lex aeterna, ut definit Augustinus, est voluntas Dei, «quae ordinem naturalem conservari iubet, perturbari vetat». Huius autem legis aeternae particeps est homo per rectam rationem et pronitatem ad officium et virtutem. Nam licet homo per appetitum sit pronus ad malum, tamen per rationem ad bonum est proclivis <sup>(65)</sup>.

[Il sistema di S. Tommaso] Sepúlveda menziona qui S. Agostino. Ma è il sistema tomista delle leggi (*lex aeterna, lex naturalis, lex divina e lex humana*) quello imperante di riferimento nella Seconda Scolastica. La legge umana rinviava essenzialmente, nella concezione di Tommaso, come a suo punto di riferimento, alla legge naturale; cioè la legge umana non era comprensibile nel suo valore, se non si rifaceva alla legge naturale. Ma qual è la legge naturale? Quali sono i suoi contenuti? Qui si apre un grave problema, nel quale sta forse il germe dei motivi di differenza fra un S. Tommaso e un Sepúlveda. La legge naturale - diceva l'Aquinate - è rappresentata da quei princìpi che si trovano insiti nella natura dell'uomo, e per conoscere la legge naturale l'uomo dispone del suo principale strumento conoscitivo, la ragione. Ma la ragione dell'uomo si articola in due grandi categorie: la *ratio speculativa* e la *ratio practica*. La ragione può o avere un atteggiamento eminentemente speculativo, di pura conoscenza, oppure può essere usata dall'uomo come guida del proprio comportamento. Secondo il *Doctor Angelicus*, il modo di procedere della ragione, tanto speculativa quanto pratica, è parallelo: la *ratio speculativa* (e ne abbiamo l'esempio migliore nella matematica) ha alcuni princìpi fondamentali, autoevidenti, dai quali discende, costruendo, attraverso una serie di dimostrazioni, l'intero sistema. Lo stesso modo di procedere, secondo Tommaso, è della *ratio practica*. La ragione pratica intuisce la verità di alcuni princìpi fondamentali, e da questi deduce, con rigore più o meno grande, i precetti dell'agire morale, cioè i dettami della *lex naturalis*.

Per Tommaso c'è un unico fondamentale principio autoevidente, a cui è sospeso tutto il mondo della morale e del diritto: il bene deve essere fatto, ed il male deve essere evitato («*bonum faciendum, malum vitandum*»). Questo è un principio di cui l'uomo intuisce la bontà, ma non è dimostrato sillogisticamente. Da questo principio «*bonum faciendum, malum vitandum*» si possono ricavare altri princìpi più concreti (ad esempio:

---

<sup>(63)</sup> Rm 2, 14-15; su cui v. G. FASSÒ, *Sant'Agostino e il giusnaturalismo cristiano* (1964), ora in *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. PATTARO et alii, Milano, 1982, vol. II, pp. 749-759 (e rifiuto in *La legge della ragione*, Bologna, 1964, cap. I).

<sup>(64)</sup> Cfr. D. TARANTO, *Juan Ginés de Sepúlveda e le "ragioni" della conquista*, Introduzione al *Democrate secondo*, cit., pp. XLIII-XLIV.

<sup>(65)</sup> J. GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrate secondo*, I, 3, 1 (ediz. D. TARANTO, p. 18).

il rispetto della vita altrui, il rispetto della proprietà altrui, l'obbligo di dire la verità). E discendendo ancora, si possono deduttivamente ricavare altri precetti che sono sempre più determinati e circoscritti.

Ma la legge naturale, come ricorda lo stesso Sepúlveda, è una *partecipazione* della legge eterna: quindi è inserita in una cornice più ampia e misteriosa, perché la legge eterna, nella sua totalità, è conosciuta solo da Dio e dai Beati. La legge naturale è quella parte della legge eterna che l'uomo può conoscere attraverso la propria ragione. La legge naturale allora è un qualcosa che veramente può essere precisato in modo simile alla matematica, cioè con una *ratio practica* che agisce come la *ratio speculativa*? Si è rilevato che proprio perché la legge naturale è *parte* di un tutto sconosciuto, non si potrà mai dire che l'uomo ha una conoscenza esaustiva della legge naturale, proprio perché, mancando i termini di confronto tra parte e tutto, mancano i presupposti essenziali di una conoscenza esaustiva. La legge naturale, in quanto parte di una legge che nella sua totalità è misteriosa, è rivelatrice di una verità che da un lato esiste, ma che dall'altro l'uomo non può mai pretendere di conoscere totalmente; e quindi in questo senso è possibile un'interpretazione di Tommaso coerente con la posizione critica agostiniana <sup>(66)</sup>. Ma non sembra essere questa la lettura che Sepúlveda ne dà.

**[Sepúlveda: il diritto naturale della forza]** Per Sepúlveda (che riprende Aristotele), in forza della legge naturale, i migliori devono comandare. E i migliori finiscono qui per essere i più forti, in definitiva gli Spagnoli.

Quae imperia, cum sint diversa, tamen cum recta ratione constant, omnia nituntur iure naturae, vario quidem, sed profecto, ut docent viri sapientes, ab uno principio a instituto naturali, ut perfecta imperfectis, fortia debilibus, virtute praestantia dissimilibus imperent ac dominantur. Quod est usque adeo naturale, ut in cunctis rebus, quae ex pluribus sive continuis sive divisis consistant, alterum, quod potius scilicet est, tenere imperium, alterum subiectum esse videamus, ut philosophi declarant [...] Tum eodem modo in ipsa anima partem rationis compotem praeesse atque imperio fungi civili tamen, illam alteram rationis expertem subesse imperio et obtemperare, et cuncta id facere decreto illo ac lege Dei et naturae, ut perfectiora et potiora imperium teneant in dissimilia et imparia <sup>(67)</sup>.

C'è dunque anche dietro il pensiero di Sepúlveda un diritto naturale che regge gli ordinamenti positivi, ma è il diritto naturale della forza: questo autentica le variazioni della storia, e fa diventare validi i sistemi di norme sanzionatorie che la forza escogita. Questo diritto si sistema e si organizza nelle norme che dispongono le sanzioni, nei sistemi di norme mediante le quali l'adempirsi della volontà della forza è assicurato stabilmente nei dettagli dell'azione singola e in tutte le situazioni del concreto. Una volta posto il diritto come forza, è evidente che non c'è più luogo a «natura» del diritto, a «natura» della persona; non c'è più luogo ad un limite interno che nasca nel diritto dalla sua stessa natura o struttura. Non c'è che un principio giuridico fondamentale, il principio del diritto come forza. Tutto quello che la forza impone è diritto <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009, pp. 89-99.

<sup>(67)</sup> J. GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrate secondo*, I, 5, 2-3 (ediz. D. TARANTO, p. 33).

<sup>(68)</sup> Cfr. per analoga critica a posizioni formalistiche novecentesche, G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. V, pp. 331-332.



[In conclusione: gli omuncoli] Ed ecco la terribile conseguenza. Gli *indios* sono solo omuncoli, persone di razza inferiore:

Confer nunc cum horum virorum prudentia, ingenio, magnitudine animi, temperantia, humanitate et religione homunculos illos, in quibus vix reperias humanitatis vestigia, qui non modo nullam habent doctrinam, sed ne litteris quidem utuntur aut noverunt, nulla retinent rerum gestarum monumenta, praeter tenuem quandam et oscura nonnullarum rerum memoriam, picturis quibusdam consignatam, nullas leges scriptas, sed instituta quaedam et mores barbaros <sup>(69)</sup>.

## 6. La categoria della *iurisdictio*: Bartolomé de Las Casas

[Le prime quattro ragioni a difesa] Contro una siffatta concezione, si leva decisa la difesa di Bartolomé de Las Casas <sup>(70)</sup>. Anzitutto nell'*Apologia* gli obiettivi generali sono definiti chiaramente sin dall'inizio dell'opera:

Quattro sono le questioni che, per portare a termine pienamente il mio proposito, devono essere qui trattate. In primo luogo, confuterò l'opinione di Sepúlveda che pretende giustificare la guerra contro gli *indios* perché essi sono barbari, rudi, indocili e privi di organizzazione politica (*politiae expertes*). In secondo luogo, dimostrerò che Sepúlveda, con sicurissima perdita della sua anima, si sbaglia ad insegnare che la guerra contro gli *indios* sia giusta per punire i loro crimini contro la legge di natura, soprattutto l'idolatria e i sacrifici umani. In terzo luogo, impugnerò il terzo argomento nel quale Sepúlveda insegna che si può muovere incondizionatamente guerra a quei popoli per liberare degli innocenti. In quarto luogo, mostrerò quanto sia aliena alla dottrina evangelica e alla pietà cristiana la sua quarta proposizione, con la quale insegna che la guerra contro gli *indios* è giusta perché dilata le frontiere della religione cristiana e apre la via ai messaggeri e ai predicatori del Vangelo <sup>(71)</sup>

Successivamente, verso la fine della sua vita, Las Casas combatterà la sua ultima grande battaglia contro le pretese dei *conquistadores* di ottenere dalla Corona la perpetuità dell'*encomienda*. Il *De regia potestate* si distingue, all'interno della produzione lascasiana, per una inconsueta sobrietà e rigore di esposizione che l'avvicina, nello stile e nell'organizzazione degli argomenti, alle *relectiones* dei teologi salmaticensi <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> J. GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Democrate secondo*, I, 10, 1 (ediz. D. TARANTO, p. 54).

<sup>(70)</sup> **Bartolomé de Las Casas** (Siviglia, 1474-Madrid, 1566), missionario spagnolo domenicano, soprannominato l'*Apostolo delle Indie*, già laureato in Giurisprudenza, fu indotto a prendere gli ordini sacri da una predica di un altro domenicano, A. de Montesinos, e cominciò l'evangelizzazione degli Indios, che difese strenuamente, meritandosi grande affetto e venerazione. Lottò per l'abolizione dell'*encomienda*, che permetteva lo sfruttamento degli Indios, per cui si vide scatenare contro una guerra aperta da parte dei governatori e funzionari locali. Ottenne l'intervento diretto della corte spagnola, fu nominato *Protector general de todos los Indios*, ma in pratica poté concludere ben poco.

<sup>(71)</sup> B. DE LAS CASAS, *Apologia*, II, 10 (ediz. a cura di A. LOSADA, in *Obras completas*, vol. IX, Madrid, 1988, p. 72; trad. it. di G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo*, cit., pp. 166-167).

<sup>(72)</sup> Il *De regia potestate* sarà pubblicato per la prima volta, postumo, a Francoforte nel 1571.

[La *iurisdictio*] Il punto di partenza dell'intera argomentazione in generale, e il ricorso alla *iurisdictio* in particolare, era ripreso dalla dottrina giuridica medioevale, secondo la quale tutte le cose e le persone erano originariamente libere in virtù della natura razionale dell'uomo che lo rendeva un essere intrinsecamente libero. Con l'obliterazione in Occidente della compilazione giustiniana, il termine *iurisdictio* era scivolato nell'ombra; ma la riscoperta del *corpus* giustiniano aveva fornito ad una società in piena trasformazione e venata da profonde inquietudini, e ad un nuovo ceto in ascesa, quello dei giuristi laici, le chiavi per l'elaborazione di un universo mentale completamente nuovo: la nascita della giurisprudenza come sapere autonomo <sup>(73)</sup>.

Così in un primo contesto, Irnerio, caposcuola dei Glossatori, aveva definito il termine così: «*Iurisdictio est potestas cum necessitate iuris s. reddendi equitatisque statuende*» <sup>(74)</sup>; mentre per il principe dei Commentatori, Bartolo da Sassoferrato, «*iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis [...] statuendae*» <sup>(75)</sup>. Tutte queste definizioni gravitavano intorno ad un referente, la *potestas*. Questo procedimento si inseriva nel contesto *iudicare-iudicari*, il dire «con necessità» il diritto per pubblico incarico. *Iurisdictio* era dunque un rapporto di potere, ed in particolare un rapporto tra disuguali, come risultava evidente dalla formula di S. Tommaso:

Cum per iurisdictionem aliquid constituatur in gradu superioritatis respectu eius in quem habet iurisdictionem, quia est iudex eius, ideo nullus habet in seipsum vel superiorem vel aequalem iurisdictionem <sup>(76)</sup>.

Questo rapporto si specificava poi ulteriormente, in un testo di Egidio Romano <sup>(77)</sup>, come dominio: chi giudica domina. Il contenuto di potere implicito nel giudicare veniva così posto in luce, senza rinunciare all'idea per la quale la giurisdizione è giudizio.

In un secondo contesto, l'ambito della *iurisdictio* si specificava invece come gravitante intorno ad *imperium*. Così recitava un'altra glossa di Irnerio: «*imperium: sine quo nulla esset iurisdictio*» <sup>(78)</sup>. *Iurisdictio* non indicava più solamente un rapporto disuguale tra due soggetti, ma, associata alla *coërcitio*, individuava non più la totalità del rapporto, ma una sua dimensione ben precisa, «quella a cui la disuguaglianza della relazione può permettere di esercitare la coercizione» <sup>(79)</sup>. Il collegamento con *imperium* precisava ed arricchiva il termine *iurisdictio*, completandolo con l'aspetto

---

<sup>(73)</sup> Cfr. H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, I: Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., Bologna, 1998.

<sup>(74)</sup> IRNERIO, *Ad Digestum Vetus, De iurisdictione*, ad rubr. (ediz. a cura di E. BESTA, *L'opera di Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano, II: Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, 1896, p. 20).

<sup>(75)</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1585, ad l. *Ius dicentis*, ff. *De iurisdictione*.

<sup>(76)</sup> TOMMASO D'AQUINO, *IV Sententiarum*, d. 18, q. 2, a. 3; sul tema v. O. DE BERTOLIS, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in San Tommaso*, Roma, 2005, pp. 82-90.

<sup>(77)</sup> EGIDIO ROMANO, *De ecclesiastica potestate*, I, c. 2: «Ille omnia iudicabit, idest omnibus dominabitur et non poterit a nemine iudicari, idest nullus poterit sibi dominari» (ediz. a cura di R. SCHOLZ, *Aegidius Romanus. De ecclesiastica potestate*, Leipzig, 1961<sup>2</sup>, p. 8).

<sup>(78)</sup> IRNERIO, *glo. Imperium ad l. Quocumque*, ff. *De officio eius cui mandata* (ediz. E. BESTA, *L'opera di Irnerio*, II, p. 19).

<sup>(79)</sup> P. COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 112; a questa pregevole opera sono attinte le diverse citazioni degli Autori medioevali.

sanzionatorio e coercitivo del potere, mentre, al tempo stesso, *iurisdictio* passava a significare una relazione a contenuto fisso di potere giurisdicente, e non più a contenuto variabile, come in origine. In tal senso il termine veniva impiegato da Guglielmo d'Ockham:

De iurisdictione autem temporalis, si accipiatur generalissime [...] pro omni potestate regendi et coercendi alios tamquam subiectos videtur dicendum, quod aliqua introducta est ex iure divino et naturali et aliqua ex iure humano <sup>(80)</sup>.

Al contempo la relazione di potere, con Bartolo, veniva ad afferire più nitidamente al potere politico, secondo quanto abbiamo già visto:

iurisdictione est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et equitatis, *tamquam a persona publica*, statuendae <sup>(81)</sup>.

Se *iudicare* non era dunque equivalente al moderno giudicare, ma nei diversi contesti equivaleva a «processo di potere», allora *iudicare* finiva per significare anche *legem condere*, poiché del processo di potere la norma costituiva un momento basilare. Anche se non si trattava di una norma creata, ma piuttosto recepita, un riflesso dell'ordine naturale nello specchio della *iurisdictio* legata al potere pubblico <sup>(82)</sup>.

Questo grande tema viene ripreso e sviluppato da Las Casas con riferimento al potere dell'Imperatore e del re. Egli nega che appartenga alla *potestas* regale il *dominium*, cioè la proprietà sulle cose e sulle persone dei sudditi; all'Imperatore e al re compete solo la *iurisdictio*, che è una realtà ben diversa dal *dominium*:

Ex quibus colligitur secundum doctores quod nec reges nec imperator fundant intentionem suam super rebus singulorum hominum, et possessionibus ipsarum rerum, seu provinciarum, seu terrarum sitis in eis, nec super utili, nec super directo dominio. Unde illarum possessores non possunt dici respectu illarum vassalli regum vel dominorum, sed tantum subsunt, vel dicuntur subditi vel subiecti dominis vel regibus locorum, quantum ad iurisdictionem <sup>(83)</sup>.

L'intendimento sotteso era quello di vanificare le pretese dei *conquistadores* e in particolare degli *encomenderos*, sulle persone e sulle proprietà degli *indios* e allo stesso tempo di garantire la suprema autorità dell'Imperatore come difensore e protettore degli *indios*, in quanto liberi sudditi della Corona. La posizione di Las Casas verso i teologi curiali del Medioevo, e in particolare verso Enrico da Susa (l'Ostiense), è duplice: da una parte egli concorda nell'affermare che l'Imperatore «*est dominus orbis et rex in suo regno*», accettando quindi (a differenza del Vitoria) la dottrina del potere universale dell'Imperatore e del Papa su tutto il mondo; dall'altra però se ne distingue, perché

---

<sup>(80)</sup> GUGLIELMO D'OCKHAM, *Breviloquium de principatu tyrannico*, l. III, c.11 (ediz. a cura di R. SCHOLZ, *Wilhelm von Ockham als politischer Denker und sein Breviloquium de principatu tyrannico*, Stuttgart, 1952<sup>2</sup>, p. 131; trad. it. *Breve discorso sul governo tirannico*, a cura di A. SALERNO, Milano, 2000, p. 143 ).

<sup>(81)</sup> V. *supra*.

<sup>(82)</sup> Ho seguito la ricostruzione di P. COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 95-184, e di O. DE BERTOLIS, *Giustizia e giurisdizione nel mondo giuridico medievale* (2008), ora in *La moneta del diritto*, Milano, 2012, pp. 134-140.

<sup>(83)</sup> B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, I, II, 1 (ediz. L. PEREÑA, p. 23).

interpreta la *potestas universalis* non come *dominium*, ma come *iurisdictio* e concepisce l'Imperatore come un potere supremo a difesa e protezione del mondo e della Chiesa<sup>(84)</sup>.

In questo v'è una certa vicinanza col pensiero di Bartolo da Sassoferrato, la cui concezione dell'Imperatore riproduce quella di Accursio.

Ego dico quod Imperator est dominus totius mundi vere. Nec obstat quod alii sunt domini particulariter, quia mundus est universitas quaedam; unde potest quis habere dictam universitatem, licet singulae res non sint suae<sup>(85)</sup>.

Se si tiene conto che «*dominium aequiparatur iurisdictioni*», il pensiero bartoliano dispiegava la sua coerenza nel connettere il processo di potere («*iurisdictio*») al dominio del «*mundus*» (che è «*universitas quaedam*»), sottolineando così la universalità del processo del potere verticale valido<sup>(86)</sup>.

Nulla subiectio, nulla servitus, nullum onus unquam impositum fuit, nisi populus qui subiturus illa onera erat, impositioni eiusmodi voluntarie consentiret. Immo a principio idem populus ea constituit cum ipso principe, probatur. Ab initio omnis res, omnis populus fuit liber; si contra populi vel privati dominii alicuius rei voluntatem imponerentur, forent absque dubio violenta, et sic prohiberetur populus uti sua libertate, quae de iure naturali competeat<sup>(87)</sup>.

[La sovranità] L'origine del potere regale viene identificata chiaramente nel consenso popolare. Possiamo osservare come Las Casas usi il tempo all'indicativo passato, come se facesse riferimento ad un fatto effettivamente realizzatosi nel tempo storico: la sua ricostruzione infatti è modellata sulla storia di Roma così come viene tracciata nel *Digesto*, ma è, allo stesso tempo, una «storia ideale», coerente con i principi anteriormente esposti della libertà naturale di tutti gli uomini e del potere meramente giurisdizionale dei principi. Il principe non ha il potere di imporre oneri al popolo senza il suo consenso, perché il suo potere trae origine direttamente dal popolo<sup>(88)</sup>:

Unde imperium immediate processit a populo, et populus fuit causa effectiva regum seu principum, aut quorumcumque magistratum, si iustum habuerunt, ingressum. Ergo si populus fuit causa effectiva seu efficiens, et finalis regum et principum, ut a populo per liberam electionem originem duxerunt, non potuerunt imponere populo a principio nisi tributa et servitia quae ipsi populo grata essent, et quorum impositioni libenter populus consensisset<sup>(89)</sup>.

E ancora:

---

<sup>(84)</sup> B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, I, IV, 1 (ediz. L. PEREÑA, p. 30). Cfr. G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo*, cit., pp. 195-196.

<sup>(85)</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1585, *ad l. Post actiones, v. Per hanc autem, ff. De rei vindicatione*.

<sup>(86)</sup> Cfr. P. COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 197.

<sup>(87)</sup> B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, I, IV, 1 (ediz. L. PEREÑA, p. 33).

<sup>(88)</sup> Cfr. G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo*, cit., pp. 197-198.

<sup>(89)</sup> B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, I, IV, 3 (ediz. L. PEREÑA, p. 34).

Antequam fuissent reges et magistratus, omnia bona praedicta totius communitatis erant, et ad ipsam iure naturae pertinebant. Populus prior fuit natura et tempore ipsis regibus. Sed populus tenebatur exhibere de publico aliqua ex quibus rex sustentari possit. Ergo populus praedicta iura regalia fecit vel decrevit <sup>(90)</sup>.

L'Imperatore veniva collocato all'apice del processo verticale del potere, condizione concreta di validità, ma il contenuto della sua situazione di potere non era stato toccato. L'imperiale «*dominium mundi*» era già stato al centro nell'XI secolo di una polemica che aveva interessato la *Scuola di Bologna* alle sue origini. Vi comparivano tanto il significato razionalmente enunciabile quanto la connotazione emotiva di esso. Il primo era il rovescio positivo delle definizioni negative della sovranità proprie dei contesti in vigore: l'Imperatore era sovrano non solo perché *non* era validamente dominato da altri, ma anche perché dominava (validamente) tutto il mondo. Qui però si innestava un altro aspetto: il senso dell'unità del mondo. Il processo di potere di cui l'Imperatore era sovrano non era un processo di potere qualsiasi, ma aveva, come zona di accadimento, il mondo intero. Possiamo dire che l'Impero romano era «sacro» soprattutto in queste manifestazioni, e lo era non retoricamente, ma per intima partecipazione: l'Impero era coinvolto in un movimento di sacralizzazione. Le istanze universalistiche attenevano, anch'esse, alla sfera della legittimità. Ora però ne vediamo un riflesso nella rappresentazione del processo di potere: questo, per essere valido, è universale; e viceversa, proprio perché è valido è universale <sup>(91)</sup>.

[**Conclusione**] In conclusione, le concezioni di Vitoria e di Soto, di Sepúlveda e di Las Casas, nonostante alcune affinità di temi, di linguaggio e di concetti sono diverse non solo tra loro, ma anche da quelle della *Scuola del diritto naturale moderno* perché rimangono all'interno delle categorie dell'aristotelismo politico interpretato alla luce dell'universalismo cristiano. L'aristotelismo forniva ancora le *categorie politiche* fondamentali, mentre le dottrine dei Commentatori conferivano le *categorie giuridiche*, garantendo il fondamento e l'efficacia legale <sup>(92)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, I, IV, 3 (ediz. L. PEREÑA, p. 35).

<sup>(91)</sup> Cfr. P. COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 194-195.

<sup>(92)</sup> Cfr. G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo*, cit., pp. 204-