

1 Doutrina Internacional

LA GENEALOGIA DELL'UNIVERSALISMO DEI DIRITTI E I SUOI PARADOSSI

LUCA BACCELLI

Professor de Filosofia do Direito - Università di Camerino

Nel dibattito pubblico, così come nella teoria politica, giuridica e morale, diritti e universalismo sembrano implicarsi reciprocamente. La nozione di diritto soggettivo viene immediatamente associata a quella dei diritti umani, i diritti goduti da tutti gli appartenenti alla specie *homo sapiens sapiens*. E quando si parla di 'diritti universali' si tende a considerarli tali da due punti di vista: in quanto i *titolari* dei diritti sono tutti gli appartenenti alla specie umana e in quanto essi sono *fondati* in modo da ottenere un riconoscimento universale. Non è così dovunque e non è sempre stato così. In molte culture giuridiche – da quella ebraica a quella induista, da quella greca antica a quella islamica, a quella confuciana – la nozione di diritto soggettivo è assente, ed è stata messa in questione la sua presenza nello stesso diritto romano classico¹. In ogni modo, l'elaborazione di una nozione soggettivistica dei diritti, come libertà facoltà e poteri di soggetti individuali (o collettivi) è stato un processo lungo e complesso, che ha attraversato le vicende del diritto civile, del diritto canonico, della teologia e della filosofia del medioevo europeo. Un processo, ovviamente influenzato dalle vicende della storia sociale, politica e religiosa, nel quale le parziali ridefinizioni dei termini ed i lenti slittamenti semantici hanno giocato un ruolo decisivo.

Qui vorrei esaminare tre momenti di questa storia², per cercare di metterne in luce alcune conseguenze paradossali e, per così dire, alcuni effetti collaterali. Infatti, il percorso che ha portato all'elaborazione di una nozione compiutamente soggettivistica ed universalistica dei diritti fondamentali come attributi e poteri 'natural' degli individui umani si rivela molto tortuoso e soprattutto è aperto ad esiti paradossali. In particolare, è difficile sostenere che quanto più una teoria distingue analiticamente fra il significato soggettivo e quello oggettivo di diritto tanto più è adeguata a fondare la tutela giuridica degli individui. Né è possibile parlare dell'universalismo in maniera univocamente positiva.

¹ Rimando, anche per la bibliografia, al mio *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma 1999, p. 15-29.

² Darò più spazio al secondo di questi momenti, particolarmente importante per i temi trattati in questo corso di Postgrado, e anche in omaggio alla storia della città che ci ospita.

1. Povertà, diritti e poteri

Il dibattito sul significato di *ius* nel diritto romano classico è molto articolato, tanto che alcuni negano l'esistenza stessa di una nozione di diritto soggettivo³; è comunque da escludere che *ius* potesse indicare qualcosa come un diritto soggettivo 'naturale' o 'universale'. La moderna affermazione del concetto di diritto soggettivo si ricollega all'esperienza giuridica medievale: il Medioevo ha conosciuto una proliferazione di rivendicazioni di libertà, franchigie, immunità da parte di soggetti individuali e collettivi che chiedevano di essere riconosciute e tutelate giuridicamente, di essere cioè dichiarate *iura*. Ma questo non significa che si attribuisse ai diritti soggettivi validità universale. Nel caso paradigmatico dell'ordinamento inglese, i *rights* – dalla *Magna Charta* al *Bill of Rights* del 1689 e oltre – erano concepiti come antichi diritti e libertà goduti 'fin da tempi immemorabili' dai sudditi inglesi, in quanto membri di quella particolare comunità, in virtù della loro *Ancient Constitution*.

Il progressivo emergere della nozione soggettivistica dei diritti, oltre che la sua 'giusnaturalizzazione' espressa nell'idea dei diritti soggettivi naturali, è stato analizzato seguendo l'evoluzione del diritto medievale – canonico e civile – della teologia e della filosofia scolastica. Si tratta di una vicenda complessa, che nessuno ha ricostruito nella sua interezza, che si snoda attraverso progressivi scivolamenti semantici – percettibili solo dalla distanza – di termini come *ius* e *dominium* e successive reinterpretazioni teoriche. La teoria dei diritti soggettivi, insomma, "nacque quasi impercettibilmente nelle oscure glosse dei giuristi medievali"⁴.

Questa vicenda viene ricostruita in modo tutt'altro che univoco dai differenti interpreti, che assegnano ai protagonisti sulla scena ruoli assai diversi. Secondo Brian Tierney, la nozione giusnaturalistica di *ius* come "una facoltà, un'abilità o un potere dei singoli individui, che è associato alla ragione ed al discernimento morale, che definisce un'area di libertà all'interno della quale l'individuo è libero di agire come preferisce, e che è foriero di pretese e di poteri specifici per gli esseri umani in quanto tali"⁵ era ben presente già nei trattati e negli scritti del diritto canonico medievale, che commentavano fin dal XII secolo il *Decretum* di Graziano.

L'elaborazione teorica dei canonisti, che per Tierney contiene virtualmente tutti gli elementi essenziali della moderna teoria giusnaturalistica, verrà divulgata nei lavori enciclopedici dei giuristi tardo-medievali, che avranno grande diffusione nell'epoca successiva. Un altro importante canale di diffusione è rappresentato dalla "controversia sulla povertà" che ha prima diviso i Frati minori nel corso del XIII secolo, e poi contrapposto, nel XIV secolo, il generale dell'Ordine francescano Michele da Cesena, e i teologi suoi confratelli,

³ Cfr. PUGLIESE G., "Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo", in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Arancio - Ruiz*, vol. III, Jovene, Napoli 1954; VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1962; ID., *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris 1975 (trad. it. Jaca Book, Milano 1985); TUCK R., *Natural Right Theories*, Cambridge University Press, Cambridge 1979.

⁴ TIERNEY B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1623*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1977 (trad. It. Il Mulino, Bologna 2002, p. 490).

⁵ Ivi, p. 86.

a papa Giovanni XXII. Dunque, al di là delle differenti interpretazioni sul ruolo svolto rispettivamente dai glossatori, dai canonisti e dai teologi, la storiografia concorda nell'attribuire grande rilievo a tale discussione.

La regola di Francesco d'Assisi, approvata da papa Onorio III nel 1223, prescriveva ai frati — ad imitazione di Gesù e degli apostoli — la povertà e vietava loro l'uso del denaro. Il grande sviluppo dell'ordine francescano aveva però richiesto la creazione di una struttura organizzativa e l'utilizzazione di una vasta quantità di beni mobili e immobili, a cominciare dai conventi. La coerenza, almeno formale, con il dettato della regola era garantita da un espediente giuridico: ai frati minori veniva attribuito solo l'*usus facti* dei conventi, dei beni e del denaro necessari al loro sostentamento ed all'organizzazione dell'Ordine, la cui proprietà rimaneva formalmente di "amici" o dello stesso papato. Più precisamente nella bolla *Exiit qui seminat* Niccolò III distinse cinque tipi di relazioni fra un soggetto umano e un oggetto materiale: *proprietas*, *possessio*, *usufructus*, *ius utendi*, *simplex usus facti*. Solo quest'ultimo veniva ammesso per i francescani. I primi quattro erano considerati casi di *dominium*; ma l'ultimo no, perché il titolare può solo consumare il bene, non alienarlo. Questo espediente giuridico si rivelò una potente arma ideologica nella disputa interna alla Chiesa: i francescani potevano presentarsi come l'unico ordine che conduceva la vita "perfetta" degli apostoli, come coloro che — a differenza del clero secolare — vivevano in uno stato di perfezione paragonabile all'innocenza precedente il peccato.

La politica filofrancescana della Sede romana venne però ribaltata da papa Giovanni XXII, che nel 1323 decise di imporre all'Ordine la titolarità della proprietà dei beni; di qui la rottura con Michele da Cesena, che abbandonò la sede apostolica di Avignone e si pose sotto la protezione dell'imperatore Ludovico il Bavaro insieme con i suoi teologi più agguerriti.

Contro queste tesi, Giovanni XXII contestò la separazione di *usus* e *ius*, affermando che non era corretto sostenere che i francescani godessero dell'uso stabile, garantito e perpetuo dei loro beni immobili, ma non ne avessero la *proprietas* né fossero titolari di nessun altro *ius*. Se i francescani esercitavano di fatto tutte quelle azioni che sono normalmente collegate alla proprietà dei beni, essi non potevano non godere del diritto di proprietà.

A queste tesi rispose il maggiore teologo dell'ordine. Molti interpreti evidenziano i nessi fra la filosofia generale di Ockham e la sua elaborazione teologico-giuridica nell'ambito della disputa sulla proprietà. Villey presenta il *Breviloquium de principatu tyrannico* come una traduzione giuridica dell'individualismo ontologico, gnoseologico ed etico di Ockham, nei termini di un sistema giuridico articolato in una serie di poteri individuali e di norme positive. A fondamento di tale sistema si trova l'onnipotenza e l'assoluta libertà di Dio, che crea un sistema articolato di *iura*, intesi come sinonimi di *potestates* assolute dei soggetti. Nella controversia fra il papa e i francescani il primo tendeva comunque a riproporre una nozione di *ius* che si iscriveva in un ordine cosmico e che presupponeva una relazione (gerarchizzata) fra i diversi individui. Ockham si poneva sul terreno del papa — accettando l'idea che nello stato di innocenza si danno diritti naturali — ma al contempo ridefiniva lo status di tali diritti.

Nell'opus *nonaginta dierum* Ockham ridefinisce i termini in questione, da *usus* a *ius utendi*, a *dominium* a *proprietas*, e fa coincidere la nozione di diritto con quella di potere⁶. In relazione al tipo di potere di cui si è titolari si avranno forme differenti di proprietà e di possesso, ed è possibile distinguere l'*nsus facti*, consistente nell'atto stesso di usare una cosa, dallo *ius utendi* e dal *dominium*. Il *dominium* nel senso di *proprietas*, sostiene Ockham, non esisteva prima del peccato. Nello stato di innocenza i progenitori godevano dell'uso "absque dominio et proprietate earundem"⁷. E solo l'*nsus facti* può essere attribuito ai francescani, come a Gesù ed agli apostoli. In un certo senso, al semplice uso corrisponde un diritto. Ma si tratta dello *ius poli*, dell'autorizzazione che proviene dal cielo. I francescani invece rinunciano al diritto di secondo grado, lo *ius fori*, che nasce da accordi, convenzioni, leggi positive, e può essere azionato in giudizio.

I diritti vengono quindi considerati come poteri del soggetto ("potestas conformis racioni rectae") e articolati nelle differenti categorie del diritto *absque pactione* e del diritto *ex pactione*. Il primo, che precede il peccato originale, si suddivide nel diritto divino e nello *ius poli*. Il secondo, cioè lo *ius fori*, si articola nel diritto "naturale" e nel diritto umano⁸. Lo stato di perfezione ha a che fare con lo *ius poli*, ed è sovraordinato all'ambito dei diritti introdotti dopo il peccato originale, a cui si può rinunciare. Dunque Ockham sviluppa il significato soggettivo di *ius*, inteso come un *potere* dell'individuo, e precisa la distinzione fra lo *ius poli*, concesso dal Cielo, e lo *ius fori*, derivato dai patti umani e per definizione azionabile in giudizio: "Ius [...] poli non est aliud quam potestas conformis racionis rectae absque pactione; ius fori est potestas ex pactione aliquando conformis rationi rectae, et aliquando discordanti"⁹.

In termini di *potestas* vengono trattati sia il *dominium commune* sia il *dominium proprium*, o *proprietas*¹⁰. Di grande rilievo è anche l'insistenza di Ockham sulla condizione naturale come stato di libertà ("lex evangélica est lex libertatis"¹¹) e sull'utilizzazione di questa idea per limitare la *potestas absoluta* che i suoi avversari attribuivano al pontefice. Se il papa godesse della *plenitudo potestatis* la legge del Vangelo non sarebbe quella *lex perfectae libertatis* che è attestata dalle Scritture, ma una legge *horrendissimae servitutis*. In realtà il principato del papa è stato istituito per il bene comune dei sudditi, e non può revocare gli «iura legitima imperatorum, regum et ceterorum fidelium et infidelium»¹². Emerge dunque una sfera giuridico-morale che precede il diritto positivo – civile e canonico – e limita l'assolutezza del potere spirituale. E per indicare questa sfera Ockham usa anche

⁶ Cfr. OCKHAMW. OF (1974), *Opera politica*, Manchester University Press, Mancunii 1974, p. 299-311.

⁷ Ivi, p. 483, cfr. p. 483-93, 579-80.

⁸ Ivi, p. 574-5.

⁹ Ivi, p. 579.

¹⁰ "Dominium commune toti generi humano est illud, quod Deus dedit Ade et uxori sue pro se et omnibus posteris suis, quod fuit potestas disponendi et utendi temporalibus rebus ad utilitatem suam [...]. Aliud est dominium proprium, quod in scientiis legalibus et scripturis modum loquendi scientiarum legalium imitantibus vocatur "proprietat"; quod dominium est potestas principalis disponendi de rebus temporalibus appropriata uni persone vel certis personis aut alicui collegio speciali". OCKHAM, *Breviloquium de potestate papae*, in R. Sholz, *Wilhelm von Ockham als politiker Denker und sein Breviloquium de principatu tyrannico*, Hiesermann, Stuttgart 1944, p. 125-26.

¹¹ Ivi, p. 17-9, 56-9.

¹² Ivi, p. 87.

il termine *ius*. Il papa, scrive Ockham, è *legibus solutus* rispetto alle norme pertinenti al suo potere, ma «non super hiis, quae ad propria iura et libertates pertinet aliorum»¹³.

Se, dunque, Giovanni XXII generalizza le relazioni di proprietà facendone un diritto naturale degli individui, Ockham supera la nozione di *ius* come "giusta parte", ridefinendo il diritto come potere del soggetto (cui il soggetto stesso può rinunciare) e introduce una sfera di diritti indisponibili al potere statale. Inoltre è con la filosofia di Ockham che si afferma in forma compiuta una prima concezione individualistica della natura e della società.

Rimane però un paradosso di fondo: l'individualismo dei teologi francescani e la loro teoria dei diritti-poteri intendevano legittimare la piena disponibilità dei diritti stessi, in modo che il titolare possa *rinunciarvi*. Per contro Giovanni XXII attribuiva ai francescani il *dominium* per spuntare le loro armi teologiche nelle controversie interne alla Chiesa e limitare di conseguenza l'autonomia ed il potere dell'ordine. Nessuno dei due contendenti sviluppa una concezione compiutamente individualistica dei *diritti* allo scopo di elaborare tecniche giuridiche di tutela dal potere assoluto; è piuttosto la *legge* evangelica a venire utilizzata in questa funzione.

2. Diritti e conquista

La modernità nasce, anche convenzionalmente, con la conquista europea dell' 'América': nel segno del più vasto genocidio di cui abbiamo memoria storica, dell'assoggettamento più brutale, dell'annientamento culturale. Sulle dimensioni del genocidio storici, sociologi e demografi hanno discusso per quasi tutto il secolo scorso. Il problema è stabilire una stima attendibile della popolazione americana alla fine del XV secolo: si va da 8,4 a 101,3 milioni¹⁴, e le diverse ipotesi sono connesse alle differenti valutazioni sui motivi della catastrofe demografica. Nella distruzione degli indigeni giocarono un ruolo la violenza diretta come le malattie provenienti dall'Europa; grande rilievo ebbero l'assoggettamento degli indios al lavoro servile e la rottura degli equilibri ecologici, economici, familiari e comunitari. La profondità di questi mutamenti ebbe conseguenze dirette sui meccanismi di reazione allo shock demografico, in particolare alle malattie. In ogni caso, "la catastrofe [...] non fu un destino obbligato, ma l'esito dell'interazione fra fattori naturali e comportamenti umani e sociali il cui risultato non era determinato in partenza"¹⁵.

L'approccio dei *conquistadores* agli indigeni prevedeva comunque l'immediata sottomissione, eventualmente preceduta da una violenza che appare gratuita ed insensata ma che aveva comunque effetti letteralmente terroristici. Se la riduzione in schiavitù e il commercio di schiavi fu un fatto corrente (e si è rivelato una pratica non particolarmente remunerativa) nella prima fase della conquista, fin dal terzo viaggio di Colombo si delineò un modello di assoggettamento basato sull' *encomienda* (assegnazione di terre ai coloni) e sul *repartimiento* (distribuzione degli indios nelle *encomiendas* per svolgere lavoro obbligato, anche se formalmente non schiavile).

¹³ OCKHAM, Opera politica, cit., pp.57-8.

¹⁴ Cfr. LIVI BACCI M., *Conquista. La distruzione degli indios americani*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 245.

¹⁵ Ivi, p. 241.

La distruzione fisica, l'assoggettamento dei corpi trovava un riscontro nella distruzione culturale. Tvezan Todorov è arrivato ad ipotizzare che la dimensione culturale e simbolica sia quella decisiva per comprendere gli eventi, in particolare il fatto che poche centinaia di europei abbiano potuto assoggettare società strutturate e complesse come quelle dell'America centrale. Per Todorov "tutto è avvenuto perché i maya e gli aztechi hanno perduto il controllo della comunicazione"¹⁶, sono stati incapaci di comprendere ciò che stava avvenendo¹⁷. Per contro, Cortés si pose il problema della comunicazione, dispiegò una strategia di produzione e controllo dei discorsi e dei simboli: la sua superiorità, prima ancora che nella tecnologia o nella strategia militare, era nella capacità di capire l'altro. Ma questa comprensione, che "non si accompagna al pieno riconoscimento dell'altro come soggetto", venne "utilizzata a i fini dello sfruttamento, del 'prendere'"¹⁸. E, a lungo termine, divenne lo strumento per l'assimilazione, per far scomparire l'alterità, per la distruzione culturale¹⁹.

Il discorso sulla legittimazione della conquista fu inaugurato nel 1494 dalla bolla *Inter Coetera Divinae* di papa Alessandro VI. Il papa dichiara che l'opera più gradita a Dio è "che si provveda alla salvezza delle anime e che le nazioni barbare siano sopraffatte e portate alla stessa Fede". In virtù della "pienezza del potere apostolico", il papa 'dona', 'concede' e 'desuna' ai re di Castiglia "tutte le isole e le terre, esplorate o da esplorare, scoperte o da scoprirsi verso occidente e verso sud" dal meridiano 100 miglia a Ovest delle isole Azzorre e attribuisce loro l'onere di inviare colà esperti predicatori timorati di Dio. Già l'anno successivo i re cattolici misero in questione la legittimità della riduzione in schiavitù degli Indios da parte di Colombo. L'ammiraglio assicurò che si trattava di indigeni fatti prigionieri in una guerra giusta ma nel 1498, per sedare la rivolta dei coloni contro il fratello Bartolomeo, introdusse il sistema dei *repartimientos*, poi legalizzato con la *Cédula de Medina* emessa da Isabella nel 1503: gli indios possono venire costretti a lavorare, a condizione di essere compensati con un salario giusto²⁰. Ma gli effetti del sistema, che di fatto si risolse in rapporti di lavoro non distinguibili dalla schiavitù, furono disastrosi: la popolazione indigena delle grandi Antille si estinse nel giro di cinquant'anni. Il 21 dicembre 1511, all'Hispaniola, il frate domenicano Antonio da Montesinos in un durissimo sermone denunciò gli effetti della conquista sugli indigeni. Richiamato in patria, sostenne le sue tesi di fronte a re Ferdinando il cattolico. Il quale convocò a Burgos, nel 1512, una *junta* di teologi e giuristi: la questione della legittimità delle conquista investì così la cultura accademica spagnola in un dibattito che si prolungherà fino al settimo decennio del XVI secolo.

In realtà, già nel 1510 John Mair (Johannes Maior), teologo e filosofo della Sorbona, noto fra l'altro per il suo contributo alla teoria dei diritti soggettivi, aveva utilizzato la teoria aristotelica della schiavitù naturale per giustificare la conquista delle Indie. Aristotele sostiene che esistono schiavi per natura e per loro è bene essere schiavi; e "per natura,

¹⁶ TODOROV T., *La conquête de l'Amérique. Le question de l'autre*, Seul, Paris 1982 (trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino 1992, p. 75.

¹⁷ Ivi, p. 102.

¹⁸ Ivi, p. 161.

¹⁹ Ivi, p. 300.

²⁰ Cfr. MILAZZO L., *Legge, diritto e guerra in de Vitoria e Suárez* Dissertazione di dottorato, Università di Pisa, Pisa 2005, p. 217-21.

barbaro e schiavo sono la stessa cosa"²¹. Sulla base dell'autorità di Tolomeo Mair afferma che i popoli delle indie, in quanto vivono al di sotto dell'equatore, sono *ferini* e vivono *bestialiter*. Dunque *natura sunt servi* e possono venire legittimamente sottomessi e governati²². La teoria aristotelica della schiavitù naturale venne ripresa e sviluppata nella *junta* di Burgos dal domenicano Bernardino de Mesa e dal *licenciado* Gregorio, in modo da conciliare lo status degli indios come 'liberi sudditi e vassalli' del re di Castiglia con il loro assoggettamento ad un certo tipo di lavoro obbligato: la servitù naturale è giustificata dai loro limiti intellettuali, dalla loro ripugnanza per il lavoro e dalla scarsa perseveranza nella fede di cui danno prova. Il *repartimiento* e l'*encomienda* rappresentano peraltro la giusta punizione per i peccati contro natura e il mezzo opportuno per propagare la fede²³.

Si noti che rispetto ai modi di produzione dell'antichità il lavoro si è trasformato: il termine latino *servus*, che indicava la condizione di schiavitù, denota ormai una pluralità di forme di lavoro obbligato. Dunque, sostiene Juan López de Palacios Rubios, la 'servitù naturale' diviene compatibile con il fatto della naturale eguaglianza e libertà degli uomini²⁴. Egli aggiunge che l'asservimento degli indigeni è legittimo in quanto avviene nel contesto di una guerra giusta²⁵: dopo l'incamazione di Cristo i principi esercitano il loro potere per concessione del suo vicario e fintantoché egli non lo revochi. E dunque, in seguito alla bolla *Inter coetera*, il potere legittimo sulle isole e le terre del mare Oceano appartiene ai re di Castiglia.

Sulla base di questa elaborazione teorica Ferdinando il Cattolico promulgò le *Leyes de Burgos*, che qualificavano gli Indios come 'sudditi liberi della corona' e allo stesso tempo permettevano che fossero "obbligati a lavorare, con moderazione e in cambio di un salario"²⁶. E l'anno successivo Palacios Rubios redasse il *requerimiento*, il documento che di lì in poi verrà letto agli indigeni dagli spagnoli al momento della 'scoperta' in modo da informarli sui principali dogmi cattolici, sull'universale dominio e giurisdizione del papa, sulla donazione delle terre che abitano ai re di Spagna, allo scopo di intimare loro l'obbedienza, minacciando in caso contrario l'invasione e la riduzione in schiavitù. Si tratta evidentemente di un testo rivolto non agli indigeni, ma agli europei (in un primo periodo era letto in castigliano), elaborato per costituire un titolo di legittimità giuridica della conquista, attestato dalla presenza del notaio che lo sottoscriveva seduta stante.

Se queste erano le basi di legittimità della conquista, durante il regno di Carlo V la corona spagnola sembrò assumere una posizione più favorevole agli indios: particolarmente significative furono le *Leyes Nuevas* del 1542 che vietavano fra l'altro l'ereditarietà dell'*encomienda*. Tali leggi vennero tuttavia in parte revocate nel 1545, ma nel 1550 Carlo V ordinò la sospensione delle conquiste finché non si esprimesse una *congregación*

²¹ Cfr. ARISTOTELE, *Politica* 1254 a-b.

²² MAIOR J., *In secundam librum Sententiarum*, *Distinctio* 44, f. CLXXVI, Parigi 1519.

²³ Cfr. TOSI G., *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573)*. 'Veri domini' o 'servi a natura?', "Divus Thomas", 3, 2002, p. 35-38.

²⁴ PALÁCIOS RUBIOS J. L. DE, *De insulis maris Oceani quas vulgus Indias appellat*, in *De las inslas del mar Oceano por Juan López de Palacios Rubios. Del Dominio de los Reyes de España sobre los indios por Fray Matías de Paz Portua*, México 1954, p. 27.

²⁵ Cfr. *ivi*, p. 35.

²⁶ TOSI G., *op. cit.*, p. 242.

di teologi e giuristi, che si terrà a Valladolid nel 1550-51. Nel frattempo aveva preso posizione il massimo teologo dell'epoca, il domenicano Francisco de Vitoria. Vitoria inserisce la questione della conquista in un quadro teorico originale, che sviluppa in due *Relectiones de Indis* tenute all'Università di Salamanca nella prima metà del 1539. In esse Vitoria rivendica esplicitamente l'autorità dei teologi, fino ad allora non consultati, in una questione per la quale non esistono fonti di diritto positivo²⁷. Sulla base di questa ridefinizione teorica sottopone ad una critica corrosiva i 'titoli' della conquista fino ad allora accreditati, per proporre alcuni radicalmente nuovi.

2.1. In primo luogo, Vitoria pone una questione preliminare sulla legittimità: i diritti di proprietà e il potere politico esercitati dai 'barbari' prima della conquista erano legittimi? Questa discussione gli fornisce l'occasione per mettere a punto la sua nozione di diritto soggettivo. Vitoria sostiene che l'eventuale incapacità al *dominium* dei barbari non potrebbe derivare dall'essere peccatori. Il *dominium* proviene da Dio ed è dato all'uomo in quanto è "imago Dei per naturam, scilicet per potentias naturales"²⁸: le facoltà razionali non si perdono neppure a causa del peccato mortale. Né l'*infidelitas* è impedimento all'essere *veri domini*, dato che "fides non tollit nec ius naturale nec humanum"²⁹. Resta l'ipotesi che non siano *veri domini* in quanto *amentes vel insensati*. Vitoria contesta infatti la tesi di Conrad Summenhart secondo la quale il *dominium*, in quanto nient'altro che "ius utendi re in usum suum" è proprio anche degli animali irrazionali e degli stessi oggetti inanimati: per Summenhart gli animali eserciterebbe un diritto sulle erbe e le piante di cui si cibano, le stelle avrebbero uno *ius illuminandi*, il leone sarebbe titolare di *dominium* sugli animali terrestri e l'aquila sui volatili. Ma le creature irrazionali, sostiene Vitoria, "non possunt pati iniuriam: ergo non habent ius"³⁰. Chi toglie il preda al lupo o al leone, l'erba al bue o al cervo, o chiude la finestra impedendo alla luce del sole di entrare non commette *iniuria*. Solo l'essere razionale, dotato di discernimento, ha "dominium sui actus"³¹ e dunque può essere titolare di uno *ius*. Analogamente, i bambini possono essere *domini* in quanto possono subire *iniuria*;

"ergo est illis *dominium*, quod nihil aliud est quam ius"³². Fondamento del *dominium* è l'umanità dei bambini, cioè l'essere immagine di Dio. Gli stessi *amentes* possono essere *domini*: "possunt pati iniuriam, ergo habent ius". Dunque *ius* e *dominium* si identificano. Titolare di uno *ius* è solo la potenziale vittima di una *iniuria*, ed è tale in quanto dotata delle facoltà razionali dell'uomo.

²⁷ VITORIA, F. DE, *Relectio De Indis. La questione degli Indios*, testo critico di L. Pereña, ed. it. e trad. di A. Lamacchia, Levante, Bari 1996, p. 11. Nella prima *relectio* Vitoria discute se i 'barbari' delle Indie erano legittimi titolari delle terre poi conquistate, confuta sette 'titoli illegittimi' della conquista e ne propone sette legittimi (più uno possibile), nella seconda, nota anche come *De iure belli*, completa l'argomentazione entrando nel merito dello *ius ad bellum* e dello *ius in bello*.

²⁸ Ivi, p. 18.

²⁹ Ivi, p. 20.

³⁰ Ivi, p. 26.

³¹ Ivi, p. 27. "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" (vi, p. 28). Per Vitoria *ius*, *dominium*, *facultas* rimandano l'un l'altro e non si esauriscono nella *potentia*. Se valesse la tesi di Silvestro Priera per il quale a volte il *dominium* non configura uno *ius*, ma una mera *potentia*, il bandito avrebbe il diritto di uccidere e il ladro di rubare.

³² Ivi, p. 28.

Sulla base di queste considerazioni si deve allora, secondo Vitoria, riconoscere ai barbari delle Indie il titolo di *veri domini*: essi “non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis”³³. Infatti essi conducono una vita in qualche modo ordinata, hanno *civitates*, istituzioni, leggi, attività produttive e commerciali, una forma di religione, e tutto ciò richiede l’uso della ragione. I diritti di proprietà ed il potere politico esercitati dai barbari erano legittimi: “sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani”; non possono essere spogliati delle loro proprietà e dei loro poteri, e non si può negar loro, “qui numquam aliquid iniuriae unquam fecerunt, quod concedimus de saracenis et iudaeis, perpetuis hostibus religionis christianae”³⁴.

2.2. Se i barbari erano *veri domini* la conquista dovrà dunque essere giustificata. Ma Vitoria dimostra l’insostenibilità delle giustificazioni correnti. E nella critica di quelli che considera ‘titoli illegittimi’ della conquista Vitoria mostra consapevolezza che la crisi dei poteri universali medievali si è ormai consumata e che si stanno affermando entità territoriali sovrane. Vitoria enuncia le sue tesi con molta nettezza: lo stesso Carlo V interverrà per impedire che vengano diffuse pubblicamente.

Il primo ‘titolo illegittimo’ si basa sull’idea che “Imperator est dominus mundi”³⁵. Non lo è, sostiene Vitoria: per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi e la *potestas civilis* deriva sì dalla natura (essendo l’uomo *animal civile*), ma “lege constituta est”³⁶. Sul piano del diritto divino Vitoria mette in dubbio che Cristo, in quanto uomo, fosse “Dominus temporalis orbis” ed è certo che non ha trasferito tale *potestas* all’Imperatore: lo dimostra l’esistenza di territori, regni e *civitates* indipendenti dal potere imperiale. D’altronde la *potestas* temporale del papa è “in ordine ad spiritualia”³⁷; egli non è “monarcha temporalis in toto orbe”³⁸. Il preteso titolo derivante dallo *ius inventionis* — il ‘diritto di scoperta’ che avrà largo corso nei secoli successivi — vale “non plus quam si ipsi invenissent nos”³⁹. Inoltre “Causa iusti belli non est diversitatis religionis”⁴⁰, in assenza di una *iniuria* commessa dai barbari⁴¹: “per bellum barbari non possunt moveri ad credendum, sed ad fingendum se credere et recipere fidem christianam, quod immane sacrilegium est”⁴². Anche i peccati dei barbari che violano la stessa legge naturale (come l’antropofagia, l’incesto, la sodomia) non sono causa di guerra giusta: i principi cristiani non possono imporre ai barbari di astenersi da tali peccati nemmeno con l’autorizzazione del papa, che non ha giurisdizione su di loro.

³³ Ivi, p. 29.

³⁴ Ivi, p. 30.

³⁵ Ivi, p. 33.

³⁶ Ivi, p. 37.

³⁷ Ivi, p. 49.

³⁸ Ivi, p. 43.

³⁹ Ivi, p. 54.

⁴⁰ VITORIA F. DK, *De inre belli*, a cura di C. Galli, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 26.

⁴¹ VITORIA, *De indis*, cit., p. 62.

⁴² Ivi, p. 66; cfr. anche, dalla *Relectio de temperantia* (ivi, p. 114-15); nel Commentario alla *Secunda Secundae* Vitoria mette in dubbio l’opportunità della conversione forzata dei musulmani (ivi, p. 122-23).

2.3. A questo punto sembrerebbe a repentaglio la legittimità della conquista. In effetti Domingo de Soto, allievo e collaboratore di Vitoria, a partire da premesse di questo genere era arrivato ad ammettere di ‘non sapere’ con quale diritto gli spagnoli avevano conquistato le Indie⁴³. Ma Poniginalità di Vitoria emerge nel terzo passaggio della sua argomentazione: l’idea che esistano diritti universali.

In primo luogo “Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi”. Tale *ius* è fondato “ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali”. Si tratta della fondazione giusnaturalistica – nel diritto naturale, del quale per Vitoria il diritto delle genti non è che una derivazione – di un diritto universale, per quanto attribuito qui agli spagnoli. Al diritto di viaggiare e risiedere si collegano i diritti relativi ai commercio, all’esportazione e all’importazione dei prodotti. Si tratta di diritti universali: “non plus possunt barbari prohibere hispanos a commercio suo quam christiani possunt prohibere alios christianos”⁴⁴. Non è lecito, inoltre, impedire la partecipazione e la comunicazione dei beni comuni a cittadini e agli *hospites*. Di più, non è lecito impedire ai figli degli spagnoli residenti in quelle terre e lì nati di acquisire la cittadinanza.

Se i barbari negano agli spagnoli l’esercizio di questi diritti universali, gli spagnoli devono adoperarsi con le parole e con i fatti per persuaderli. Se i barbari non cedono e ricorrono alla forza possono difendersi. Se subiscono una *iniuria*, questa è causa di guerra giusta: “si acciperent iniuriam, illam auctoritate principis bello persequi et alia belli iura agere”. E se non è possibile ottenere la pace e la sicurezza con i barbari “nisi occupando civitates et subiciendo illos, licite possunt hoc facere”. Infine, se “barbari perseverarent in malitia sua”, allora è lecito trattarli *come perfidi hostes*, “et omnia belli iura in illos prosequi et spoliare illos et in captivitatem redigere et dominos priores deponere et novos constituere”; tutto ciò “moderate tamen pro qualitate rei et iniuriam”⁴⁵. È infatti la qualità dell’*iniuria* a definire l’ambito degli *iura belli* in una circolarità che rimane perfetta.

Perché ‘giusta causa’ di guerra è solo l’*iniuria*. Nella *Relectio de iure belli*, riallacciandosi esplicitamente a questa discussione⁴⁶, Vitoria sostiene che non sono causa di guerra giusta la differenza di religione né l’*amplificatio imperii*, né la gloria del principe. “Una sola causa iusti belli est, scilicet iniuria accepta”⁴⁷. Si noti che il termine *iniuria* ha lo specifico significato della violazione di un *ius*, di un diritto soggettivo. Significativamente, Vitoria non utilizza l’espressione ‘colpa’ (che includerebbe anche il peccato)⁴⁸, ed esclude dalle cause di guerra giusta violazioni della legge di natura come l’idolatria o la perversione; inoltre, l’*ininria* deve essere di grave entità; potremmo dire che si deve trattare della violazione di un diritto fondamentale. In questo modo *ius* e *bellum iustum* rimandano

⁴³ Cfr. DE SOTO D., *Relectio de dominio*, a cura di J. Brufau Prats, in *Relectiones y Opusculos*, San Esteban, Salamanca 1995, p. 176; cfr. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., p. 71-75.

⁴⁴ VITORIA, *De indis*, cit., p. 81.

⁴⁵ Ivi, p. 85.

⁴⁶ Cfr., VITORIA, *De iure belli*, cit., p. 2.

⁴⁷ Ivi, p. 31.

⁴⁸ Cfr. TRUJILLO PEREZ I., *Argomenti vecchi e nuovi sulla guerra. Appunti per un riesame del diritto delle genti*, in “Rivista Internazionale di filosofia del diritto”, 2001, p. 125.

l'uno all'altro⁴⁹. E per converso, come abbiamo visto, è la possibilità di subire una *iniuria* che rende titolari di uno *ius*.

In un mondo nel quale le autorità 'universali' hanno ben precisi limiti di giurisdizione, attore principale della guerra giusta è per Vitoria la *respublica sibi sufficiens*. Lo è, per così dire, ontologicamente: condizione necessaria dell'autosufficienza è la possibilità dell'autodifesa e della vendetta per le *iniuriae* subite dalla comunità e dai cittadini. Per definizione, la *respublica* è *communitas perfecta*, e dunque ha diritto di fare la guerra senza l'autorizzazione di un principe superiore, come pure i principi possono farsi guerra senza l'autorizzazione dell'imperatore⁵⁰. Dunque l'aristotelica *res publica sibi sufficiens* assume in Vitoria molti dei tratti dello Stato sovrano, compreso lo *ius belli*, ma non solo: senza la punizione delle *iniuria* non ci potrebbe essere sicurezza della comunità politica, né il mondo potrebbe *consistere in felici statu*⁵¹; la guerra giusta ha la specifica funzione giuridica di sanzionare la violazione dello *ius*, punire il reo, prevenire la ripetizione dell'*iniuria*. Il cerchio *ius – iniuria – bellum iustum* si fa ancora più stretto: l'autosufficienza della comunità politica – il suo essere comunità politica — ha per condizione necessaria il diritto di fare guerra per punire le *iniuriae*. Infatti, tutta la discussione su quello che oggi chiamiamo *ius in bello* è condotta da Vitoria avendo di mira questa idea della guerra come pena. La finalità della punizione dell'*iniuria* legittima in certi casi l'uccisione di tutti i colpevoli, il saccheggio, le conquiste territoriali, l'imposizione di tributi, fino alla deposizione dei principi e l'annessione del regno⁵².

Nell'assenza di autorità superiori il ruolo del principe giusto risalta con tutta evidenza. Egli deve concepire "se iudicem sedere inter duas res publicas: alteram, quae laesa est, alteram, quae iniuriam fecit, ut non tanquam accusator sententiam ferat, sed tanquam iudex satisfaciatur quidem laesae, sed, quantum fieri poterit, sine calamitate rei publicae nocentis"⁵³. Anche in assenza di un terzo *super partes* la guerra assume i connotati del procedimento giudiziario e, insieme, della pena. Infatti, non vi è simmetria fra i contendenti: la condizione di principe giusto è sovraordinata a quella del nemico ingiusto, sul quale esercita una giurisdizione. Il principe giusto agisce sulla base del diritto naturale, diviene lo strumento di "quae necessaria sunt ad gubernatione et conservadone orbis". È solo attraverso i principi che 'il mondo' può agire contro i *periculosos homines*⁵⁴. Il principe giusto diventa il tutore della comunità globale (il primo titolo della conquista è per Vitoria "naturalis societatis et communicationis"⁵⁵) e dei diritti universali. Le comunità politiche autosufficienti agiscono in un contesto globale sulla base di diritti universali.

⁴⁹ "avere uno *ius* [...] significa avere un titolo di guerra *iusta*" (MILAZZO L., *Legge, guerra e diritto*, cit., p. 204-07; Milazzo insiste sulla "simbiosi forse inevitabile fra diritto, diritti e 'guerra'" (ivi, p. 152). Cfr. anche PIETROPAOLI S., *Guerra e diritto. Ascesa e declino dello Jus publicum europaeum*, Dissertazione di dottorato, Università di Pisa 2006, p. 54-62, sulle diverse accezioni di *iniuria* in Cicerone e Agostino.

⁵⁰ Ivi, p. 23.

⁵¹ Ivi, p. 13.

⁵² Ivi, p. 41.

⁵³ Ivi, p. 100.

⁵⁴ Cfr. ivi, p. 40.

⁵⁵ Cfr. VITORIA, *De Indis*, cit., p. 77.

La logica del secondo, terzo e quarto titolo legittimo, che si riferiscono all'annuncio della verità evangelica, non si discosta da quella del primo. La guerra di conquista è giusta come lecita risposta ad una *iniuria*, cioè alla negazione di uno *ius*, in questo caso lo *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*. Se infatti sarebbe illegittimo e sacrilego fare guerra per imporre la predicazione, nel caso in cui la predicazione sia impedita si nega uno *ius*, si commette una *iniuria*, che è giusta causa di guerra. E dunque, se non c'è altro modo "licet hispanis occupare terras et provincias illorum et novos dominos creare et antiquos deponere et omnia alia agere et prosequi iure belli"⁵⁶.

Nel quinto titolo si giustifica la conquista "propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium": i sacrifici umani e l'antropofagia. Mentre non era legittimo far guerra ai barbari per punire i loro peccati contro natura, lo è per difendere il loro diritto a non essere uccisi per sacrifici rituali o antropofagia. Lo è in quanto si tratta della morte – che configura *iniuria* – dell'innocente, insomma, della difesa del diritto, naturale e universale, alla vita. E l'importanza dello *ius* – la gravità corrispondente dell'*iniuria* – è tale da giustificare il ricorso a tutti gli *iura belli*, alla destituzione dei sovrani, all'introduzione di nuove istituzioni politiche. Ed è tale che l'intervento contro l'*iniuria* che lo nega può avvenire "sine auctoritate Pontificis"⁵⁷. Ma soprattutto la legittimità dell'intervento in difesa del diritto alla vita prescinde dalla volontà e dal consenso delle vittime, che in questo senso non sono *sui iuris*: "Nec obstat quod omnes barbari consentiant in huiusmodi leges et sacrificia, nec volunt super hoc vindicari ab hispanis; in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem"⁵⁸. Come Vitoria aveva scritto nella *Relectio de temperantia*:

licitum est defendere innocentem, etsi ipse non petat, immo etiamsi renuat, maxime quando patitur iniuriam, in qua non potest cedere iuri suo, ut est in proposito. Non enim potest quis dare alicui ius occidendi seipsum, sive ad vescedum, sive ad satisfaciendum⁵⁹.

Vi sono, insomma, diritti assoluti, cui non si può rinunciare. Ed è nella negazione di tali diritti – nell'*iniuria*, che consiste la causa di guerra giusta. Vitoria è molto chiaro; causa di guerra giusta non sono i peccati né la violazione della legge di natura come tali, ma la violazione di diritti soggettivi: "ratio quare barbari debellari possunt non est quia comedere carnes humanas aut sacrificare homines sit contra legem naturae, sed quia inferunt iniurias hominibus"⁶⁰.

2.4. Il rilievo teorico della teoria vitoriana dei diritti universali è stato a lungo sottovalutato, in una discussione incentrata sul problema della 'moderità' del contributo di Vitoria al diritto internazionale in ordine ai 'residui' teologici del suo pensiero. Non c'è dubbio che

⁵⁶ Ivi, p. 90. Vá a mérito di Vitoria avere introdotto a questo punto alcune considerazioni cautelative: tutto questo vale in teoria, ma è possibile che la guerra ed i suoi effetti in termini di stermini e saccheggi in realtà ostacolano la conversione (cfr. ivi, p. 90-91). Vitoria finisce per passare al modo condizionale: questo "*potius esse secundum deum legitimum*".

⁵⁷ Ivi, p. 93.

⁵⁸ Ivi, p. 94.

⁵⁹ Ivi, p. 110.

⁶⁰ Ivi, p. 110.

Vitoria non intimi ai teologi di tacere *in munere alieno* – come farà Alberico Gentili⁶¹ – e anzi rivendichi il loro e il suo diritto di parola. Ma il suo argomento principale ha ben poco a che fare con la teologia; è un argomento filosofico- giuridico che si basa, da un lato, sul riconoscimento della fine delle autorità politiche universali, dall'altro sulla definizione di una serie di diritti 'naturali' universali. In assenza di un potere universale, vigono diritti universali. Diritti che costituiscono il solido punto di riferimento per la definizione della legittimità della guerra: forzando un po', si potrebbe sostenere che per Vitoria l'unica guerra offensiva legittima è, se non la guerra umanitaria, la 'guerra per i diritti'. Guerra condotta da comunità politiche autosufficienti e principi sovrani il cui *ius ad bellum* = punizione *dell'imuria* è costitutivo dell'autosufficienza, è condizione necessaria dell'autonomia. Non c'è dubbio che Vitoria si muova entro l'orizzonte della teologia cattolica. Come scrive Todorov, "Vitoria pensa soltanto [...] alla libertà degli spagnoli di predicare il Vangelo agli indiani, e mai alla libertà degli indiani di diffondere il *Papal Vub* in Spagna, giacché per lui la 'salvezza' cristiana è un valore assoluto"⁶². Ma mentre la guerra per diffondere il Vangelo è sacrilega, è legittima la guerra per tutelare il *diritto* universale a predicare il Vangelo. La logica dell'argomentazione muta radicalmente, e diviene assi più potente: Vitoria definisce uno schema basato su diritti universali assoluti che *mutatis mutandis* viene riproposto ancora oggi.

Tuttavia Vitoria ripropone alcune tesi di ispirazione aristotelica, che rappresentano un'apertura di credito alle argomentazioni in difesa della Conquista basate sulla servitù naturale. Egli accenna al secondo caso di schiavitù definito da Aristotele, la *servitus civili et legitima*, che non implica la schiavitù per natura. Sulla base di questa interpretazione può essere opportuno che gli indios, in quanto *parum mente validi* – non sono *amentes* ma *inepti et hebetes* sì – siano governati dai più adatti, come i figli dai genitori e le mogli dai mariti⁶³. È un tema che ritorna quando Vitoria introduce, in forma dubitativa, l'ultimo possibile titolo legittimo, sulla base dell'idea che i barbari "non omnino sint amentes, tamen parum distant ab amentibus, ita ut non sint idonei ad construendam vel administrandam legitimam et ordinatam rempublicam" etiam inter terminos humanos et civiles"⁶⁴. Data questa inferiorità 'naturale' un'amministrazione dei sovrani spagnoli attraverso governatori e prefetti potrebbe essere *pro utilitate eomm*. E ritorna l'argomento più pericoloso, la possibilità che essi siano *natura servi*⁶⁵.

Non siamo in grado di valutare quanto il maestro di Salamanca sia stato indotto da considerazioni di prudenza a lasciare una sorta di via d'uscita per ammettere la validità dell'*encomienda*. Comunque, in questo modo la giustificazione teorico-giuridica della conquista trova, sul piano dell'antropologia e della sociologia morale, un corollario che legittimerebbe forme di asservimento e di lavoro coatto. Gli indios sono *imago Dei*, sono possibili desdnatari della redenzione, sono titolari di diritti – il loro essere titolari di diritti, d'altronde, legittima la conquista – ma la loro inferiorità (culturale?) li rende assoggettabili,

⁶¹ Cfr. SCHMITT C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot. Berlin 1974 (trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, Adelphi, Milano 1991, p. 104-40.

⁶² TODOROV T., *La conquête de l'Amérique*, trad. it. cit., p. 181.

⁶³ Cfr. ivi, p. 31.

⁶⁴ Cfr. ivi, p. 97.⁶⁵ Ivi, p. 98.

⁶⁵ Ivi, p. 98.

e rende l'assoggettamento un bene per loro stessi. Non solo Vitoria fonda sull'universalità dei diritti l'alegittimità della guerra di conquista; l'affermazione dell'universalità dei diritti si coniuga con la tesi dell'inferiorità naturale – o culturale – di alcuni titolari di essi.

In Vitoria si trova dunque una visione ormai matura dei diritti soggettivi: l'individuo umano, in quanto caratterizzato da facoltà razionali e possibile oggetto di *iniuria*, è titolare di *iura*. Ed esistono dei diritti che, in quanto derivati dal diritto di natura, hanno validità universale, di cui tutti gli esseri umani sono titolari, compresi gli 'altri': quelli di vecchia conoscenza, come indiani, arabi, turchi ed ebrei, e quelli *recenter inventi*. La teoria cristiana, tardo-antica e medievale, della guerra giusta viene riproposta, ma gli adattamenti sono tanto significativi da forzare ormai il paradigma: in assenza di autorità superiori, *bellum iustum* è la risposta ad una *iniuria*, alla violazione di un diritto fondamentale. Non vi sono poteri universali, né entità 'terze' superiori, ed occorre un catalogo di diritti fondamentali come termine di riferimento per valutare la *iusta causa*. La guerra è sanzione per l'*iniuria*, per la violazione di uno *ius*, e il principe giusto assume la posizione asimmetrica di giudice delle comunità politiche.

Già questa idea della 'guerra per i diritti' a fronte della crisi delle autorità 'internazionali' provoca echi di sconcertante attualità. Ancora più se si tiene presente che per Vitoria i diritti universali, o alcuni di essi, sono principi assoluti, la cui violazione deve essere punita anche in assenza del consenso delle vittime. La fondazione dei diritti 'fondamentali' è infatti insieme universale e assoluta. D'altra parte questo si concilia – più o meno coerentemente – con i pregiudizi sulla 'inferiorità' antropologica, economica e politica dell'altro, con l'idea che per alcuni sia bene essere governati dai più sapienti.

3. Radicalizzazione e neutralizzazione

Le elaborazioni teoriche dei canonisti e dei teologi della prima e della seconda scolastica – un contributo fondamentale, dopo quello di Vitoria, proverrà da Francisco Suarez – preparano gli strumenti concettuali che i classici del giusnaturalismo moderno svilupperanno nella teoria dei diritti 'naturali', universali sia dal punto di vista della titolarità che dal punto di vista del fondamento. Una potente arma teorica nel nuovo contesto delineato dalla Riforma, dalle guerre di religione e dall'affermazione della sovranità statale.

E Ugo Grozio, nel *De Iure Belli ac Pacis*, a formulare la classica definizione del diritto soggettivo come "qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum". Occorre precisare che si tratta solo di una delle accezioni di *jus*: una prima accezione, più generale, identifica lo *jus* con "id quod iustum est", e secondo una terza *jus* è sinonimo di *lex*. Ed è a partire dalla *legge* di natura, fondata sulla naturale socievolezza degli uomini, che si possono individuare i principi del diritto di natura: un orizzonte 'oggettivo' di giustizia naturale è logicamente antecedente alla stessa definizione soggettiva di *ius*. A queste oscillazioni concettuali della teoria groziana (che rimandano all'eclettismo dei suoi riferimenti filosofici) corrisponde un'ambivalenza nelle sue implicazioni giuridiche: in Grozio troviamo sia la giustificazione della schiavitù e dell'assolutismo, sia la tesi che *in extremis* sia legittima la resistenza al potere sovrano. Di nuovo, che una teoria attribuisca agli individui diritti naturali che costituiscono loro proprietà e facoltà originarie non significa che elabori efficaci argomentazioni contro il potere assoluto, la schiavitù, il dominio arbitrario. E i deboli argini posti da Grozio

all'assolutismo ed alla schiavitù volontaria si fondano su considerazioni di verosimiglianza storica del tutto estrinseche all'idea dello *ius* come *qualitas moralis*⁶⁶.

Hobbes scioglie queste ambiguità. Il nominalismo, il materialismo ed il convenzionalismo hobbesiano caratterizzano un comparto sistema filosofico radicalmente ed esplicitamente individualistico. D'altra parte in materia di diritti individuali Hobbes mette in opera quello che, con felice espressione, Bobbio ha definito "un geniale e malizioso gioco di ritorsione" (Bobbio 1989, p. 93). Di fronte alla diffusa mentalità, tipica dei giuristi di *Common Law*, che vedeva i *rights* come una forma giuridica di tutela dell'individuo nei confronti dello Stato, Hobbes attua una sorta di radicalizzazione/neutralizzazione. Egli, infatti, porta a compimento la concettualizzazione del diritto soggettivo come libertà e potere dell'individuo. Hobbes, contro Aristotele, afferma con forza l'idea della naturale uguaglianza degli uomini e nega l'idea della loro naturale socievolezza. Distingue, ed anzi contrappone, *ius* e *lex*, *rights* e *law* come libertà e obbligo.

The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath to use his own power as he will himself for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgement and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto. [...] A law of nature (*lex naturalis*) is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved. For though they that speak of this subject use to confound *jus* and *lex*, right and law, yet they ought to be distinguished, because right consisteth in liberty to do, or to forbear; whereas law determineth and bindeth to one of them: so that law and right differ as much as obligation and liberty, which in one and the same matter are inconsistent⁶⁷.

Altrettanto chiara è la priorità, logica ed assiologica, del diritto sulla legge. Mentre il diritto di natura è per così dire una immediata traduzione deontica del principio di autoconservazione, e ne mutua la forza⁶⁸ le leggi di natura – ad esclusione delle prime

⁶⁶ Cfr. GROOT H. DE (GROTIUS) *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, P.C. Molhuysen (ed.), Sijthoff, Lugduni Batavorum 1919; TUCK, *op. cit.*

⁶⁷ HOBBS E. T., *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill* (1651), Basil Blackwell, London 1946, XIV, 1,3.

⁶⁸ "Among so many dangers therefore, as the naturall lusts of men do daily threaten each other withall, to have a care of ones selfe is not a matter so scornfully to be lookt upon, as if so be there had not been a power and will left in one to have done otherwise; for every man is desirous of what is good for him, and shuns what is evill, but chiefly the chieftest of naturall evils, which is Death; and this he doth, by a certain impulsion of nature, no lesse than that where by a Stone moves downward: It is therefore neither absurd, nor reprehensible; neither against the dictates of true reason for a man to use all his endeavours to preserve and defend his Body, and the Members there of from death and sorrowes; but that which is not contrary to right reason, that all men account to be done justly, and with right; Neither by the word *Right* is any thing else signified, than that liberty which every man hath to make use of his naturall faculties according to

due, che prescrivono le condizioni necessarie per l'affermazione dello stesso diritto di autoconservazione – hanno uno status molto più debole: non sono che precetti e suggerimenti della ragione⁶⁹. Inoltre – aggiunge una sorta di clausola – nel caso che le leggi di natura contrastino con il supremo diritto all'autoconservazione esse sono destituite di validità⁷⁰. Dunque, Hobbes afferma con grande chiarezza che tutti gli uomini sono uguali e in quanto tali godono degli stessi diritti di natura: sono titolari dello *ius omium in omnia* in quanto tendono per natura ad autoconservarsi.

Ma questa robusta fondazione del diritto di natura ha precisamente lo scopo di legittimare la completa *rinuncia* da parte del soggetto ai suoi diritti di natura per fondare lo Stato e conferire potere assoluto al sovrano. Per definire la strategia concettuale di Hobbes con un'espressione assai felice Bobbio ha parlato di "geniale e malizioso gioco di ritorsione."⁷¹ Hobbes utilizza lo strumentario concettuale degli oppositori del potere assoluto – a cominciare dalla nozione di contratto sociale – per fondare *more geometrico* l'assolutezza del potere. E questo vale *a fortiori* per la teoria dei diritti soggettivi. Di fronte alla diffusa mentalità che vedeva i *rights* come una tutela dell'individuo nei confronti dello Stato – una tutela elaborata da Coke in chiave antiassolutistica e filoparlamentare – Hobbes attua una radicalizzazione che è insieme una neutralizzazione. Egli, come abbiamo visto, porta a compimento la concettualizzazione del diritto soggettivo come libertà e potere dell'individuo. Nello stato di natura, caratterizzato dall'eguaglianza e dall'ostilità reciproca, gli uomini sono titolari di diritti. Tale titolarità è una diretta espressione della loro natura, non è subordinata ad alcuna "legge" morale. Ma questa fondazione del diritto di natura ha precisamente lo scopo di legittimare la completa rinuncia da parte del soggetto ai suoi diritti di natura per costituire la comunità politica. Proprio in quanto i diritti sono facoltà e poteri del soggetto – concepito come avulso da ogni 'ordine' naturale e da ogni finalità morale – egli ne ha la piena disponibilità. Ed è questa piena disponibilità a renderne possibile il completo trasferimento – con il significativo residuo del diritto alla vita – al sovrano.

Il potere sovrano, nella sua assolutezza, è fondato sul trasferimento da parte dei consociati dei loro diritti al sovrano. E, soprattutto, è decisivo che ogni possibile funzione dei diritti soggettivi come argine e limitazione del potere sovrano venga neutralizzata:

If a subject have a controversy with his sovereign of debt, or of right of possession of lands or goods, or concerning any service required at his hands, or concerning any penalty, corporal or pecuniary, grounded on a precedent law, he hath the same liberty to sue for his right as if it were against a subject, and before such judges as are appointed by the sovereign. For seeing the sovereign demandeth by force of a former law, and not by virtue of his power, he declareth thereby that he requireth no more than shall appear to be due by that law.

right reason: Therefore the first foundation of naturall Right is this, That every man as much as in him lies endeavour to protect his life and members" (T.HOBBS, *De Cive. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane.London 1651,I.

⁶⁹ Ivi, III.27, 31, 33; id., *Leviathan*, cit, XV.41; XVII.1-2.

⁷⁰ Cfr. HOBBS, *The Elements of Law Natural and Politic* (1640), Cambridge University Press, Cambridge 1928, I.XVII.10.

⁷¹ Cfr. BOBBIO N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, p. 93.

The suit therefore is not contrary to the will of die sovereign, and consequently the subject hath the liberty to demand the hearing of his cause, and sentence according to that law. But if he demand or take anything by pretence of his power, there lieth, in that case, no action of law: for all that is done by him in virtue of his power is done by the authority of every subject, and consequently, he that brings an action against the sovereign brings it against himself⁷².

Il suddito hobbesiano non ha alcuna possibilità di azionare i suoi diritti nei confronti del sovrano, che è l'unica fonte e l'unico interprete della legge, e non esiste alcuna istanza "terza" fra il suddito e il sovrano (i giudici, come abbiamo visto, non sono che funzionari di quest'ultimo).

A questo proposito Hobbes esclude dal diritto di natura la proprietà. Nello stato di natura vigeva lo *ius omnium in emnia* o comunque il diritto ad appropriarsi di tutte le cose utili per la propria conservazione. Ma se non vi è alcun diritto naturale di proprietà, né alcuna nozione naturale di "mio" e "tuo", le teorie che pretendono di fondare la resistenza al potere sovrano o di condizionarne l'esercizio – anche in materia di tassazione – in funzione della tutela della proprietà sono destituite di fondamento. Al suddito non rimane che il pieno diritto – naturale – a cercare di sottrarsi al potere sovrano, nel caso estremo in cui esso minacci la sua vita e dunque ci sia un ritorno allo stato di natura⁷³. Ma Hobbes esclude ogni possibilità che i sudditi si coalizzino in gruppi o "leghe" per difendere o affermare i propri diritti. In luoghi di sapore antimachiaveiliano egli condanna i conflitti fra il Senato e il popolo di Roma, e in generale le fazioni, come risultato di "cattivi umori". Non è possibile alcuna attività di tutela attiva e collettiva dei diritti⁷⁴.

Per contro, Locke potrà riproporre la tradizionale funzione di garanzia svolta dai *rights* all'interno del quadro costituzionale inglese solo reintroducendo un riferimento alla *legge* naturale posta da Dio ed al conseguente *dovere* di autoconservazione⁷⁵. Questo non ha impedito che la concezione lockiana dei diritti sia stata efficacemente utilizzata per legittimare la colonizzazione inglese dell'America settentrionale. In seguito sono stati adoperati argomenti lockiani per forzare i limiti che nel XVIII secolo il governo britannico aveva cercato di porre all'appropriazione da parte dei coloni delle terre dei nativi. Gli "indiani selvaggi", si sosteneva, non avevano diritti sulla loro terra perché non applicavano lavoro su di essa, né erano titolari della sovranità perché non avevano costituito una società politica istituzionalizzata⁷⁶. L'universalizzazione delle teorie giusnaturalistiche al di là del loro contesto di origine si rivela, come nel caso di Vitoria, uno strumento utile per la conquista e l'assoggettamento dei "selvaggi".

⁷² HOBBS, *Leviathan*, cit., XXI.

⁷³ *Ibidem*; id., *The Elements of Law*, cit., I.XVII.2

⁷⁴ HOBBS, *Leviathan*, cit., XXII, XXIX.

⁷⁵ Cfr. LOCKE J., *Two Treatises of Government* (1690), Cambridge University Press, Cambridge 1960, II § 6.

⁷⁶ Cfr. TULLY J., *Placing the "Two Treatises"*, in N. Phillipson, Q. Skinner (eds.), *Political Discourse in Early Modern Britain*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 264-80.

Non si può dunque stabilire alcuna lineare connessione fra la radicalità dell'individualismo e dell'universalismo espresso dalle varie teorie che hanno elaborato la nozione universalistica dei diritti soggettivi e la loro adeguatezza a fondare la tutela degli individui contro l'oppressione e il dominio. Niente garantisce che una teoria, in quanto individualistica ed universalistica, sia maggiormente idonea a fornire argomenti in favore dei limiti al potere sovrano e a legittimare istituzioni giuridiche che tutelino gli individui. Considerare i diritti soggettivi come facoltà e poteri che gli individui *possiedono* per natura dischiude anzi la possibilità di alienarli e trasferirli ad altri, dunque permette la legittimazione della schiavitù volontaria, della rinuncia ad ogni proprietà personale, dell'assolutismo).

4. Altre modernità

La teoria universalistica dei diritti come proprietà "naturali" inviolabili degli individui umani si esprimerà nei testi-chiave dell'illuminismo giuridico – dalle dichiarazioni di indipendenza delle colonie nordamericane alla *Déclaration* francese del 1789 – , riemergerà dopo la Seconda guerra mondiale con la *Dichiarazione* universale del 1948 ed è tuttora alla radice di importanti testi giuridici e epigrammi politici. Ma nel corso della modernità sono state elaborate anche visioni differenti dei diritti, che indeboliscono l'universalismo dei fondamenti o mettono in discussione l'approccio razionalistico del paradigma contrattualista.

4.1. La "conversione" di Lás Casas

Quasi contemporaneo del cattedratico Vitoria, Bartolomé de Las Casas è stato un "intellettuale" militante, dedito a tempo pieno alla causa degli indios fin dalla sua "conversione" nel 1513-14. Ma considerare irrilevante la sua produzione teorica – come si è fatto a lungo e si continua a fare – significa sottovalutare un aspetto: la conversione di Lás Casas è conversione religiosa e conversione alla causa degli indigeni ma anche *conversio* del punto di vista, assunzione di una prospettiva che se non è quella stessa degli indigeni si allontana molto da quella dei "cristiani" spagnoli e proprio per questo offre uno sguardo interpretativo originale.

4.1.1. La "conversione" della prospettiva è evidente nei racconti della conquista, a cominciare dal più noto, la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Las Casas descrive lo spopolamento pressoché completo delle isole caraibiche e le devastazioni nel continente, ed attribuisce la distruzione a due cause principali: le guerre e la riduzione delle popolazioni in servitù. Las Casas non esita a dichiarare che la guerra di conquista delle Indie è priva di ogni legittimità:

Y sé por cierta e infalible sciencia, que los indios tuvieron siernpre justísima guerra contra los cristianos, e los cristianos una ni ninguna nunca tuvieron justa contra los indios; antes fueron todas diabólicas e injustísimas e mucho más que de ningún tirano se puede decir del mundo; e lo mismo afirmo de cuantas han hecho en todas las Indias"⁷⁷

È questo il caso delle tesi sostenute da. Nella *Apologia* – il testo della sua replica a Juan Gines de Sepúlveda nella *Congregación* convocata da Carlo V a Valladolid del 1550 – la prospettiva è rovesciata:

⁷⁷ LAS CASAS, *Brevísima Relación*, cit., p. 41-42.

sono gli indios a detenere la *iusta causa belli*: sono stati loro a subire *iniuriae*⁷⁸, e il conflitto è “ex parte sua iustissimum”⁷⁹. Las Casas utilizza al meglio gli argomenti della *Relectio de iure belli*: la giusta causa è identificata con l'*iniuria* mentre vengono valorizzate tutte le clausole prudenziali attraverso le quali Vitoria invitava a riflettere bene sull'opportunità di intraprendere una guerra, a considerare gli effetti collaterali, a perseguire il male minore. Delia *De indis*. Las Casas enfatizza la confutazione dei “titoli illegittimi”. Per quanto riguarda i “titoli legittimi”, sostiene che o presuppongono circostanze di fatto che non si sono verificate, o sono espressi dubitativamente e *conditionaliter*. Gli indigeni che combattono contro gli spagnoli sono degni di lode “a prudentibus quibusquam philosophis”⁸⁰.

4.1.2. Contro l'argomento proposto da Sepúlveda della “guerra santa” per porre fine ai peccati contro natura – sacrifici umani, cannibalismo rituale, costumi immondi – e convertire gli indigeni. Las Casas obietta che il potere della Chiesa ha limiti precisi e non si estende ai non cristiani, salvo in una serie di casi precisamente definiti. Ritornano gli argomenti di Vitoria sui limiti della giurisdizione del papa e di quella dell'imperatore e sull'esistenza di una pluralità di legittimi “reges, principes et iudices” anche pagani⁸¹. Gli infedeli che abitano nei regni dei principi infedeli, per quanto possano commettere crimini orrendi contro gli uomini e contro Dio “non sunt actualiter subditi Christo; ergo nec Ecclesiae nec de foro eius”⁸². Significativamente, questo è dimostrato anche sulla base dell'argomento aristotelico sull'autosufficienza della comunità politica:

pagani princeps legitime possunt fines suos tueri et legitime iurisdictione exercent; eorum enim iurisdicatio non minus naturalis est quad hoc quam iurisdicatio principum Christianorum. Quoniam, iuxta Philosophus in *Politicis*, omnis respublica debet esse per se sufficiens et est territorium universitatis agrorum ultra fines cuiuslibet existens ubi quis obtinet ius imperandi⁸³.

Anche la *iurisdicatio* della Chiesa ha dei confini territoriali. E nessuno “extra fines suos, rex aut imperator vel alius cuicumque, iurisdictionem exercere potest”⁸⁴. D'altra parte gli indios non possono venire puniti a causa della loro idolatria, perché sono affetti da “ignoranza invincibile”. Infatti né l'esistenza di Dio, né tanto meno la sua unicità, sono autoevidenti⁸⁵, mentre i loro errori religiosi sono confermati dai loro saggi, sovrani,

⁷⁸ Cfr. LAS CASAS B. DE, *Apologia*, in *Obras Completas*, ed. A. Losada, Alianza Editorial, Madrid 1988, 9., p. 522, 524.

⁷⁹ Ivi, p. 524.

⁸⁰ Ivi, p. 334. Per LAS CASAS “bello parare regna, tyrannorum et latronum est; non Christianorum, immo neque prudentium” (ivi, p. 546). In effetti, nel corso dell'esposizione il paradigma della guerra giusta viene sempre più indebolito. Las Casas definisce la *vim bellicam* come *omnium malorum summam*, mentre la guerra “opus est de se impium” (ivi, p. 368), “malorum omnium oceanus” (ivi, p. 468), in un crescendo argomentativo nel quale gli esempi addotti sembrano compromettere la possibilità di definire ‘giusta’ una qualsiasi guerra, se non altro sulla base dell'argomento del male minore.

⁸¹ Ivi, p. 312.

⁸² Ivi, p. 130.

⁸³ Ivi, p. 180.

⁸⁴ Ivi, p. 174.

⁸⁵ Cfr. ivi, p. 256.

governatori, magistrati⁸⁶. Questi argomenti sembrano alludere ad una qualche differenza fra colpe che riguardano la legge divina e violazioni della legge umana, ad una distinzione (incompleta) fra illecito e peccato⁸⁷. Gli stessi peccati di Giudei e Saraceni, la bestemmia, perimmo il *nefando peccato* della sodomia, non sono puniti "nisi non laeditur nec impeditur bonum nostrae Christianae reipublicae"⁸⁸.

4.1.3. Per Las Casas Sepúlveda interpreta *impie* la parabola del 'banchetto nuziale' in Luca 14,16-24. Alla tesi di che Vangelo e remissione dei peccati "armis et bombardis annundari debere"⁸⁹, Las Casas, rovesciando la prospettiva, contrappone l'esempio di quanto fece Giacomo apostolo per evangelizzare pacificamente gli andchi Ispani, a loro volta "barbari" secondo testimoni autorevoli come Isidoro di Siviglia. Emerge un universalismo virtuoso: gli Indios possono essere convinti come gli altri popoli:

"Cum hominum natura eadem sit et omnes eodem modo vocentur a Christo"⁹⁰. Né il *compelle eos intrare* della parabola allude ad una costrizione fisica, ma alla forza della persuasione: imporre la propria dottrina è tipico dei turchi e dei maomettani, non dei cristiani⁹¹. D'altra parte, la parola *subicere* nella bolla *Inter Coetera* di Alessandro VI va intesa come "disporre ad legem evangelicam suscipiendam"⁹². E quando Alessandro VI scrive "ut barbari deprimentur" si riferisce *ad Mauros Granatenses*: agli infedeli già sconfitti dai re cattolici.

4.1.4. Sepúlveda aveva riproposto la tesi secondo la quale gli indiani – *homunculi* – per la loro *tarditas insita* sono *servi a natura*, radicalizzandola attraverso un'esplicita affermazione della superiorità della civiltà crisdiana sulla cultura dei "barbari". Las Casas decostruisce dall'interno questi argomenti. Appoggiandosi all'autorità di Tommaso distingue quattro tipi di barbari. In primo luogo, impropriamente, si definiscono "barbari" tutti gli uomini crudeli, che in conseguenza dell'ira o della propria natura si allontanano tanto dalla ragione umana da risultare "inumani" e perpetrare crimini tipici degli animali feroci⁹³. In secondo luogo sono definiti barbari "illorum qui literali sermone carent" ma anche chi, per la differenza della lingua, "alium sicum loquenter non inteiligit" (Paolo di Tarso si autodefinisce "bárbaro" in questo senso e i Greci chiamavano barbari i Romani)⁹⁴. In quarto luogo si definiscono "barbari" i non cristiani. Gli appartenenti a queste tre categorie sono barbari "non simpliciter sed secundum quid", non *proprie* ma *ex accidenti*. E in base a questi criteri possono essere definiti "barbari" individui o popoli civilizzati e dotati di istituzioni politiche. È la terza categoria ad includere i barbari in senso proprio e in accezione ristretta *Terria barbarorum species propria ratione et stricte sumpto vocabulo est eorum hominum qui vel impio et pessimo ingenio vel ex infelicitate regionis quam*

⁸⁶ Ivi, p. 258.

⁸⁷ Cfr. ivi, p. 308, 312, 314.

⁸⁸ Ivi, p. 316.

⁸⁹ Ivi, p. 504.

⁹⁰ Ivi, p. 506.

⁹¹ Cfr. ivi, p. 558.

⁹² Cfr. ivi, p. 648-62.

⁹³ Cfr. ivi, p. 80.

⁹⁴ Ivi, p. 86.

incolunt sunt saevi, feroces, stolidi, stupidi, a ratione alieni, qui neque legibus vel iure gubernantur neque amicitiam colunt neque rempublicam aut civitatem polidcam rationem constitutam habent, immo carent principe, legibus et institutis; non inuunt certis ritibus matrimonia, denique nullum habent humanum commercium: non vendunt, non emunt, non conducunt, non locant, non contrahunt societatem, non deponunt, non mutuunt, non commodant. Denique nullus ex contractibus iuris gentium apud eos in usu est [...]. Immo vivunt dissipati et sparsi nemora et montes incolentes, contenti tantum feminis suis quemadmodum faciunt animalia, non solum mansueta verum etiam fera. Hi simpliciteret proprie sunt barbari [...]. De his loquitur Philosophus et hos pronuntiat esse natura servos, cum careant naturali principatu, non habentes reipublicae institutionem, quoniam inter eos nullus est ordo neque enim subdid cuiquam sunt neque principem habent⁹⁵.

I barbari propriamente detti, dunque, sono uomini che per cause ambientali o psichiche non presentano gli elementi tipici della natura umana sviluppata: la ferocia, l'idiozia e l'irrazionalità li rendono incapaci di forme sviluppate di socialità (*amicitia*), di rapporti coniugali stabili e ritualizzati, di *humanum commercium*. Non hanno elaborato né gli istituti del diritto privato né norme pubbliche, né istituzioni politiche. E infatti – ben lontani dal modello antropologico dello *zoón politikon* – vivono isolati nei boschi e sui monti, accoppiandosi come gli animali. Privi di ordine politico, incapaci di definire rapporti di sovraordinazione e subordinazione, sono *natura servos*. È di questo genere di barbari *simpliciter, stricte ac proprie* che il Filosofo dice nella *Politica* “*eos debere gubernari a Graecis*, id est, a sapientioribus, quoniam natura, propter ingenii stuporem et feritatem, eos servos fáci⁹⁶”.

Las Casas precisa subito che questa categoria ‘mostruosa’ di barbari è rara: la natura tende a produrre enti perfetti. Ma se lè cose stanno così, è impossibile che l'intera popolazione di una vasta parte del mondo sia composta di barbari in senso stretto, schiavi per natura⁹⁷. Sarebbe quasi blasfemo affermarlo: “*impius in Deum et naturae contumeliosus ausit scribere infinitam oceanum incolentium multitudinem barbaram, feram, incultam et stupidam esse*”⁹⁸.

Se Las Casas ammette che questa specifica categoria di “barbari” che vivono isolati, ai di fuori del commercio umano e delle comunità politiche siano *natura semi*, ciò non significa che segua Aristotele in tutte le sue argomentazioni, anzi ne prende esplicitamente le distanze: “addio Aristotele”. Il Filosofo sosteneva che questo genere di barbari possano essere cacciati come gli animali. Ma Las Casas obietta che se anche sono barbari, questi uomini “sunt creati ad imaginem Dei [...] et Christi sanguine pretiosissimo redenti”⁹⁹. Qui la verità rivelata corregge e in parte smentisce Aristoteles. Per condurre questo tipo di barbari alia retta ragione e far loro apprendere costumi virtuosi la persuasione caritatevole e mansueta è assai più opportuna che la coazione rigida. Le affermazioni di Aristotele sulla caceia ai barbari non legittimano né la loro uccisione indiscriminata né la loro cattura ad opera di uomini più sapienti per sottoporli a lavori iniqui, adatti ad animali da soma:

⁹⁵ Ivi, p. 88.

⁹⁶ Ivi, p. 98.

⁹⁷ Ivi, p. 96-98.

⁹⁸ Ivi, p. 92.

⁹⁹ Ivi, p. 98.

Valeat Aristoteles! A Christo enim qui est Veritas Aeterna habemus: *Diliges primum teipsum, sicut teipsum, (Matthaei 22°) [...] Qui cupit plurimos esse ut (Aristotelis dogmata sequens) in illos saevum carnificem agat, ut illos servitute premat et de eis ditiescat, tyrannus est, non Christianus, filius Satanae, non Dei, praedo est, non pastor, ducitur spiritu diabolico, non spiritu coelesti*¹⁰⁰.

Comunque gli indiani hanno regni illustri e grandi città, giudici e sovrani, leggi, vendite, locazione e contratta vari¹⁰¹. Anche l'uomo americano è *zoón politikon*, commercia, ha sviluppato istituzioni politiche e contratti privati. Gli indios si dimostrano esperti nelle arti meccaniche, niente affatto stupidi, ed anche dotati nelle arti liberali nelle quali sono stati istruiti¹⁰².

D'altronde, con il pretesto della superiorità intellettuale, ogni popolo potrebbe muovere guerra ad ogni altro; in particolare, turchi e mori – secondo alcuni superiori ai cristiani dal punto di vista Del regime politico – potrebbero sottomettere gli indios *optimo iure*. Ma in realtà, dato che sulla base della *lex aeterna* ogni popolo ha propri governanti o principi, “non est quod gens sub praetextu sapientiae aliam impetat neque aliena diruat”¹⁰³. Al contrario “quaelibet gens, quantumque barbara, potest sese defendere a sapientiori qui illam subigere et privare libertate velit [...] Et hoc bellum certe iustius est quam illud quod sub nomine sapientie illis inferitur”¹⁰⁴. L'idea dell'autonomia dei popoli si collega con la critica dei pregiudizi basati sulla presunta superiorità culturale. Se la *respublica sibi sufficiens* di Vitoria sembra alludere allo Stato sovrano, le *gentes* dotate di propri *rectores* di cui parla Las Casas sembrano sulla via dell'autodeterminazione. E la loro guerra per respingere la pretesa dei *sapientiores* di assoggettarli è guerra giusta¹⁰⁵.

4.1.5. Ma se fino qui Las Casas ha potuto utilizzare le argomentazioni di Vitoria, su un punto ne deve prendere le distanze: una serie di argomenti addotti da Sepúlveda rimanda alla difesa degli indios vittime dell'antropofagia e dei sacrifici umani¹⁰⁶. Si tratta, secondo lo stesso Vitoria, di *iniuriae* tanto gravi – in quanto violano diritti assoluti – da non richiedere l'autorizzazione di autorità superiori per essere punite. Las Casas torna invece a problematizzare la competenza della Chiesa in merito ed afferma che i principi temporali riguardo a questo peccato sono da considerare “personae privatae neque extra fines regni uniuscuiusque ius dicere possunt”¹⁰⁷ ma soprattutto si fonda sul principio – di diritto naturale – in base al quale fra due mali inevitabili si deve scegliere il minore. A questo proposito, da un lato ridimensiona il numero delle vittime dei sacrifici e

¹⁰⁰ Ivi, p. 98-100.

¹⁰¹ Ivi, p. 104.

¹⁰² D'altra parte, dice Las Casas citando la testimonianza di Isidoro di Siviglia e Trogo Pompeo “Hispana gens barbara ac effera appellatur”. Sarebbe stata legittima per loro l'*encomienda* e il *repartimiento*? San Giacomo avrebbe dovuto evangelizzare in questo modo i concittadini di Sepúlveda?

¹⁰³ Ivi, p. 112.

¹⁰⁴ Ivi, p. 114.

¹⁰⁵ Alla fine anche la nozione di “bárbaro” è relativa “Hispani qui tot horrendi stragibus tot cateris et plusquam tartareis malis affligerunt Indios, gentes quidem mansuetissimas innoxias universi, barbari sunt et barbari peiores” (ivi, p. 122).

¹⁰⁶ Ivi, p. 360.

¹⁰⁷ Ivi, p. 362.

dell'antropofagia, dall'altro mostra tutta la violenza della guerra e la gravità dei suoi effetti collaterali¹⁰⁸. Se ogni anno sono sacrificati per motivi rituali non più di mille innocend, i soldad ne trucidano diecimila ogni giorno¹⁰⁹, ed è d'altra parte arduo distinguere gli innocenti dai colpevoli¹¹⁰.

Il distacco da Vitoria è evidente quando Las Casas considera scusabili – in virtù di una "ignoranza probabile" – l'antropofagia ed i sacrifici umani. L'antropofagia è un comportamento ferino, ma non viola la legge di natura e in certi casi estremi può essere giustificata¹¹¹. In ogni modo, non cosdtuisce giusta causa di guerra: "Nullus enim est in orbe iudex vel princeps qui huiusmodi crimina punire posset praeter eorum principes, iudices et reges"¹¹².

Né sono giusta causa di guerra i sacrifici umani. Si tratta di prадche religiose che esprimono una cultura tradizionale, che risalgono a tempi immemorabili e sono giustificate dall'autorità degli uomini ritenuti più saggi. Di fronte a queste convinzioni radicate la guerra si rivela uno strumento inadeguato. Gli indios hanno di fronte persone *superbae, avarae, truculentas, rapaci* che mettono in questione la religione dei loro avi, confermata da una consuetudine secolare e rafforzata dall'autorità dei *prudentes*. Gli Indios cadono pertanto in un "errore probabile". Aristotele, nei *Topici* definisce tale "quod omnes homines approbant vel a maior pars sapientium vel illi quorum sapientia est magis approbata. [...] Et hiusimodi decreta comprobata moraliter dicuntur certa secundum eundem Philosophum"¹¹³. È la teoria aristotelica degli *endoxa*: nell'ambito pratico non è attingibile la dimostrabilità apodittica; un principio sul quale c'è consenso diffuso e soprattutto che viene approvato dai più saggi è fondato *moraliter*, attinge tutta la certezza conseguibile nell'ambito della morale. D'altra parte quasi tutti i popoli hanno fatto ricorso ai sacrifici umani, come testimoniano sia storici pagani che storici cristiani, mentre filosofi come Cicerone e Seneca non si sono opposti a tali pratiche. Qui la razionalità fronetica, la lógica probabilistica della filosofia pratica aristotelica sembrano venire contrapposte alragionamento apodittico *more geometrico* della teoria vitoriana dei diritti inderogabili. E l'universalismo dei fondamenti è indebolito nell'ottica del male minore.

Ma Las Casas aggiunge che mentre non è possibile dimostrare agli Indios attraverso la ragione naturale che non è lecito immolare vittime in sacrificio ai loro dei, per la stessa ragione naturale essi potrebbero dimostrare che hanno il *dovere* di farlo. Tale argomento è costruito da Las Casas a partire dall'idea (1) che nessun popolo, per quanto barbaro, è privo di una qualche cognizione del divino; inoltre (2) gli uomini sono inclini *instinctu naturali* ad adorare Dio; di conseguenza "homines naturali iure teneri per eccelentiora ac meliora Deum honorare ac de melioribus sacrificium offerre"¹¹⁴, ma (3) il sacrificio è la forma più alta di culto dovuto a Dio; (4) che si facciano sacrifici a Dio è *de iure naturali*, mentre

¹⁰⁸ Cfr. ivi, p. 370.

¹⁰⁹ Cfr. ivi, p. 392, 408, 462.

¹¹⁰ Ivi, p. 396.

¹¹¹ Ivi, p. 416.

¹¹² Ivi.p. 418.

¹¹³ Ivi, p. 422.

¹¹⁴ Ivi, p. 432.

“quod hoc vel illud offerre in sacrificium [...] de iure humano”¹¹⁵; (5) se il diritto positivo non vieta né sanziona un certo tipo ed un certo oggetto di sacrificio, “licet unicuique sacrificare quod vellet”¹¹⁶. Dunque, in assenza di “lege positiva humana vel divina [...] homines debere humana victimas immolare Deo vero aut putativo si pro Deo vero habeatur”¹¹⁷. Assistiamo ad una sorta di rovesciamento dialettico della lógica apodittica. Dunque coloro “qui fide carent probabilem habent errorem immolandi homines Deo” e d'altra parte¹¹⁸ “non facile neque repente neque paucis verbis persuaderi posse Indis ut a recepta immolandi homines consuetudine abstineant”¹¹⁹. Anzi, gli indigeni sono *tenuti* a difendere i loro culti tradizionali: “tenetur procudubio, pro defensione culturae deorum suorum et suae religionis, armatis copiis contra quoscumque attentates illa sibi tollere aut iniuriam eis irrogare vel impedire sacrificia sua exire obviam pugnare, occidere, capere et omnia iura quae belium iustum iure gentium consequuntur operari”¹²⁰.

4.1.6. Si potrebbe sostenere che la teoria vitoriana dei diritti naturali/umani/universali come titolo legittimo della conquista sia assai più moderna – se non addirittura inquietantemente “postmoderna” – della generosa difesa degli indios da parte di Las Casas. Alle tesi di Vitoria – pur reinterpretate – Lás Casas aggiunge argomenti basati sul principio cristiano dell'*imago Dei*, che gli consente di prendere congedo da Aristotele. Al quale si riavvicina per utilizzare la sua teoria degli *endoxa* allo scopo di qualificare come ‘errore probabile’ i sacrifici umani. D'altra parte Las Casas utilizza in tutte le sue potenzialità il nesso stabilito da Vitoria fra *ius*, *iniuria* e *bellum iustum*. E *ius* è inteso nell'accezione soggettivistica, definito come un tipo di potere: *ius movendi bellum, potestas et auctoritas vel ius erigendi*¹²¹.

Da questo punto di vista è opportuno uno sguardo ad un'opera successiva all'*Apologia*, il *De regia potestate*. Sulla base dell'autorità di Tommaso e del diritto canonico, Las Casas afferma in essa che per natura tutti gli uomini sono uguali (*pari*) ed ugualmente liberi: “libertas est ius insitum hominibus de necessitate et per se ab exordio radonalis naturae, et sic de iure naturali”¹²². D'altronde, “a principio generis humanis, omnis homo, et omnis terra, et omnis rés, de iure naturali et gentium primaevio fuit libera et allodialis, id est, franca, nulli subiecta servituti”¹²³. Il potere politico è detto solo impropriamente *dominium*, e “nulum praeiudicium afferre libertads”¹²⁴. Se la libertà è diritto naturale “imperium immediate processit a populo” attraverso una “liberam electionem”. Pertanto il popolo, causa efficiente e finale dei re e dei principi, eleggendoli “libertatem suam non amisit,

¹¹⁵ Ivi, p. 436.

¹¹⁶ Ivi, p. 438.

¹¹⁷ Ivi, p. 442.

¹¹⁸ Ivi, p. 444.

¹¹⁹ Ivi, p. 448; cfr. p. 454.

¹²⁰ Ivi, p. 460.

¹²¹ TERNEY B., *The Idea The of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997 (trad. it. L. 'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625, Il Mulino, Bologna 2002).

¹²² LAS CASAS B., *De regia potestate*, CSIC, Madrid 1984, p. 17.

¹²³ Ivi, p. 16.

¹²⁴ Ivi, p. 38.

nec potestatem commisit aut concessit gravandi se, sibi violendam inferendi aut aliquid aliud in praeiudicium totius populi sive communitatis faciendi aut constituendi”¹²⁵. Infatti di fronte al sovrano “non sunt illi [il popolo] sub potestate sua, sed legis”¹²⁶. Da questo diritto universale di libertà Las Casas deduce la riduzione della schiavitù a fenomeno accidentale: “servitus autem est accidentalis, iniuncta hominibus a casu et a fortuna”¹²⁷. Rovescia cioè la tesi aristotelica.

D'altra parte, in Las Casas l'unico titolo della conquista rimane la legittima giurisdizione del re di Spagna sulle Indie conferita dal pontefice con la “donazione” contenuta nella bolla *Inter Coetera* del 1494, finalizzata alla diffusione della religione cristiana. Si tratta, con tutta evidenza, di una regressione rispetto alla “moderna” legittimazione basata sui diritti universali elaborata da Vitoria. Ma è abbastanza agevole comprenderne il senso. Dopo le *Lejes Nuevas* del 1543, più favorevoli agli Indios ma non applicate, i coloni spagnoli cercavano di ottenere da Filippo II la trasformazione delle *encomiendas* in titolo perpetuo. Las Casas si oppone a questo tentativo *su mandato* dei cacicchi indigeni, ed è in questo contesto che scrive il *De regia potestate*. L'“arretrata” riproposizione dell'idea del potere del re di Spagna conferito da papa connette con la limitazione di questo potere alla *iurisdictio* – che dovrebbe lasciare ampi spazi di autogoverno alle comunità locali, oltre ad escludere la servitù – ed all'assegnazione al re del ruolo di tutore e garante della naturale libertà degli indios¹²⁸.

Il *De regia potestate* può essere anche un punto di riferimento per un'interpretazione complessiva dell'itinerario – teorico e militante – di Las Casas. Todorov sostiene che, anche dopo la “conversione”, Las Casas assume un punto di vista antischiavista, ma rimane in un'ottica colonialista. Ama gli indiani, ma non si oppone alla loro annessione: vuole che sia compiuta dai religiosi anziché dai soldati. Sintomo di tutto ciò è per Todorov il fatto che rimase a lungo favorevole alla schiavitù degli africani: “la sua generosità si basa sullo spirito di assimilazione, sull'affermazione che l'altro è uguale a noi (e tale affermazione è un po' troppo stravagante nel caso dei neri)”¹²⁹. Ma nella discussione sui sacrifici umani dell'*Apologia* Las Casas per Todorov cambia punto di vista, guadagna il “prospettivismo”, supera la teologia per l'antropologia religiosa¹³⁰. Se si tiene presente che il *De regia potestate* è successivo all'*Apologia*, e che Las Casas è ora anche di diritto rappresentante degli indigeni, forse si può ritrovare una costante: le posizioni di Las Casas nel corso del tempo diventano più radicali, ma rimane l'obiettivo di arrestare la conquista, di liberare gli indigeni asserviti, di restituire alle comunità indigene la loro autonomia. È un progetto politico, che ha bisogno di interlocutori, e che non può fare a meno di ricercare il sostegno della corona, il cui titolo ad una – blanda, liberale, basata sul governo della legge – *iurisdictio* sulle Indie occidentali non può venire messo in questione. Alla luce di questo progetto Las Casas è più universalista di Vitoria sul piano della titolarità dei diritti, o meglio sviluppa le implicazioni dell'universalismo dei titolari applicando conseguentemente il principio della reciprocità, fino a giudicare *belium*

¹²⁵ Ivi, p. 34-35.

¹²⁶ Ivi, p. 37.

¹²⁷ Ivi, p. 17.

¹²⁸ Cfr. Tosi, *La teoria della schiavitù naturale*, cit., p. 199-201.

¹²⁹ TODOROV, *La conquête de l'Amérique*, trad. it. cit., p. 207.

¹³⁰ Cfr. ivi, p. 225-35.

iustum la resistenza degli indigeni alle *iniuriae* degli spagnoli. Allo stesso tempo, è come se segnalasse i rischi dell'universalismo dei fondamenti, della pretesa di attingere un fondamento "assoluto" dei diritti al di là delle differenze, delle tradizioni morali, dei contesti culturali; un fondamento tale da giustificare gli interventi coercitivi contro la violazione dei diritti "assoluti" anche contro la volontà dei titolari.

4.2. Diritti e conflitti

Da questo punto di vista può essere interessante riferirsi ad un altro filone della discussione sui diritti soggettivi nella prima modernità. Quentin Skinner e Richard Tully hanno rilevato la persistenza di una *constitution-enforcing conception of rights*. Secondo tale concezione i diritti soggettivi hanno la funzione di costringere o condizionare i poteri pubblici "ad agire nel quadro di una struttura di legalità nota e riconosciuta", e dunque "di sottomettere i governanti al *rule of law*"¹³¹. A questa idea si può riconnettere il conflittualismo machiavelliano. Non c'è dubbio che il linguaggio dei diritti è estraneo a Machiavelli. Ma già per gli autori "neo-romani" del XVII secolo la libertà viene intesa nel senso del godimento effettivo di un insieme specifico di diritti civili. In Algernon Sidney, Baruch Spinoza e Adam Ferguson, la machiavelliana valutazione positiva del conflitto si collega con il linguaggio dei diritti¹³². In particolare, nell'*Essay on the History of Civil Society* di Ferguson è il conflitto sociale a stimolare lo sviluppo di nuove istituzioni e l'innovazione costituzionale¹³³. Sulla valorizzazione del conflitto sociale si innesta l'utilizzazione da parte di Ferguson del linguaggio dei diritti: ne risulta l'apologia di quella che, per parafrasare il titolo di un noto saggio di Rudolf von Ihering, potremmo chiamare la "lotta per i diritti". Per Ferguson la libertà è un diritto da rivendicare; considerarla come un privilegio concesso significa smarrirne il senso, e per difenderla non sono sufficienti le istituzioni: occorre la costante disposizione ad "opporsi agli oltraggi"¹³⁴. Anche Ferguson,

¹³¹ TULLY J. ("Placing the *Two Treatises*", in N. Phillipson, Q. Skinner [a cura di], *Political Discourse in Early Modern Britain*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 261) rileva come anche Locke esprima una tale concezione dei diritti. Cfr. SKINNER Q., *The State*, in T. Ball-J. Farr-S. Hanson (a cura di), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 114-16.

¹³² Sono ancora costretto a rimandare al mio *Il particolarismo dei diritti*, cit., p. 169-79.

¹³³ Cfr. A. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), trad. it. Laterza, Roma-Bari 1999, p. 115ss.

¹³⁴ "Per concedere alla comunità qualche grado di libertà politica è forse sufficiente che i suoi membri, sia in quanto singoli, sia in quanto componenti i loro diversi ceti, sostengano fermamente i loro diritti [...]. In mezzo ai conflitti di parte gli interessi pubblici e anche le massime della giustizia e della lealtà sono a volte dimenticate, e tuttavia non ne seguono inevitabilmente quelle fatali conseguenze che un tale grado di corruzione sembra far presagire. L'interesse pubblico è spesso assicurato non perché gli individui sono disposti a considerarlo come il fine della loro condotta, ma perché ciascuno nella sua posizione è deciso a salvaguardare il proprio interesse. La libertà è sostenuta dalle continue divergenze e opposizioni tra i diversi gruppi, non dal concorso del loro zelo a favore di un governo giusto. (ivi, pp. 120-21). "La libertà è un diritto che ogni individuo deve essere pronto a rivendicare per se stesso, e colui che pretenda di concederla come un favore con quest'atto l'ha in realtà negata. Neanche sulle istituzioni politiche si può fare affidamento per la salvaguardia della libertà, anche se esse sembrano indipendenti dalla volontà e dall'arbitrio degli uomini. Possono nutrire, ma non possono sostituire quello spirito fermo e risoluto con cui una mente liberale e sempre pronta a opporsi ai torti e ad assumere su di sé la propria sicurezza" (ivi, pp. 300-01).

come Hobbes, individua il fondamento dei diritti nella natura umana. Ma questo non nel senso razionalistico del giusnaturalismo moderno: i diritti esprimono un *sentimento* ed un atteggiamento generalmente umano di affermazione della propria dignità e di ostilità al dominio.

Ogni contadino ci dirà che un uomo ha dei diritti e che violare questi diritti costituisce una ingiustizia. Se gli domandiamo che cosa intenda con il termine *diritto*, lo costringiamo probabilmente a sostituire ad esso un termine meno espressivo e meno appropriato; oppure gli chiediamo di spiegare quello che è un modo originario della sua mente e un sentimento al quale egli, in ultima istanza, si riferisce quando vuole spiegare a se stesso un suo particolare modo di esprimersi. I diritti degli individui possono riferirsi a una molteplicità di oggetti ed essere compresi sotto differenti capitoli. [...] Non è qui compito mio seguire la nozione di diritto in tutte le sue applicazioni, ma solamente ragionare sul sentimento di predilezione con il quale questa nozione viene accolta nella mente.¹³⁵ L'identificazione della cittadinanza moderna con un catalogo di diritti, la prevalenza della figura deontica del diritto su quella del dovere è stata considerata come il segnale di una profonda trasformazione etico-politica tipica della modernità: appunto dell'evoluzione dei "sudditi" in "cittadini"¹³⁶. Buona parte del giuspositivismo formalistico dell'Ottocento e del Novecento tende a ridurre il diritto soggettivo al diritto oggettivo, nel senso di affermare la priorità del diritto statale sui diritti soggettivi. Tuttavia, giuristi fra loro differenti come Alf Ross, Herbert Hart e Neil MacCormick hanno criticato la tesi della riduzione dei diritti al correlativo dei doveri¹³⁷. Emerge un'eccedenza semantica del linguaggio dei diritti sul linguaggio dei doveri, cui ritengo si colleghi un'eccedenza simbolica.

Ma se i diritti non sono riducibili al correlato dei doveri, cosa li caratterizza? Joel Feinberg ha connesso la nozione di diritto soggettivo a *the activity of claiming*. Per Feinberg l'uso caratteristico dei diritti è "l'essere pretesi [*claimed*], richiesti, affermati, rivendicati" e soprattutto "è l'atto del rivendicare [*claiming*] che conferisce ai diritti il loro specifico significato morale. [...] Avere diritti ci rende capaci di 'alzarci in piedi da uomini', di guardare gli altri negli occhi"¹³⁸. Verosimilmente, è proprio questo a rendere il linguaggio dei diritti particolarmente adeguato ad assumere la prospettiva *ex parte populi*, a sostenere, per usare una felice espressione di Ferrajoli, "le ragioni del basso, rispetto alle ragioni dell'alto".

Ma non solo il linguaggio dei diritti esprime l'attività del *claiming*, l'affermazione della propria dignità. Anche l'origine storica dei diritti può essere ricollegata alla rivendicazione ed al conflitto sociale. Ci si può qui ricollegare ad un'importante tesi di Norberto Bobbio. Adoperando una felice espressione paradossale, Bobbio scrive che "i diritti naturali sono diritti storici"¹³⁹ e cioè "sono nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa

¹³⁵ Ivi, p. 43.

¹³⁶ Cfr. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1992.

¹³⁷ Cfr. ROSS A., *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958 (trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 158-59); HART H.L.A., "Are There any Natural Rights?", ora in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 80-83; MACCORMICK N., "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker-J. Raz (a cura di), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

¹³⁸ FEINBURG J., "The Nature and Value of Rights", in *Rights, Justice, and the Bonds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 151.

¹³⁹ BOBBIO, *Letà dei diritti*, cit., p. VIII.

di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre"¹⁴⁰.

Una concezione attivista e conflittualista dei diritti, come l'espressione di pratiche sociali e di rivendicazioni, esalta piuttosto la loro "indisponibilità". Se i diritti non vengono concepiti come una "proprietà" degli individui, ma come l'espressione di pratiche sociali, diviene molto più difficile legittimare l'alienazione e il trasferimento. Non si possono, ad esempio, utilizzare i diritti così concepiti per legittimare la rinuncia al diritto alla vita, la schiavitù volontaria o la stessa sottomissione ad un sovrano assoluto, come viceversa è avvenuto nel corso dell'elaborazione del paradigma giusnaturalistico razionalistico: se i diritti, espressione della "natura umana", costituiscono una "proprietà" del soggetto, il soggetto può anche rinunciare ad essi, alienarli o trasferirli allo Stato, come è evidente, ad esempio, nelle teorie contrattualistiche di Hobbes e di Rousseau. D'altra parte, la consapevolezza della loro funzione – l'espressione dell'opposizione a situazioni di oppressione, la tutela degli individui e dei gruppi dalle varie forme di dominio – permette di modulare il linguaggio dei diritti in riferimento alle situazioni nelle quali il dominio si esercita, che si trasformano storicamente e contestualmente, ed evita di ipostatizzare il soggetto dei diritti, permettendo di modificarne i contorni a partire dalle concrete situazioni di sofferenza e dagli specifici bisogni. È evidente che una tale prospettiva – che non impone aprioristicamente 'il' soggetto dei diritti – risulta meno esposta all'accusa di etnocentrismo e sembra anzi favorire più in generale il confronto interculturale.

Già Las Casas segnalava i rischi dell'universalismo dei fondamenti, e la sua infondatezza. Alcuni autori che hanno affrontato il problema della "traduzione" del linguaggio dei diritti hanno proposto come soluzione la ricerca di comuni esigenze di giustizia o di codici normativi trascendentali. Ci si potrebbe chiedere se non sia percorribile una via alternativa: valorizzare piuttosto l'idea della rivendicazione, della richiesta di riconoscimento, dell'opposizione al dominio ed all'oppressione. Anche l'attività del *claiming* sembra esprimere, a sua volta, un atteggiamento tipico della modernità occidentale. Ma il ricorso al linguaggio dei diritti nell'ambito delle culture "altre", o da parte dei gruppi svantaggiati nel confronto globale, potrebbe essere il segno di un interesse proprio nei confronti di questo elemento. Ciò che probabilmente un approccio "francamente etnocentrico" dovrebbe sottolineare nel linguaggio occidentale dei diritti sarebbe allora la valorizzazione del sentimento di dignità, dell'insofferenza per la sottomissione, della capacità di sollevarsi e reagire; qualcosa di analogo all' kantiana "uscita dalla minorità" o al blochiano "camminare eretti". L'elemento tendenzialmente universale del linguaggio dei diritti potrebbe essere dunque coito, più che nei contenuti specifici che esso ha espresso di volta in volta, nelle sue modalità "formali", che lo rendono adeguato a tradurre in istanze normative questi atteggiamenti e questi sentimenti. In questa ottica la ricerca del fondamento ultimo perde molte delle sue ragioni d'essere.

(Autor convidado).

¹⁴⁰ Ivi, p. XIII-XV. Anche Ferrajoli afferma che il diritto "è il prodotto [...] delle diverse generazioni di lotte e rivoluzionarie l'hanno storicamente modellato, incorporandovi altrettante generazioni di diritti fondamentali" FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, Laterza. Roma-Bari 2001, p. 148. istanze normative questi atteggiamenti e questi sentimenti. In questa ottica la ricerca del fondamento ultimo perde molte delle sue ragioni d'essere.