

MASSIMO MECCARELLI

LA NUOVA DIMENSIONE GEOPOLITICA
E GLI STRUMENTI GIURIDICI DELLA
TRADIZIONE: APPROCCI AL TEMA DEL
IUS BELLI E DEL *IUS COMMUNICATIONIS*
NELLA SECONDA SCOLASTICA



giuffrè editore - 2009

Estratto dal volume:

«IUS GENTIUM IUS COMMUNICATIONIS IUS BELLI»

ALBERICO GENTILI

E GLI ORIZZONTI DELLA MODERNITÀ

ATTI DEL CONVEGNO DI MACERATA

*IN OCCASIONE DELLE CELEBRAZIONI DEL QUARTO CENTENARIO DELLA MORTE
DI ALBERICO GENTILI (1552-1608)*

Macerata, 6-7 dicembre 2007

A cura di
LUIGI LACCHÈ

Prof. MASSIMO MECCARELLI *

*La nuova dimensione geopolitica
e gli strumenti giuridici della tradizione:
approcci al tema del ius belli e del ius communicationis
nella seconda scolastica*

* Università di Macerata

1. *I contorni di un problema.*

Quando una percezione del mondo si misura con i propri limiti, nascono nuove concezioni ordinanti. È in questo vincolo costruttivo che si svolge il processo di trasformazione dei sistemi di pensiero in età moderna. Il percorso sappiamo è tutt'altro che lineare. I contesti — culturali, spirituali, economici, geopolitici — su cui poggiano le elaborazioni teoretiche, si sono differenziati; la funzione centrale della riflessione giuridica è irreversibilmente messa in discussione, rispetto al suo solido inquadramento medievale. Essa va ripensata; le risposte anche a questo livello non sono uniformi.

La difficoltà, e al contempo l'estrema produttività, del momento è ben apprezzabile nella tarda scolastica spagnola dei secoli XVI e XVII. Essa offre un contributo importante al problema della riscrittura dell'ordine giuridico.

I numerosi studi dedicati al tema hanno già evidenziato l'influenza di questi approcci sulle grandi tendenze che hanno trasformato l'orizzonte giuridico e politico europei ⁽¹⁾. Tuttavia la rilevanza di quella riflessione non si esaurisce in una fecondazione più o meno diretta dei percorsi del pensiero giuridico e politico strutturanti la modernità.

La seconda scolastica infatti conduce battaglie proprie, è portatrice di progetti propri; essa rappresenta cioè un modo originale di interpretare la domanda di modernizzazione ⁽²⁾, esprimendo un punto di vista che appare di per sé rilevante per il nostro problema.

¹⁾ Vi abbiamo fatto riferimento in M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, a cura di C. STROM, H. DE WALL, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 285-311.

²⁾ Cfr. K. SEELMANN, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne: die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Baden Baden, Nomos, 1997; V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004.

Come sappiamo, in realtà, non esiste un approccio unitario della Seconda scolastica; le differenze tra obiettivi, strategie e presupposti sono in certi casi rilevanti. Il periodo storico in cui tale orientamento teologico si sviluppa è relativamente esteso; gli ambienti della sua elaborazione (si pensi a quello domenicano e a quello gesuita) non sono sempre dello stesso tipo; i singoli teologi, anche dello stesso ordine, si sono trovati in certi casi in contrapposizione.

Accanto al tale sensibile grado di diversificazione degli approcci c'è però un *humus* condiviso, che è quello che ci interessa qui cogliere. Non ci si riferisce tanto al comune ancoraggio a San Tommaso (il cui insegnamento è peraltro interpretato da ciascuno in modo originale), quanto ad una epistemologia comune.

Lo scenario configuratosi nel secolo XVI è noto; una generale tendenza su questo terreno sta sottoponendo l'autonomia del diritto di conio medievale ad un doppio processo di erosione: sotto l'aspetto delle dinamiche reali di sviluppo del diritto, si profila un crescente protagonismo della politica; sotto l'aspetto dei rapporti tra saperi e processi di costruzione del nuovo ordine, si assiste alla enucleazione di un pensiero politico che si affranca dagli ambiti semantici del giuridico.

La seconda scolastica non è affatto estranea a tale vicenda. Con riferimento al primo profilo essa è impegnata a fissare i presupposti teorici degli orientamenti strategici della Chiesa cattolica durante e dopo il Concilio di Trento; la direzione seguita consiste nell'accogliere la prospettiva di un dimensionamento statale del potere politico, senza però rinunciare a riconoscere una dimensione universale all'autorità papale³⁾. Questo tratto si riflette inevitabilmente sulla concezione dell'ordine sociale e costituzionale.

Con riferimento al secondo profilo, come cercheremo di mostrare, la tarda scolastica rinnova il rapporto tra scienze giuridiche, teologiche e politiche in una direzione che non punta immediata-

³⁾ Cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 269 ss.; ID., *Il Concilio di Trento di fronte alla politica e al diritto moderno*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. PRODI, W. REINHARD, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 15-25; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 161-162; N. BRIESKORN, *Lex Aeterna. Zu Francisco Suarez' Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, in *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur spanischen Spätscholastik*, a cura di F. GRUNERT, K. SEELMANN, Tübingen, Niemeyer, 2001, pp. 49 ss., e nello stesso volume R. SPECHT, *Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit*, pp. 3-17.

mente alla derubricazione del ruolo della *scientia iuris* ma semmai ne fa strumento di attuazione di certe linee programmatiche, individuate con la teologia, per costruire la nuova dimensione politica.

Si coglie bene tutto ciò se si guarda ai modi di impiego di strumenti e categorie (e fonti) del mondo giuridico medievale e più ampiamente del mondo del *ius commune*.

Nel seguito si vorranno illustrare due esempi e cercare di spiegarne la valenza strategica per quel programma di modernizzazione, mettendoli in relazione con la dottrina dello *ius communicationis* e dello *ius belli*, per poi trarre qualche conclusione sulla rappresentazione del rapporto tra dimensione giuridica, teologica e politica.

2. *Il formato giuridico del potere politico.*

Partiamo dunque da categorie reimpiegate, come *iurisdictio* e *lex*, particolarmente rilevanti nella prospettiva della emersione del moderno (4): la tendenza al primato della politica determinerà la trasformazione di *lex* in legge (cioè in uno strumento di enunciazione di una volontà politica) e la snaturazione di *iurisdictio* in giurisdizione (di modo che l'amministrazione della giustizia corrisponda ad un'attività di applicazione della legge/volontà, confermandone il primato); entrambe cesseranno di costituire un dispositivo di estrinsecazione di una dimensione ontica del diritto.

2.1. *La nozione di lex tra volontà ed effettività.*

È vero che nella trattazione degli scolastici il *condere legem* è un profilo qualificante la nuova silhouette giuridica del potere politico (5). Tuttavia, a ben vedere, la nozione di *lex* ancora mantiene

4) Riprendiamo qui, in una cornice tematica più articolata e con qualche integrazione, alcune analisi e osservazioni già svolte in M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne*, cit.

5) Si pensi a F. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Lugduni, 1613, lib. I, cap. VIII, nn. 6-9, quando sottolinea che il *condere legem* « unus est ex principalibus actibus gubernationis reipublicae ». Si vedano inoltre *Ibidem*, lib. III, cap. I, nn. 4-7; D. DE SOTO, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582, lib. I, quaestio I, art. III post princ.; L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, Coloniae Agrippinae - Moguntiae, 1614, Tractatus V, disput. 68, n. 2. Cfr. M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde*

forte l'ancoraggio, di impronta tomistica, ad una dimensione oggettiva, anche quando si inoltra verso prospettive giusnaturalistiche e volontaristiche (6).

È significativo ad esempio riscontrare come venga conservato il principio per cui la *potestas condendi legem*, avendo un fondamento divino, non può operare mai *sine ratione*, con la conseguenza che dove la *ratio legis* cessi la *lex* non obbliga (7). Emblematico in questo senso è un passo di Juan de Mariana che riflette criticamente sulla *legum multitudinem* e sui problemi che ha posto (8).

Ugualmente si riconosce il primato della *iustitia* nella conformazione dello *ius*, secondo la massima « *ius est objectum iustitiae* » (9) o si afferma il principio del carattere non vincolante della *lex iniusta* poiché « *lex iniusta non est lex* » (10).

Scholastique, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. GROSSI, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 60-67; V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., pp. 268 ss.

6) Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, II: Letà moderna*, Bologna, il Mulino, 1968, pp. 82-89; F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, Cedam, 1973, pp. 84-86; CH. BERGFELD, *Katholische Moralthologie und Naturrechtslehre*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di H. COING, München, Beck's, 1977, Bd. II/1, p. 1018; P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, pp. 18-19; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, pp. 360-364.

7) F. DE VITORIA, *Relectiones theologicae XII in duos tomos divisae*, Lugduni, 1557, to. I, *Relectio de potestate civili*, n. 22; F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. VI, cap. IX, lib. III, cap. XX, nn. 10-11, lib. I, cap. VIII, nn. 9 ss.; L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., *Tractatus V*, disput. 68, n. 2; J. DE MARIANA, *De rege et regis institutione*, Toledi, 1599, lib. I, cap. II, p. 23.

8) J. DE MARIANA, *De rege et regis institutione*, cit., pp. 23-24.

9) D. DE SOTO, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., lib. III, quaestio I, art. I-III, fol. 67b-68a. M. SCATTOLA, *Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der 'res scholastica' in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto*, in F. GRUNERT, K. SEELMANN (a cura di), *Die Ordnung der Praxis*, cit., pp. 30-34.

10) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. XIX, n. 11. Anche F. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiae usu frequentium*, Francofurti ad Moenum, 1599, lib. I, cap. I, nn. 28-29, ricorda che l'attività del *princeps* non deve tradursi in una *derogatio* all'*aequitas* e alla *iustitia*. Cfr. A.S. BRETT, *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University, Press, 1997, pp. 165-186; G.P. VAN NIFTERIK, *Fernando Vazquez on the Prince and Law*, in *Jurisprudenz, politische Theorie und politische Theologie*, a cura di F.S. CARNEY, H. SCHILLING, D. WYDUCKEL, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 360-365.

Come è noto il principio è presente anche nella coeva dottrina giuridica; si veda ad esempio G. MASTRILLO, *De magistratibus, eorumque imperio et iurisdictione*, Lugduni, 1621, lib. III, cap. III, nn. 80-85, secondo il quale *lex* si considera *iniusta ex defectu potestatis*, ex

Ciò, in positivo, induce a individuare nella *communis utilitas reipublicae* un ancoraggio e un fondamento per la potestà legislativa di *princeps* o *rex* ⁽¹¹⁾.

Ci sono poi altre significative delimitazioni della potestà legislativa che vanno nel senso di oggettivizzarne la funzione e i contenuti. A esempio, come spiega Juan de Mariana, *lex* trova il limite del *mos patrium* ⁽¹²⁾, e risulta derogabile, come ricorda Vazquez de Menchaca, da una *consuetudo* sopraggiunta ⁽¹³⁾. Centrale è ancora il *consensus populi* come parametro di legittimazione della legge;

defectu formae debitae, ma anche *ex defectu finis*, vale a dire quando « princeps non publicum intendat comodum, sed privatam suam, aut cuiuscumque utilitatem ».

¹¹⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate* (1571), ora in *Obras completas*, to. 12, Madrid, Alianza editorial, 1990, IX, 1, p. 84: « Quilibet rector, rex vel princeps, cuiuscumque regni vel communitatis, quantumcumque sit supremus, non habet libertatem aut potestatem imperandi civibus prout vult et secundum libitum suae voluntatis, sed solum secundum leges politicas. At leges debent esse conscriptae ad communem omnium utilitatem, et non in praeiudicium rempublicam et publicum bonum ». Similmente si pronuncia *Ibidem*, V, 1, p. 66. Anche F. DE VITORIA, *Relectio de potestate civili*, cit., nn. 16-23, impiega l'*utilitas reipublicae* come parametro di legittimazione della *lex*.

Sulla dottrina della *iusta causa* e della *publica utilitas* come parametro di orientamento e delimitazione del potere regio si vedano da ultimi V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., p. 280; R. GARCIA PEREZ, *Ante leyes que reyes. Cultura jurídica y constitucion política en a edad moderna*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 409-416; TH. DUVE, *¿"La mayor burla del mundo"? Francisco de Vitoria y el dominio del Papa sobre los bienes de los pobres*, in *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, a cura di J. CRUZ CRUZ, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, pp. 103-105.

¹²⁾ J. DE MARIANA, *De rege et regis institutione*, cit., cap. IX, p. 101. Cfr. G. FASSÒ, *Storia della Filosofia*, cit., pp. 84 ss.; A.C. SOONS, *Juan de Mariana*, Boston, Twayne Publishers, 1982, pp. 50-57; F. TOMAS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, in « Anuario de Historia del derecho Español », 65, 1995, pp. 31 ss.; H.E. BRAUN, *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2007, pp. 43 ss. Su questa linea si pongono anche le osservazioni di F. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiae usu frequentium*, cit., lib. I, cap. I, n. 28; F. DE VITORIA, *Relectio de potestate civili*, cit., n. 21.

¹³⁾ F. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiae usu frequentium*, cit., lib. I, cap. III, nn. 1-2. « Consuetudo est ius » spiega « cum ergo futura consuetudo superveniens sit ius, & iura posteriora derogent prioribus » ne consegue che la nuova consuetudine « vincere debere legem illam praecedentem, utcumque sit derogatoriam, quia legislator non potuit illam legem sibi imponere a qua sibi ipsi non liceret recedere ».

Si tratta anche in questo caso di un principio centrale nella dottrina del *ius commune*. Cfr. R. GARRÈ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre den späten ius commune in Italien*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005; A. DANI, *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna, Monduzzi, 2008, pp. 147-155.

La rilevanza della *consuetudo* come *optima legum interpres* e quindi come strumento di moderazione delle leggi positive, trova poi interessanti applicazioni sullo (strategico) terreno della precettistica per i confessori. Si pensi a Martin de Azpilcueta, come ha ricordato V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., pp. 244-245.

sul piano teorico, infatti, la potestà legislativa deriva al *Princeps* da Dio ma per il tramite del *populus* che a lui l'ha delegata ⁽¹⁴⁾.

Rilevante poi è il ruolo che continua ad essere riconosciuto alla giurisprudenza nei processi di creazione/applicazione del diritto. Per Luis Molina il giudice è ancora un *medicus instructus*, il quale ricorre ai precetti della *peritia artis*, ma valuta ogni volta la loro adeguatezza alle circostanze, e, se appaiono nocivi, non dovrà rispettare quei precetti ⁽¹⁵⁾.

Non è rinvenibile, a nostro avviso, nella dottrina dei tardo scolastici, l'idea di un carattere meramente ancillare dell'interpretazione rispetto alla legge; c'è piuttosto una forte sintonia con quegli orientamenti ancora ben presenti nella scienza giuridica dell'età moderna, che continuavano a riconoscere un ruolo costitutivo all'*interpretatio iuris* e, per dirla con Giovanni Battista De Luca, continuavano a riconoscere nell'interprete del diritto un *giurista* e non un *leguleio* ⁽¹⁶⁾.

Tale cifra è del resto rinvenibile anche negli orientamenti più propensi a sostenere una nuova centralità della legge.

Si pensi ad esempio a Francisco Suarez, nel pensiero del quale

¹⁴⁾ Si vedano ad esempio B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., IV, 1-4; M. DE AZPILCUETA, *Relectio c. Novit de iudiciis*, Romae, 1575, Notabile III, n. 146-149. È un punto rinvenibile anche nelle dottrine di altri come Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Fernando Vazquez de Menchaca, o Juan de Mariana; cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 81-83; A.C. SOONS, *Juan de Mariana*, cit., pp. 50-57; V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., p. 245. Per una lettura del *consensus gentium* come terreno di confronto tra vecchie e nuove concezioni dell'ordine giuridico si veda D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2008, voll. 2.

¹⁵⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 68, n. 2e: « Sicut medicus instructus peritia artis accedere debet ad curandum infirmum, attamen simul uti debet prudentia, ut pro qualitate circumstantiarum concurrentium adhibeat remedia ac medicamenta, moderamen interdum apponendo praeceptis universalibus artis, et interdum ea deferendo, quando viderit nociva fore, neque in eo eventu et cum eis circumstantiis illa intelligi: ita iudex, legum peritia instructus accedere debet ad iudicandum, caeterum utendo simul prudentia, ut pro qualitate circumstantiarum concurrentium moderamen interdum adhibeat dispositionibus universalibus legum, interdumque illa omnino omittat quando per epicheiam iudicaverit illas in eo eventu et cum eis circumstantiis ex mente ipsorummet legumlatorum locum habere ».

¹⁶⁾ In caso di leggi « capaci di varia intelligenza » ha scritto G.B. DE LUCA, *Il principe cristiano pratico*, Roma, 1680, cap. XVI, n. 12, « l'interpretazione non si deve regolare dal rigore della lettera e dalla significazione grammaticale delle parole; ma principalmente dalla ragione »; e inoltre: « in ciò si scorge l'errore più frequente e comune di quei professori superficiali, a' quali più di Legulei, che di veri Giuristi conviene il nome ». Cfr. *Il dottor vol-gare*, cit., Proemio, cap. VII, n. 9.

il profilo volontaristico ha una evidenza maggiore che in altri (17). Non mancano anche qui importanti oggettivazioni: in tale concezione della legge, come si ricordava (18), vale il principio del carattere non vincolante della *lex iniusta*; la *mens legis*, secondo l'insegnamento di Bartolo, contiene accanto all'*intentio legislatoris* anche la *ratio* (19). La legge pertanto continua a mantenere un fondamento ulteriore alla *voluntas* del legislatore, « antecedens ad legem » (20), che attinge, potremmo dire con San Tommaso (21), alla natura delle cose.

Un importante riscontro di tale relativizzazione è poi costituito dalla sua concezione dell'*interpretatio legis* e in particolare dalla teoria della interpretazione autentica (intesa come tipo specifico di interpretazione « quae sit auctoritate illius qui potest legem condere ») (22).

La comparsa del principio dell'interpretazione autentica, come sappiamo corrisponde a un mutamento di paradigma nella concezione del processo di applicazione del diritto: l'autorità politica va a prendere il posto dell'*auctoritas* scientifica, contribuendo ad escludere l'elaborazione giurisprudenziale della legge dai processi di produzione del diritto.

Tale tratto non sembra rintracciabile nella nozione di interpretazione autentica illustrata da Suarez; essa appare infatti ancora priva di quella valenza antigisprudenziale, che ne avrebbe fatto uno strumento di rottura della tradizione dell'*interpretatio*.

Per Suarez il tratto funzionale dell'interpretazione autentica

17) Cfr. F. MIGLIORINO, *Rileggendo Francisco Suarez*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1464; Id., *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Milano, Bollati Boringhieri, 2008, p. 94; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 355 ss.; M. BASTIT, *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, 1990, pp. 307-359.

18) Cfr. *supra* nota 10.

19) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. XX, nn. 9-12. Cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 47-51; F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo*, cit., pp. 130-149.

20) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. XX, n. 10.

21) Riguardo alla nozione di *lex* in San Tommaso si veda P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 139-141.

22) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. VI, cap. I, n. 1 ss. Sull'*interpretatio legis* in Suarez si vedano anche R. SCHNEPF, *Francisco Suarez über die Veränderbarkeit von Gesetzen durch Interpretation*, in F. GRUNERT, K. SEELMANN (a cura di), *Die Ordnung der Praxis*, cit., pp. 91-99 e 105 ss. e nello stello volume E.G. VALDÉS, *Die Wörter des Gesetzes und ihre Auslegung. Einige Thesen von Francisco Suarez*, pp. 118-119; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 26-27 e 53-55.

consiste in una capacità di « interpretari sensum, in quo lex recipienda est, et observanda » (23); più che un chiarimento autoritativo della legge è un modo che ha il Principe per aggiornarne il legame con il « bonum commune » (24). Non è dunque strumento di certezza, ma di adeguatezza (e al contempo di adeguamento). È un concetto, in ultima analisi, costruito ancora con la griglia concettuale dell'*interpretatio*.

Del resto permane nella dottrina di Suarez l'*interpretatio ex usu sumpta* e il ruolo centrale della *consuetudo* come *optima legum interpres* (25). Rilevante posizione viene poi riconosciuta all'interpretazione dottrinale che « magnam inducit probabilitatem » (26), e che è ritenuta utile ad evitare ingiustizie e iniquità « seu aliam absurditatem in ipsa lege » (27).

Tutto ciò dimostra come anche in posizioni come quella di Suarez, certamente persuase del valore della legge come strumento di modernizzazione del diritto, non assistiamo al compimento di un'operazione di riduzione dello *ius* nella legge.

2.2. Iurisdictione come forma giuridica del potere politico.

Un andamento simile ha il discorso sulla forma giuridica del potere politico e sul rapporto tra potere politico e territorio: qui l'orizzonte ordinativo è, a ben vedere, ancora quello giurisdizionale. Anche in questo caso un'angolazione comune abbraccia impostazioni diverse tra di loro.

Secondo l'insegnamento di San Tommaso, Dio aveva voluto che ciascun gruppo politico si organizzasse come *communitas*, ma senza preconstituire il modello di potere: il *populus* per questo era l'intermediario della autorità divina, mentre il monarca restava il

23) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. VI, cap. I, n. 2. « Lex non procedit » spiega « a persona, nisi ut habente potestatem, et lex semper pendet ab eadem potestate, in quacumque persona sit; ergo qui in eadem potestate succedit semper potest praedecessorum leges interpretari ».

24) *Ibidem*, lib. VI, cap. I, n. 3. E infatti Suarez, specifica anche che *interpretatio authentica* non consiste in una « nuda declaratio sensus prioris legis », è piuttosto un intervento che induce « mutatio etiam aliqua, vel addendo, vel minuendo ». Cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 48.

25) F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. VI, cap. I, n. 4 e anche lib. VII, cap. XVII, nn. 1-6.

26) *Ibidem*, lib. VI, cap. I, n. 6.

27) *Ibidem*, lib. VI, cap. V, n. 3.

soggetto che, ricevuta dal popolo quell'autorità, esercitava una funzione direttiva *ad bonum commune*, per ripartire le risorse e determinare il giusto (28). L'assetto reale del potere, in sostanza, si configurava a partire da un ordine naturale oggettivo e storicamente dato.

La dottrina di *ius commune* aveva messo a punto un concetto chiave che recepiva tale impostazione (29): *iurisdictio* intesa come *potestas de iure publico introducta, cum necessitate iurisdicendi, aequitatisque statuendae*. Essa presupponeva un ordine giuridico preesistente; costituiva una sintesi di poteri; implicava collegamenti funzionali tra poteri e dispositivi giurisprudenziali dell'ordinamento (es. *arbitrium*).

Tale resta la base di costruzione degli assetti costituzionali anche per i tardo scolastici spagnoli, che infatti fanno ampio ricorso a *iurisdictio*, secondo i contorni dati al concetto dalla scienza giuridica medievale (30).

Ovviamente è ben presente una consapevolezza del ruolo primario che *hodie* il *Rex* ha assunto, fino a riconoscerci una *iurisdictio suprema* intrasferibile e inalienabile (31), fonte di tutte le altre *iurisdictiones* operanti nel proprio Regno (32).

28) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 334-335; J. MIETHKE, *Ai confini del potere. Il dibattito sulla potestas papale da Tommaso a Guglielmo d'Ockham*, Padova, Editrici francescane, 2005, pp. 39-43 (trad. it. dell'opera *De potestate papae. Die päpstliche Amtskompetenz in Widerstreit der politischen Theorie von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000).

29) Al riguardo fondamentale resta il volume di P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 1969; nella recente ristampa Milano, Giuffrè, 2002, si veda anche il saggio introduttivo di B. CLAVERO, *Iurisdictio nello specchio. O el silencio de Pietro Costa*; si vedano inoltre, fra gli altri, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 29 ss.; J. VALLEJO, *Ruda aequidad ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992, pp. 35-259; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 130 ss.; M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 299 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 36 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 ss.

30) Cfr. L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 2, nn. 1 e 4 (che fa espliciti riferimenti alla glossa, a Bartolo e al Panormitano); F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. I, n. 10 e cap. XIX, n. 6.

31) D. COVARRUBIAS, *Practicae Quaestiones*, in *Opera omnia*, Venetiis, 1581, to. I, cap. IV, n. 1.

32) L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus II, disput. 75, n. 10, Tractatus V, disput. 8, n. 1, disput. 3, n. 2, disput. 2, n. 5; F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. I, cap. VIII, nn. 6-9. Del resto la rappresentazione delle *iurisdictiones* secondo un

L'origine di quel potere, secondo i tardo scolastici, continua tuttavia a riposare significativamente sulla teorica della *Respublica* come *perfecta communitas*, cioè come *communitas per se sufficiens* ⁽³³⁾; essa presuppone il *populus* come causa efficiente e finale ⁽³⁴⁾; quello del *Rex* resta per ciò un potere derivato ⁽³⁵⁾.

Se osserviamo come vengono descritte le modalità di acquisizione della *iurisdictio*, vediamo che, se pure il *princeps* si colloca al centro dello spazio di creazione di tali poteri, tuttavia non ne ha il monopolio.

Anzitutto il potere di istituire magistrature con *iurisdictio* è riconosciuto ad un elenco di istituzioni articolato e aperto; non solo al Papa, all'Imperatore, al *Rex*, al *princeps*, ma anche ai *vicarii imperii et Regni*, agli *inferiores principis*, a *Respublicae et civitates, et alii multi* ⁽³⁶⁾.

Inoltre le fonti di attribuzione della giurisdizione vengono identificate su un piano oggettivo; oltre alla *lex* anche la *consuetu-*

ordine gerarchico è un tratto già presente nella tradizione medievale; cfr. P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 7-9.

³³⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., VI, 1, p. 70; F. DE VITORIA, *Relectio de iure belli*, cit., n. 7-9, pp. 126-128; F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. I, n. 4. Cfr. C. GALLI, *Introduzione* in F. DE VITORIA, *De iure belli*, a cura di C. GALLI, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. VIII-IX.

³⁴⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., IV, 3, p. 62.

³⁵⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., XII, 3, p. 100: *Iurisdictio Principis* « est potestas civilis et criminalis coprehendens merum et mixtum imperium. Est enim haec potestas apud principem, postquam reges coeperunt, tanquam apud fontem a quo fluunt et refluunt omnes iurisdictiones, sicut flumina ad mare, ita quod ab eo in inferiores per concessionem, commissionem et confirmationem fluunt, sed ad eum refluunt per appellationes et nullitates et querelas. Primarius tamen fons et origo omnium potestatum et iurisdictionum ipse populus fuit ». Si vedano inoltre L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 3, n. 2 (dove rinvia *communiter* agli altri *doctores*), Tractatus II, disput. 23; F. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiae usu frequentium*, cit., lib. I, cap. 1, n. 3; J. DE MARIANA, *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VIII e IX; M. DE AZPILCUETA, *Relectio c. Novit de iudiciis*, cit., Notabile III, n. 101. Cfr. A.S. BRETT, *Liberty, Right and Nature*, cit., pp. 171 ss.; G.P. VAN NIFTERIK, *Fernando Vazquez on the Prince and Law*, cit., pp. 352-360; D. DECKERS, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Freiburg i. Br., Herder, 1991, pp. 294-341; F. TOMAS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, cit., pp. 31 ss.; R. GARCIA PEREZ, *Ante leyes que reyes*, cit., passim e in particolare p. 144 ss. e pp. 338 ss. Cfr. *supra* nota 14.

³⁶⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 12, disput. 14, disput. 15. Si tratta anche qui di una impostazione riscontrabile nella giurisprudenza; si vedano ad esempio G. MASTRILLO, *De magistratibus*, cit., lib. I, cap. VI, n. 3; P. GIORDANI, *Elucidationum diversarum, quibus plerasque Episcopi munus spectantia [...] diligenter explicatur*, Venetiis, 1673, 17, lib. XIII, tit. III, n. 2; S. VANTI, *Tractatus de nullitatibus processum ac sententiarum*, in *Tractatus universi iuris*, Venetiis, 1584, to. IV, rub. De nullitate ex defectu iurisdictionis, n. 31.

do⁽³⁷⁾ che provi il privilegio all'origine della titolarità di *iurisdictio* nonché l'acquisto per *praescriptio*⁽³⁸⁾.

Esistono dunque ambiti di *iurisdictio* relativamente intangibili per il sovrano che si esercitano *ex proprio munere* « et non quasi alterius vices »⁽³⁹⁾. Seppure posta in una prospettiva di gerarchizzazione, *iurisdictio* continua ad indicare poteri della stessa natura; la *potestas* di un *magistratus* in una *communitas*, spiega Suarez, è un *dominium iurisdictionis* come quello del *Princeps* e del *Rex*⁽⁴⁰⁾.

Anche alla percezione degli scolastici è dunque applicabile quella « metafora organicista » del corpo (di stampo medievale) la cui cifra risiede nell'idea di « una necessaria diseuguaglianza collaborativa fra gli elementi dell'insieme », i quali « esprimono logiche distinte ma complementari »⁽⁴¹⁾. In particolare mi pare significativo l'interesse anche nella trattazione dei nostri teologi, per lo strumento della *iurisdictio delegata*⁽⁴²⁾. Questa nozione, come sappiamo, permette di costruire apparati che distribuiscono potere, differenziando le specifiche funzioni ma attraverso una ripartizione di *iurisdictio* che è direttamente controllata dal vertice.

Tutto ciò mi pare dimostri che qui ci si muova in un orizzonte teorico che non è quello della sovranità. Manca quella bodiniana « *puissance absolue et perpetuelle* »⁽⁴³⁾, originaria ed esclusiva,

³⁷⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 14, n. 2; per la *communis opinio doctorum* si vedano G. BERTACCHINI, *Repertorium*, Venetiis, 1570, v. *Iurisdictio*; G. DEL MONTE, *De finibus regundis*, in *Tractatus universi iuris*, Venetiis, 1584, to. III, pars II, cap. LXI n. 4; S. VANTI, *Tractatus de nullitatibus*, cit., rub. De nullitate ex defectu iurisdictionis, n. 31; G. MASTRILLO, *De magistratibus*, cit., lib. I, cap. XVI, n. 29; M.A. PELLEGRINI, *De privilegibus et iuribus fisci*, Venetiis, 1626, lib. I, tit. 2 De iis qui iura fiscalia habent, n. 79.

³⁸⁾ D. COVARRUBIAS, *In Caput Quamvis pactum de pactis Relectio*, in *Opera omnia*, Venetiis, 1581, to. I, § Tertius, n. 1. Anche qui ci si pone in continuità con la tradizione giurisprudenziale; si veda il repertorio di G. BERTACCHINI, *Repertorium*, cit., v. *Iurisdictio*.

³⁹⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disputatio 8, n. 3: « Sunt vero potestates ordinariae, non sola suprema, a qua aliae derivantur, sed etiam quae a suprema derivantur; modo tamen ex proprio munere ad id creato ac constituito iurisdictionem exerceant, et non quasi nudas alterius vices, absque munere proprio gerentes ».

⁴⁰⁾ F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. I, n. 7.

⁴¹⁾ P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 12. L'elemento di novità rispetto alla tradizione non è la logica della verticalità in sé, che resta nella sostanza immutata, ma « la rappresentazione del vertice della gerarchia » (*Ibidem*, p. 66).

⁴²⁾ La nozione trova un certo impiego nelle trattazioni della seconda scolastica. Ad esempio si vedano L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus V, disput. 8, n. 1, e disput. 14, n. 3; F. SUAREZ, *Tractatus de legibus*, cit., lib. III, cap. IV, nn. 9-12.

⁴³⁾ J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Paris, 1583 (ristampa, Aalen, Scientia,

sganciata dalla necessità di legittimarsi attraverso il tessuto storico naturale.

Del resto la realtà che si aveva di fronte era quella di un « conglomerato di soggetti », riuniti intorno al principe, uniti da una varietà di vincoli⁽⁴⁴⁾ coesenziali alla legittimazione e alla conservazione di quell'equilibrio tra poteri. Non va poi dimenticato che la valorizzazione del pluralismo giurisdizionale, in quella fase del dibattito in Europa, funge anche da risposta alle teoriche del fondamento divino del potere monarchico⁽⁴⁵⁾.

3. *Le nuove frontiere della geopolitica e il diritto: ius belli e ius communicationis.*

Iurisdictio in realtà non è solo uno strumento funzionale per chi, guardando all'Europa, persegue un certo disegno geopolitico riguardo al fenomeno, che è in corso, di omogeneizzazione (e statalizzazione) del pluralismo politico intorno ad un potere egemone.

Per chi guarda alle Americhe con un punto di vista che non si esaurisce alla mera logica di espansione politico-economica, *iurisdictio*, si inserisce in una più generale strategia tesa alla scrittura delle regole della Conquista e della cristianizzazione del Nuovo mondo.

Nella teorica di Bartolomè de las Casas, ad esempio, ma al ri-

1977), p. 122. Cfr. P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 112; R. GARCIA PEREZ, *Ante leyes que reyes*, cit., p. 150.

Per una ponderazione del concetto di sovranità in Bodin si vedano, tra gli altri, M. STOLLEIS, *Staats und Statsrason. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 172-188; ID., *Storia del diritto pubblico in Germania*, I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 194-197; J. CHANTEUR, *La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin*, in AA.VV., *Théologie et droit dans la science politique de l'état moderne*, Rome, Ecole française de Rome, 1991, pp. 283-294; D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992; ID., *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 50-53; P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, cit., pp. 27-36; P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 69-73; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 10-15; TH. BERNS, *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Paris, Editions Leo Scheer, 2005, in particolare pp. 79-84.

⁴⁴⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 18. Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 7 ss.

⁴⁵⁾ L. ACCATI, *Volontà e autorità. Francisco Suarez e la naturale privazione dell'etica*, in « Quaderni storici », 105, 2000, pp. 626-627; F. MIGLIORINO, *Rileggendo Francisco Suarez*, cit., pp. 1471-1472.

guardo non differisce la posizione di Francisco de Vitoria ⁽⁴⁶⁾, tale approccio serve a ricavare il principio « *Imperator et rex non est dominus super rebus singulorum, sed tantum quoad iurisdictionem* » ⁽⁴⁷⁾; la sua potestà giurisdizionale, spiega Las Casas, lo giustifica solo come *defensor e protector* di un territorio e di una comunità ma non come *dominus directus* e tanto meno *utilis* ⁽⁴⁸⁾. Parallelamente la teorica giurisdizionalista, che individua il ruolo costitutivo del *populus* rispetto al potere del sovrano, è funzionale alla individuazione del principio che la *electio regis* non implica la rinuncia alla libertà ⁽⁴⁹⁾.

Questa riflessione si inserisce lungo la linea che porta poi ad affermare il principio « non tolluntur dominia per defectum fidei » ⁽⁵⁰⁾. Qui appare chiaro quanto l'impiego della categoria *iurisdictio* possa corrispondere ad un disegno universalistico — per quanto compatibile con una logica di assoggettamento ⁽⁵¹⁾ — di re-

⁴⁶⁾ Oltre a negare il possibile fondamento *de iure naturali*, infatti F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio secunda, n. 1, esclude anche l'ipotesi di un fondamento *de iure humano*: « De iure humano constat, quod imperator non est dominus orbis, quia vel esset sola auctoritate legis, et nulla talis est et, si esset, nihil operaretur, quia lex preasupponit iurisdictionem. [...] Nec hoc habuit Imperator aut per legitimam successionem aut donationem aut permutationem aut emptionem aut iusto bello aut electione aut aliquo legali titulo, ut constat. Ergo nunquam Imperator fuit dominus totius mundi » [n. 1, pp. 56 e 58]. Cfr. D. DE SOTO, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., lib. IV, quaestio III, articulus II, fol. 108.

⁴⁷⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., III, 1, p. 48. « Aliud namque est res particularium seu singularium personarum [...], aliud rei proprietatis, aliud autem iurisdictionis ». Si veda inoltre *Ibidem*, XII, 10, p. 104; XIII, 1, 110; XV, 1-2, p. 118; XXII, pp. 146-150.

⁴⁸⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., III, 8, p. 50. Non a caso Francisco de Vitoria, ribadisce che *defectus fidei* non impedisce la titolarità di un *dominium*; al riguardo si veda V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., p. 156-160 e p. 248. La categoria *dominium* assume nel pensiero della tarda scolastica una posizione centrale, nel quadro della elaborazione di una nuova concezione dell'individuo in rapporto all'ordine giuridico; cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in ID. (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato*, cit., pp. 117-222; G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 56 ss. Nella nostra prospettiva è interessante notare come la difesa di una concezione giurisdizionalista del potere politico si ponga all'interno di tale rinnovato orizzonte antropologico.

⁴⁹⁾ B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., IV, 4, p. 62: « *populus eligendo principem seu regem, libertatem suam non amisit* ».

⁵⁰⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio prima, nn. 4-7, pp. 28-34; per affermarlo a ben vedere fa ricorso ad un argomento giusnaturalistico: « *infidelitas non tollit nec ius naturale nec humanum; sed dominia sunt vel de iure naturali aut humano* ». Cfr. C. GALLI, *Introduzione*, cit., pp. VIII-IX. Sono linee riprese poi da D. DE SOTO, *Tractatus De iustitia et iure*, lib. V, quaestio III, articulus V, fol. 153b e n. 5-6, coll. 430-432.

⁵¹⁾ Cfr. L. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del 'sog-*

cupero di status giuridico per gli indigeni, come singoli e come comunità (cioè come soggetto politico legittimo).

Una conferma viene dal modo in cui viene affrontato il tema della conversione degli infedeli. Come è noto il presupposto teologico-pastorale dei tardo-scolastici è quello della evangelizzazione realizzata senza mezzi coattivi; esso ispira la dottrina di las Casas circa l'*unico vocationis modo*, ma è presente anche nella riflessione di Vitoria; anche egli infatti afferma che la fede si trasmette « probabiliter, i. e., cum argumentis probabilibus et rationabilibus et cum vita honesta et secundum legem naturae studiosa, quae magnum est argumentum ad confirmandam veritatem »⁽⁵²⁾. Si tratta di un approccio al quale occorre attenersi sempre, specifica Vitoria, tanto per gli *infideles* che non hanno ancora ricevuto l'annuncio della fede⁽⁵³⁾, quanto per coloro che l'abbiano rifiutato⁽⁵⁴⁾.

Sul piano giuridico l'orizzonte giurisdizionale è idoneo a dare forma a tale impostazione dei rapporti tra cristiani e infedeli: funge da strumento di delimitazione delle pretese dei primi sui secondi.

Non si può, ci spiegano, legittimamente reprimere l'idolatria (e ciò vale anche per la Chiesa) se non in forza di una *iurisdictio*⁽⁵⁵⁾. Le eccezioni, che pure sono previste, non vanno a modificare la natura giurisdizionale del potere.

Ad esempio Molina, riprendendo il principio già fissato da Vitoria⁽⁵⁶⁾, specifica che è possibile *inferre bellum contra infideles*, pur in assenza di *iurisdictio*, se si tratta di agire « ad subveniendum

getto indigeno', in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33-34 (2004-2005), pp. 468-476 e bibliografia *ivi* citata, nonché *infra* punto 3.

⁵²⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio secunda, n. 13, p. 80; si vedano anche i passi *Ibidem*, n. 16, p. 80 e n. 10, p. 76.

⁵³⁾ *Ibidem*, nn. 8-9, pp. 70-76. Così anche D. DE SOTO, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., lib. V, quaestio III, art. V, fol. 153b.

⁵⁴⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio secunda, n. 15, pp. 80 e 82: « quantumcumque fides annuntiata sit barbaris probabiliter et sufficienter et noluerit eam recipere, non tamen hac ratione licet eos bello persequi at spoliare bonis suis ». Si veda anche *Ibidem*, n. 11, p. 78. Resta fermo dunque il principio enunciato *Ibidem*, n. 10, p. 128, secondo il quale « causa iusti belli non est diversitas religionis ».

⁵⁵⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus II, disput. 106, nn. 1-2. Cita a tal proposito, « praeter alii », de Vitoria e Covarrubias e conclude: « ergo neque summus Pontifex, neque aliquis alius, qui in eos iurisdictionem non habeat, punire potest ea illorum peccata, quae in solam Dei offensam et perniciem cedunt peccantium » [n. 2 in fine]. Cfr. M. DE AZPILCUETA, *Relectio in c. Novit de iudiciis*, in Rubrica, nn. 105-106.

⁵⁶⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio tertia, n. 15, p. 110. Cfr. A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo, mari, terre oro nel diritto della Conquista*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 379-387.

innocentibus », quando a causa dell'idolatria sono vessati e sottoposti a *iniuriae* ⁽⁵⁷⁾; risponde infatti al diritto naturale difendere gli innocenti dalla oppressione ⁽⁵⁸⁾.

Altra ipotesi di guerra giusta è quella che si collega al *ius communicationis*, per cui può essere condotta, come rimedio estremo, se gli infedeli impediscono la pacifica attività di evangelizzazione o tentano di riportare all'idolatria i soggetti convertiti ⁽⁵⁹⁾. Qui il presupposto, pensiamo ancora a Vitoria, è il cosiddetto *ius peregrinandi* che si fonda de *iure gentium* e sul principio evangelico *omnia sunt communia* ⁽⁶⁰⁾.

Seppure in tali ipotesi si ricorra ad un paradigma giusnaturalistico ⁽⁶¹⁾, esso non appare applicato dai nostri teologi con l'intento di costituire una alternativa a *iurisdictio*; semmai serve ad integrarne la funzionalità, con il risultato (se non anche con il fine) di confermarne la validità piuttosto che di dichiararne l'inadeguatezza.

Un riscontro viene dalle teoriche svolte a proposito della legittimità di una sostituzione della potestà indigena con una cristiana. Ad esempio Vitoria stabilisce che nel caso in cui si sia convertita una *bona pars* di una comunità indigena il Papa può « ex rationabili causa [...] dare illis principem Christianum et auferre alios dominos infideles ». E ciò in virtù del principio per cui « in favorem

⁵⁷⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus II, disput. 106, nn. 5-6, che si riferisce alla tesi di Vitoria; « Exempla sunt, si innocentes immolent, aut eos interficiant, ut eorum carnibus vescantur, aut quovis alio modo iniuste perimant, vel si innocentes tyrannicis legibus opprimant, aut alia simili ratione divexent » [n. 5].

⁵⁸⁾ L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus II, disput. 106, nn. 5-6: « quivis naturali iure defendere potest innocentes a tyrannide et oppressione, idque potissimum ad Principes spectat. Neque necesse est expectare, ut innocentes ad mortem ducantur, sed fas erit cogere, ut satim cessetur a pessimo ritu [...] inferendo, si ad opus fuerit, bellum, iuraque illius prosequendo ac deponendo Principes iniquos, aliosque, si opus fuerit, creando ». Cfr. A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., pp. 390-391.

⁵⁹⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio tertia, n. 12, p. 106.

⁶⁰⁾ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio tertia, n. 2, p. 92. Il principio « Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi », sine aliquo tamen nocumento barbarorum » è fondato anzitutto « ex iure gentium [...] apud omnes nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere ». Inoltre « a principio orbis (cum omnia essent communia) licebat unicuique, in quacumque regionem vellet, intendere et peregrinari ». Cfr. *Ibidem*, Sectio tertia, nn. 4-9, p. 96. Cfr. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, p. 158.

⁶¹⁾ A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., p. 393.

fidei Papa potest mutare dominos » (62). Come si nota qui il nucleo fondante il potere territoriale del sovrano spagnolo sul nuovo mondo dipende da un dato storico-naturale (l'avvenuta conversione), e dall'autorità 'terza' del Papa; continua cioè a essere un potere derivato, legittimato da una situazione oggettiva.

4. *La ridefinizione dell'autonomia del diritto.*

Cerchiamo dunque di tornare al punto da cui eravamo partiti per trarre qualche conclusione.

Qui non stiamo sostenendo che il pensiero tardoscolastico si pone di ostacolo alle politiche egemoniche (secolari e spirituali) europee sul nuovo mondo. È chiaro che le teorie sullo *ius belli* e lo *ius communicationis* hanno anche offerto un sistema di argomenti in grado di giustificare la conquista dei territori coloniali (63). Non dobbiamo dimenticare che questi ambienti culturali non si pongono da un punto di vista neutrale rispetto ai fenomeni che stanno agitando e trasformando il pianeta; i nostri teologi perseguono un esplicito progetto di evangelizzazione e il loro interesse per la nuova dimensione geopolitica è da ciò connotato.

Certo si tratta di un punto non secondario sul piano della comprensione storiografica, ma non è questo l'oggetto della nostra analisi. Qui interessa verificare con quali strumenti si definiscono le regole di legittimazione della Conquista e dunque dei nuovi equilibri, al fine di cogliere la tipicità di tale approccio alla modernizzazione.

È una modernità quella che si vorrebbe costruire dal versante della tarda Scolastica che si delinea nel quadro di una Chiesa impegnata nel recupero di unità di fede — tanto dal versante interno

62) F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis*, cit., Sectio tertia, n. 14, p. 108. « Si bona pars barbarorum conversi essent ad Christum [...] Papa ex rationabili causa posset, vel ipsi petentibus vel etiam non petentibus, dare illis principem Christianum et auferre alios dominos infideles ». Cita in proposito i *doctores* e in particolare San Tommaso (Secunda Secundae, q. 10, art. 10).

63) Cfr. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista*, cit., pp. 157-158; A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., pp. 52-59; C. FORTI, *La "guerra giusta" nel Nuovo mondo: ricezione italiana del dibattito spagnolo*, in *Il Nuovo Mondo nella coscienza italiana e tedesca del Cinquecento*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 259-263; I. BROCCHI, *Juan Ginés Sepulveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale*, in *A Ennio Cortese*, Roma, il Cigno, 2001, pp. 105 ss.

(Europa riformata) quanto da quello esterno (Nuovo mondo) —, capace di favorire una ripresa del controllo dell'elaborazione culturale e dei modelli di pensiero dominanti; ciò in un orizzonte geopolitico che, anche nel moderno, dovrebbe continuare ad essere universale⁽⁶⁴⁾. Per questo la declinazione moderna di *iurisdictio* risulta congeniale (più di sovranità) a quella certa idea di egemonia cristiana sul mondo.

Resta confermato che un profilo strategico del nuovo ordine indagato dalla tardoscolastica è la ridefinizione del rapporto tra potere politico e diritto; ciò in sintonia con la strategia scelta dalla Chiesa romana di dotarsi — come ricorda Prodi — di « forme ed espressioni tipiche dello Stato moderno »⁽⁶⁵⁾. Però è altrettanto chiaro che la prospettiva statualista nella quale ci si inoltra non si costruisce attraverso un rinnovamento dell'orizzonte concettuale, tale da costituire una piattaforma di categorie fondative slegate da quelle consuete.

La vera novità è rappresentata a nostro avviso da un fatto più semplice ma a suo modo rivoluzionario: qui sono i teologi che scrivono opere di dottrina giuridica. Il fenomeno si pone nel quadro di una nuova centralità della teologia, che, come è stato osservato⁽⁶⁶⁾, viene affermata come scienza necessaria per risolvere i problemi economici, politici, giuridici, sociali che attraversano la realtà dell'epoca.

⁶⁴) Cfr. A. PROSPERI, *Intellettuali e Chiesa all'inizio dell'età moderna*, in *Storia d'Italia. Annali 4: Intellettuali e potere*, a cura di C. VIVANTI, Torino, Einaudi, 1981, pp. 159-252 e in particolare 165-167 e 219-221. Con riferimento più specifico alla seconda scolastica si vedano J. LALINDE ABADIA, *Una ideologia para un sistema. La simbiosis historica entre el justnaturalismo castellano y la Monarquia Universal*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 8, 1979, pp. 61-156; L. PEREÑA VICENTE, *La escuela de Salamanca y la duda indiana*, in *La etica en la conquista de America*, a cura di D. RAMOS, Madrid, CSIC, 1984; A.A. CASSI, *Ius comune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., pp. 26-33 e *passim*; I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrî nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. BIROCCHI, A. MATTONE, Roma, Viella, 2006, pp. 41-42.

⁶⁵) P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 270; salvo però, come lo stesso Prodi sottolinea, prescindere dal profilo della territorialità.

⁶⁶) Cfr. J. BARRIENTOS GARCIA, *Los tratados "De legibus" y "De iustitia et iure" en la escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII*, in « Salamanca, revista de estudios », 47, 2001, p. 375; P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 340; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 277; C. GALLI, *Introduzione*, cit., p. VI; J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo XVI*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2000; B. CLAVERO, *Antidora. Antropologia catolica de la economia moderna*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 59 ss.

Emblematico mi pare il passo con cui Vitoria dà l'avvio alla sua *Relectio de indiis*; si tratta di un richiamo forte alla centralità della scienza *in rebus dubiis* e alla vincolatività del responso che i *sapientes* danno (67). Altrettanto significativa è la sottolineatura che i *sapientes* da coinvolgere per le questioni relative al nuovo mondo, non possano più essere solo *iurisconsultos*; ci vuole una perizia diversa perché su questi temi entrano in gioco *leges divinas*. I *sapientes* al centro della scena devono essere dunque i teologi (68).

Si tratta di un atteggiamento metodologico espresso, seppur con toni e accenti diversi, anche da altri; ad esempio Bartolomé de las Casas, come è stato sottolineato (69), da un lato è spinto ad interessarsi del diritto « per infondere al suo discorso la verità e la forza simbolica che solo il diritto può conferire », ma al contempo contesta ai dottori il compito di indicare « la visione legittima del mondo e dell'ordine sociale ». Si colloca su questa linea anche Domingo de Soto quando ricorda, in apertura del suo *Tractatus de iustitia et iure*, che « theologi ergo est iuris canonici decreta ad normam Evangelicam exigere; philosophique civilia ex principiis philosophiae examinare » (70).

Nella difesa del primato della scienza per le grandi scelte da prendere nel campo geopolitico si determina dunque certamente una ridefinizione del rapporto tra teologia e diritto, che va nel

67) F. DE VITORIA, *De indiis recenter inventis*, cit., Sectio prima, nn. 1-3, pp. 24 e 26: « In rebus dubiis quilibet tenetur consulere illos, ad quos spectat haec docere, alias non est tutus in conscientia, sive illa dubia sint de re in se licita sive illicita ». Quindi « si, post consultationem rei dubiae, diffinitivum sit a sapientibus illud esse illicitum, quilibet tenetur sequi sententiam illorum et contrarium faciens non excusatur, etiamsi alias illud esset licitum ». Viceversa « si, post consultationem rei dubiae, diffinitivum sit a sapientibus illud esse licitum, qui sequitur sententiam illorum, est tutus, etiamsi alias sit illicitum ».

68) F. DE VITORIA, *De indiis recenter inventis*, cit., Sectio prima, nn. 1-3, pp. 24 e 26: « haec determinatio non spectat ad iurisconsultos, vel saltem non ad solos illos, quia cum illi barbari, ut satim dicam, non essent subiecti iure humano, res illorum non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum iuristi non sunt satis periti, ut per se possint huiusmodi quaestiones diffinire. Nec satis scio an unquam ad disputationem et determinationem huius quaestionis vocati fuerint theologi digni, qui audiri de tanta re possent. Et cum agatur de foro conscientiae, hoc spectat ad sacerdotes, idest, ad Ecclesiam, diffinire ».

69) L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista*, cit., pp. 31-32.

70) D. DE SOTO, *Tractatus de iustitia et de iure*, cit., Proemium, n. 5. Si vedano in proposito le osservazioni di TH. DUVE, *La teoría de la restitución en Domingo de Soto: Su significación para la historia del derecho privado moderno*, in *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, a cura di J. CRUZ CRUZ, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2007, pp. 189 ss.

senso di una attrazione della materia giuridica nell'ambito della teologia.

Siamo anche qui di fronte ad un superamento della autosufficienza del pensiero giuridico, che, come ha spiegato Diego Quagliani (71), costituisce un momento tipico del processo di emersione della modernità.

Tale operazione, però, non sembra compromettere la dinamica strutturale nello *ius commune* (72), che fa riferimento alla autonomia del diritto (73). L'affermazione della centralità della teologia non implica la derubricazione della dimensione giuridica; anzi delle volte tale posizionamento metodologico è strumentale ad una estensione della sfera di azione di quest'ultima (74).

Significativa al riguardo è la precisazione di Luis de Molina che da teologo ribadisce la necessità di argomentare *sub specie iuris* quando si tratta di affrontare questioni che attengono ai principi di giustizia come nel caso del *bellum iustum* (75).

La dimensione giuridica costituisce ancora un ancoraggio centrale in tali elaborazioni teoriche (76). In questo senso si può osservare che la modernità è cercata e pensata dalla tarda scolastica nei termini di un formato giuridico piuttosto che politico.

71) D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 93 ss.

72) Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., *passim*.

73) Cfr. I. BIROCCI, *Juan Ginés Sepulveda internazionalista moderno?*, cit., pp. 107-109.

74) Ad esempio la riflessione (teologica) di Domingo de Soto con riferimento al tema della *restitutio*, lo si evince in TH. DUVE, *La teoría de la restitución*, cit., pp. 193 ss., ha come approdo la collocazione della materia nel campo della *iustitia* piuttosto che in quello del *peccatum*; per tale operazione di "giuridicizzazione" fondamentale risulta l'impiego del diritto canonico.

75) L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, cit., Tractatus II, disput. 98: « porro licet bellum iniustum cum charitate quadam ac parte pugnet, eaque de causa de eo differuerit. D. Thom. In materia de charitate q. 40 huius 2.2. multo tamen magis cum iustitia pugnat, et tam iustum, quam iniustum bellum, ex principiis iustitiae longe maiori ex parte, quam ex principiis charitatis, expedendum examinadumque est. Quo circa ad hunc potius locum quam ad materiam de charitate spectat disputare de bello: longueque plures sunt, qui in materia de iustitia, quam qui una cum charitate de eo differant ».

Il passo è ricordato anche da A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., p. 389, il quale vi ravvisa un contrappunto alla posizione di Vitoria in difesa del primato dei teologi sui giuristi. A nostro avviso però l'osservazione di Molina attiene piuttosto ad un profilo epistemologico; serve cioè a ribadire l'irrinunciabilità dell'argomento giuridico per affrontare i problemi della giustizia, anche quando i *sapientes* che se ne occupano non sono giuristi.

76) P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pp. 117-118.

Le (nuove) scelte fondative dell'ordine individuate dalla riflessione teologica, per essere sviluppate richiedono l'apporto della scienza giuridica. Con ciò non vogliamo sostenere che vi siano due momenti separati (uno teologico e uno tecnico-giuridico) di elaborazione del diritto; vogliamo piuttosto sostenere il contrario: il sistema di concetti e categorie ordinarie del diritto nel *ius commune* viene ora imbrigliato da una elaborazione pregiuridica capace di introdurre cambiamenti di segno (77).

Nella conferma di una posizione baricentrica della scienza giuridica rispetto alle dinamiche costitutive del diritto, si profila cioè un'importante discontinuità: la nuova teologia, che opera sul diritto con gli strumenti del *ius commune*, acquisisce il controllo delle premesse della elaborazione degli schemi giuridici, cioè, per dirla con Grossi (78), della « diagnosi conoscitiva della realtà sociale ».

Ciò non è irrilevante, se teniamo presente che tale nuova teologia, mentre recupera la piattaforma oggettivistica tomista, la rilegge in una inedita prospettiva antropocentrica, scoperta come terreno strategico su cui completare il recupero dell'ordine.

Questo orizzonte concettuale, se ancora riserva ai giuristi uno spazio operativo di primo piano, in realtà viene modificando quelle condizioni che fino ad allora avevano assegnato ad essi il ruolo di *sacerdotes iuris* e alla loro scienza il carattere della *vera philosophia*; in gioco non sarebbe stato tanto il primato della scienza giuridica sui processi di svolgimento del diritto, quanto il fatto di riflettere sul diritto come dimensione ontica. Sotto questa luce l'idea dei tardoscolastici di segnare i contorni della politica, continuandone a definire il formato giuridico, appare in tutta la sua modernità.

⁷⁷⁾ Cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 10, 1981, pp. 336-337; K. SEELLMANN, *Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica moderna », XXIX, 1999, 2, pp. 283 ss.

⁷⁸⁾ P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 209.