

# ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA CONCETTUALIZZAZIONE GIURIDICA DELL'UOMO NEL SISTEMA ROMANISTA IN EUROPA E IN AMERICA LATINA

SANDRO SCHIPANI  
*Universidad de Roma*

## 1. PREMESA: SUL CONCETTO DI HOMO-PERSONA NELLA CODIFICAZIONE DI GIUSTINIANO DESTINATA A TUTTI GLI UOMINI

E' noto che, nelle Istituzioni di Gaio, dopo una breve parte introduttiva in cui si definisce il diritto attraverso una sua partizione (*ius commune/ius proprium*, Gai. 1,1) e le sue fonti (Gai. 1,2-7), si imposta la sistematica di esso sulla famosa tripartizione: *personae, res, actiones* (Gai. 1,8), e viene poi dedicato il libro primo alla trattazione *de iure personarum*. Di questo *ius* si sottolinea subito l'articolarsi, *quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*; ma questa *divisio*, anche se *summa*, come pure quella fra persone *sui iuris* e *alieno iuri subiectae* (Gai.1, 48), od altre, non impediscono, nel quadro della elaborazione di un discorso *generatim*, l'utilizzazione del concetto giuridico unitario di *homo* in funzione di categoria sistematica generale.<sup>1</sup>

Le Istituzioni di Giustiniano e il Digesto, nel riproporre tale costruzione e tale ordine sistematico, aggiungono la motivazione tratta da Ermogeniano (lib. I *iuris epitomarum*) secondo cui *prius de personis videamus. Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignoretur* (J.1,2,12; D. 1,5,2).

Questa costruzione e quest' ordine sistematico riflettono dati essenziali del diritto romano, radicati nelle origini e sempre presente: cioè, il riconoscimento in tutti gli uomini di caratteri comuni, l'uguaglianza di base esistente fra loro pur concretamente considerati in rapporto alla loro vita sociale ed ai diversi momenti ed esigenze di essa, ai contesti essenziali in cui essa storicamente si articola, e che si traducono appunto nelle successive *divisiones*. Questo ordine esprime la destinazione ad essi, alla loro tutela, alla regolamentazione delle loro facoltà potestà diritti obblighi ecc. di tutto il diritto, quello 'proprio' e quello 'comune' (e da ciò dipende anche, fra l'altro, la non 'personificazione' di altre entità al di fuori dell'uomo).<sup>2</sup> Questa costruzione e quest' ordine manifestano sul piano dell'elaborazione sistematica dati radicati nelle origini e che guidano il grande

<sup>1</sup> Per l'organizzazione della materia da esporre nelle Istituzioni secondo alcuni pochi *genera* e che poi si articolano, cfr. SCHIPANI S. *Andrés Bello, romanista-institucionalista*, in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. Congreso. Roma, Caracas, 1987*, 220 ss., e lett. *ivi cit.*; per l'uso dello stesso ordine es positivo in altre opere di giuristi classici, cfr. ALBANESE B. *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 7 n. 1.

<sup>2</sup> E' noto che il diritto romano non considerava *persona* i centri di imputazione di rapporti giuridici diversi dall'uomo, anche se le fonti del diritto romano sono state poi usate per la moderna costruzione delle 'persone giuridiche': cfr. per tutti CATALANO P., *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, in *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990 163 ss.; VON LUBTOW U., *Bemerkungen zum Problem der*

*juristischen Person*, in *L'Europa e il diritto romano. St. P. Koschaker*, 2, Milano, 1954, 467 ss.; ORESTANO R. *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, 1, Torino, 1968.

Per una puntuale sottolineatura delle conseguenze negative del fatto che schemi giuridici elaborati per l'uomo vengano utilizzati per la tutela di altri interessi, cfr. GROSSO G. *La funzione del giudice nella società contemporanea: osservazioni*, in *Il Diritto dell'economia*, 17, 1971, 277 ss.; *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976, 94, s.; 227 ss., che ha occasione di esemplificare questa considerazione in rapporto all'uso dell'azione possessoria, commisurata ai rapporti fra uomini, da parte di una grande azienda 'personificata' contro gli operai che occupavano i loro posti di lavoro facendo il c.d. sciopero bianco.

movimento storico integratore di uomini nel diritto realzato da Roma e culminante per l'antichità nella codificazione di Giustiniano.

Infatti, se ad es. consideriamo, come ci esorta Gaio (D. 1,2,1), istituti presenti dal *principium*, incontriamo nella *manumissio*,<sup>3</sup> nell'*adoptio/adrogiatio* degli strumenti, fra loro strettamente coerenti, con cui ogni *pater familias* poteva integrare come libero e *civis* nel *populus*, o poteva accogliere nella *familia*, *seminarium rei publicae*,<sup>4</sup> un'altra persona, o altrimenti incontriamo, a cominciare dall'*asylum*, dalle diverse forme di concessione della cittadinanza, varietà di modi con cui poteva venir accolta nel *populus* una persona, o in altre forme poteva venir integrata una comunità<sup>5</sup> a prescindere da ogni preesistente comune riferimento di *origo* territoriale o vincolo di sangue. Incontriamo cioè la possibilità di passare da uno *status* all'altro, che esprime quella generale uguaglianza di base, che viene intensamente ribadita nei confronti proprio della *summa divisio* così da minarla dalle fondamenta. E proprio l'efficacia straordinaria della *manumissio* del diritto romano venne considerata dallo storico greco Dionigi di Alicarnasso una delle ragioni del successo di Roma nella sua espansione;<sup>6</sup> essa costituisce il dato istituzionale e normativo di cui è stata interprete la posteriore riflessione che l'ha riconosciuta direttamente come l'altra faccia della *servitus* stessa (J. 1,5 pr.; D. 1,1,4: *posteaquam servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis*),<sup>7</sup> ed ha affermato come in base al *vetustius ius naturale, omnes liberi nascerentur*, mentre è dalle guerre che sono *captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae* (J. 1,2,2; 1,5 pr.);<sup>8</sup> essa è stata ribadita da Giustiniano che, poichè *a primis urbis Romae cunabulis una atque simplex libertas*

<sup>3</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I Diritto di famiglia*, rist. Milano, 1963, 219-231; B. ALBANESE, *Le persone* cit., 38-56.

<sup>4</sup> Cfr. B. ALBANESE, *Le persone* cit., 218-237; P. Bonfante, *Diritto di famiglia* cit., 18-52. Sottolinea quest'ultimo autore che l'adozione è "l'aggregazione di un nuovo membro a un consorzio politico-religioso, con eguali diritti e doveri", così come, a proposito della *manumissio*, rileva: "ciò che il magistrato non può fare senza la cooperazione dei comizi in ordini al peregrino libero e congiunto eventualmente alla città col vincolo dell'ospizio e del *foedus*, può farlo senz'altro il privato rispetto al servo. Ora questa facoltà non si comprende se non, di nuovo, richiamando la natura politica della famiglia romana e il carattere sovrano del *paterfamilias*". (Per una analisi della *patria potestas*, attenuta a non chiuderla nella prospettiva dello *ius privatum*, e nello stesso tempo idonea a superare taluni schematismi dell'impostazione del Bonfante, cfr. G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984).

<sup>5</sup> E' inutile sottolineare che la cittadinanza poteva essere acquisita in molti modi: cfr. MOMMSEN Th. *Römisches Staatsrecht*, 3, rist. Tübingen, 1952, pp. 132 ss.; ALBANESE B. *Le persone* cit., 180 ss.; per il "perenne superamento delle frontiere etniche" che guida "la politica di conferimento della cittadinanza", e per la "consapevolezza (di ciò) degli scrittori romani", cfr. CATALANO P. *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 27 e n. 46.

<sup>6</sup> Dion. Alic. 1,9,3 ("i Romani operarono per divenire col tempo il popolo più grande [...] concedendo asilo presso di lor con liberalità a chi ne avesse bisogno, concedendo la cittadinanza a coloro di cui si erano impadroniti in cambio del

comportamento valoroso dimostrato in guerra, e dando il diritto di cittadinanza agli schiavi manomessi, senza disprezzare nessuno" (trad. it. di Cantarelli F. Milano, 1984); v anche 4,22,4-24.

<sup>7</sup> Anche numerose altre sono le norme che considerano lo schiavo come persona ed arricchiscono di contenuto l'elaborazione dommatica in questione per quanto gli si riferisce: pensiamo alla tutela penale e contro gli abusi del *dominus*, alla capacità di compiere atti negoziali ed al *peculium*, al ruolo che può avere nel processo, alla sfera religiosa, ecc.; cfr. per tutti ROBLED A. O. *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976; ALBANESE B. *Le persone* cit., *passim* e partic. p. 108 ss., anche se questo A. non ne trae poi le conseguenze sul piano della costruzione dommatica. L'insistenza della maggior parte della romanistica contemporanea nel negare "valore tecnico/domatico" per il diritto romano all'uso nelle fonti della categoria sistematica di 'persona'-uomo ed alla qualificazione quindi come tale dello schiavo è il frutto di una linea interpretativa maturata in Europa in età moderna in relazione alla costruzione della nozione di 'soggetto di diritto', su cui svolgerò *infra* alcuni sintetici richiami; essa porta ad un grave fraintendimento delle fonti (si consideri ad es. la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* che punisce *qui hominem occiderit* e che viene applicata all'uccisore dello schiavo proprio per la rilevanza dommatica della qualificazione di questi come *homo* - D. 48,8,1,2; Gai. 3,213 ecc.).

<sup>8</sup> Per il valore dinamico, espansivo dell'uguaglianza in base a cui eliminare norme *exhonorantes naturam*, cfr. ad es. nella stessa legislazione giustiniana, la Nov. 21 relativa alla successione ereditaria, per la quale "*nullam esse differentiam masculi et feminae*".

*competebat*, la ripristina pienamente (J. 1,5,3 a cui *adde* Nov. 78) saldando *libertas* e *civitas* (cosa che converge con la cancellazione anche della concezione classica di *peregrinus*, come già ricordato).

In una prospettiva complementare, l'essenza della espansione di Roma, città che aveva *Juppiter* sia al vertice sia all'origine del sistema,<sup>9</sup> sia, come "esistenza inter-etnica", vigilante sul sistema giuridico-religioso di cui erano già "virtualmente" parte anche gli altri popoli,<sup>10</sup> era stata espressa da Livio come *iura gentibus dare* (Liv. 30,32). Essa si sviluppa in modo completo con la progressiva e poi generale concessione della cittadinanza che nella famosa *Constitutio Antoniniana de civitate* del 212 ha un momento di grande significato, e poi nella codificazione di Giustiniano con la cancellazione della stessa categoria classica di *peregrinus*, con la qualificazione del *ius Romanum* come *commune*,<sup>11</sup> e con il parallelo uso di 'Romano' per indicare "una nozione 'politica' e non 'etnica', normativa e istituzionale"<sup>12</sup> (così come anche la nozione stessa di 'Latino', cosa -sia detto per inciso- non di poco rilievo, e chiaramente presente alla radice della qualificazione di 'Latinoamericano').<sup>13</sup>

Il *ius Romanum commune* codificato, che include *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile* (J. 1,2 pr.-2),<sup>14</sup> ha sviluppato il suo *principium*: esso è destinato a tutti, indistintamente, agli *omnes, universi, cuncti*<sup>15</sup> uomini-persone, concreti, di cui fissa e proietta verso il futuro la fondamentale partecipazione ad esso. Il suo *principium* codificato costituisce un dinamismo per una uguaglianza in quanto uomini, sempre da perseguire superando le *divisiones*.

## 2. LA SEPARAZIONE DI HOMO DA PERSONA ALLA BASE DELL'ELABORAZIONE DOMMATICA DEL 'SOGGETTO DI DIRITTO' AGLI INIZI DEL PROCESSI DI STATUALIZZAZIONE DEL DIRITTO IN EUROPA

Per il diritto romano, un profondo rinnovamento è segnato da quella fase della storia, che inizia con la caduta di Costantinopoli-seconda Roma, e con le grandi scoperte

<sup>9</sup> Cfr. per es. Liv. 1,2,4: "*Iuppiter, tuis -inquit (Romulus)- iussus avibus hic in Palatio prima urbis fundamenta feci*". "Nella tradizione della regalità romulea si trovano non solo concreti elementi storici (e forse un desiderio di spiegazione storica), ma anche la radicata esigenza, religiosa egiuridica, di porre a chiusura dell'ordinamento romano (visto storicamente in movimento) una totale ed esclusiva volontà divina. E questo soprattutto il motivo per cui Romolo compie da sé la sua inaugurazione, e questa è una scelta divina (e non una approvazione): egli preesiste all'ordinamento e lo genera per volontà divina" CATALANO P. *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino, 1960, 585.

<sup>10</sup> Cfr. per es. Cic., de Nat. Deorum, 1,116: "*Est enim pietas iustitia adversus deos*"; o la formula della *indictio belli* in Liv. 1,32,10: "*Audi Iuppiter, et tu, Iane quirine, dixique omnes coelestes vosque, terrestres, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum, illum -quicumque est nominat- iniustum esse neque ius persolvere*". "Dunque lo *ius* era considerato [dai Romani] vincolante anche il popolo straniero (...) come (virtualmente) valido per tutti i popoli" CATALANO P., *Linee del sistema* cit., I, Torino, 1965, 37 e 43). Con riferimento alle parole di Livio citate nel testo, tale 'virtualità spiega l'apparente contraddizione fra *iura* che devono essere "dati" e che già vincolano il popolo straniero costituendo

il presupposto della qualificazione giuridica sia della sua condotta sia quindi delle armi romane.

<sup>11</sup> Si consideri ad es. la rilevanza della trasformazione dell'espressione di Cth. 2,1,10 "*Romano et communi iuri viventes*", in C.1,9,8 "*Romano communi iure viventes*" CATALANO P. *Ius Romanum*. *Note sulla formazione del concetto*, in A.A.V.V., *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità*, Napoli, 1984, 548 n. 1.

<sup>12</sup> Cfr. CATALANO P. [*Intervento introduttivo - Seduta preliminare*], in *La nozione di 'Romano'* cit., p. XXIII.

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. CATALANO P. *Prenessa*, in *Emigrazione europee e popolo brasiliano*, Roma, 1987, 8.

<sup>14</sup> Cfr. GÜZMAN BRITO A., *Ratio scripta*, Frankfurt/M, 1981; CATALANO P. *Ius Romanum* cit.

<sup>15</sup> Cfr. il riconoscimento per altro dell'esistenza attuale e non puramente di fatto di altre comunità organizzate, al di là dei confini attuali dell'impero, cioè di altre comunità con propri ordinamenti, e per il ruolo della Chiesa nella diffusione dei principi di esso al di là dei confini, cfr. ad es. Nov. 31,1,3. SITZIA V. F. *Romanità dell'Impero: 'ius civile' e 'ius gentium'* (la citata Nov. è considerata a pp. 264-266); GORIA F. *'Romani', cittadinanza ed estensione della legislazione imperiale nelle costituzioni di Giustiniano*, entrambi in *La nozione di 'Romano' traccittadinanza e universalità* cit., rispettivamente 263 ss.; 277 ss.

geografiche, e che, con il superamento delle istituzioni feudali e del loro particolarismo, attraverso il confronto-scontro della Riforma e dei nascenti Stati nazionali moderni con il Papato e l'Impero, sfocia nella 'Rivoluzione Francese', nella 'Rivoluzione per l'indipendenza dell'America Latina' nella 'Rivoluzione di Ottobre' e nelle codificazioni. Tutto ciò lo porta infatti sia ad una più generale e articolata affermazione dei suoi concetti principi istituiti e norme, sia ad aprire alla nuova realtà 'globale' il suo universo chiuso del Medioevo, sia però anche ad affrontare il nuovo particolarismo statuallegalistico diretto alla frantumazione del suo universalismo.

All' inizio di questa fase del sistema romanista, si è svolta in Europa, in dialogo con le fonti romane ed i posteriori sviluppi di esse, una importante vicenda dei concetti giuridici e della correlativa normativa relativi alla 'persona', che è stata messa a fuoco dagli studi di questi ultimi decenni.<sup>16</sup> Si tratta della vicenda che ha portato alla fissazione della nozione di 'persona' come 'soggetto di diritto' considerato questo come il 'presupposto' dei diritti soggettivi quali poteri 'concessi' dall'ordinamento per il soddisfacimento di interessi.<sup>17</sup> In conseguenza di essa, il primo grande codice moderno, l'Alr prussiano del 1794, al §1 della Prima Parte definisce: "L'uomo è chiamato persona nella misura in cui gode di certi diritti nella società civile";<sup>18</sup> incisivamente, in dottrina, il Thibaut scrive: "Colui il quale è considerato in qualsiasi riguardo soggetto de un diritto, si chiama per questo persona, particolarmente in quanto lo si consideri come soggetto di un diritto civile".<sup>19</sup>

Questa vicenda prende le mosse dalla separazione della nozione di *homo* e di *persona*, per cui si riconosce rilevanza solo alla seconda in conseguenza della titolarità dei diversi *status* (*libertatis, civitatis, familiae*), con una reinterpretezione del sistema del diritto romano in contrasto evidente con i dati di esso sopra ricordati, e aprendo così la via ad un capovolgimento concettuale di grande rilievo.

Basti ricordare alcuni testi: Donellus (1517-1591): "*Servus... homo est, non persona; homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*";<sup>20</sup> Vulteius (1565-1634): "*Persona est homo habens caput civile, quod positum est in tribus, in libertate, in civitate, in familia... Quicumque nullo horum statuum gaudet iure romano non persona, sed res habitur*";<sup>21</sup> Lauterbach ( ): "*Statu hominis... est conditio sive qualitas personarum quae facit, ut quis societatis alicuius membrum sit eiusdem juris communionem habet*";<sup>22</sup> Heineccius (1681-1741): "*Homo et persona in iure maxime differunt. Homo est, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contigit. Persona est homo, cum statu quodam consideratus... Certissimum ergo juris axiomata est: quicumque nullo statu gaudet, iure Romano non persona, sed res habetur*".<sup>23</sup> Appare chiaro come avvenga una separazione ed un capovolgimento: l'*homo* viene separato dalla *persona*, e questa è determinata dallo *status*: "questo è la causa, quella l'effetto".<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Cfr. per tutti COING H. *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt/M., 1962; Idem, *Europäisches Privatrecht*, Frankfurt/M., 167 ss.; ORESTANO R. *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino, 1968, la cui prima parte è riprodotta, con altri saggi interessanti per il tema, in Idem, *Azione, Diritti soggettive. Persone giuridiche*, Bologna, 1978; CATALANO P. *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 941 ss.

<sup>17</sup> Cfr. per tutti ad es. ENNECERUS-NIPPERDAY, *Bgb Alg. Teil*, 13 ed., 1931, §76 I.

<sup>18</sup> ALR, Erster Theil, §: "Der Mensch wird, in so fern gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genisst, eine Person genannt".

<sup>19</sup> THIBAUT, *System* §207: "Derjenige, welcher in irgendeiner Rücksicht als Subjekt eines Rechts betrachtet wird, heisst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subjekt bürgerlicher Rechte betrachtet".

<sup>20</sup> DONELLUS H. *Comment, de iure civili*, Ib. II, cp.9.

<sup>21</sup> VULTEIUS H. *Iurisprudentia Romana*, Ib. I, cp. 3767.

<sup>22</sup> LAUTERBACH W.A. *Compendium iuris brevissimis verbis, sed amplissimo sensu et allegationibus universam fere materiam iuris exhibens*, 3 a D.1.5.

<sup>23</sup> HEINECCIUS J.G. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, §§ 75-76.; v. anche dello stesso *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, § 122 ove aggiunge: "*Unde sine statu nec persona intellegitur*".

<sup>24</sup> COING H. *Europäische cit.*, 168, il quale annota conclusivamente. "Damit ist ein modernes Verständnis vorbereitet" (p.170). Cfr. anche Idem, *Zur Rechtsgeschichte*, cit., 63: "Er [Donellus] bezeichnet den Status als *ius personae* und als *causa* der *persona* im Rechtssinne. Nur Kraft des Status ist man *persona*"; ORESTANO R. *Il problema cit.*, 14.

E' poi della Scuola del Diritto Naturale il superamento della dottrina degli *status* sostituiti dalla titolarità di *potestates, iura, obligationes*: Wolf ( ): "*homo moralis est subjectum obligationum atque iurium*".<sup>25</sup>

Intorno a questa nuova nozione di *persona*, designata anche come *homo moralis*, e poi soprattutto come *subjectum* 'soggetto di diritto' si viene a congiungere la costruzione teorica di un intero sistema di diritto in termini di diritti soggettivi.<sup>26</sup> Questa costruzione a sua volta poi diventa modello ispiratore per l'elaborazione di progetti di riforma degli ordinamenti, di reinterpretazione delle fonti, di codificazioni; essa, soprattutto dalla Pandettistica tedesca, viene forzata a tradursi in un sistema di diritto positivo.<sup>27</sup>

Contemporaneamente, in Europa, si sviluppa la tendenza alla esclusione del *ius Romanum commune*, ed alla sua 'nazionalizzazione' 'statualizzazione'; perde altresì di consistenza in rapporto ad ogni uomo il *ius gentium* e si fonda con il materiale di esso un diritto 'interstatuale' che si qualifica appunto 'internazionale'; al *ius naturale* si contrappone la rilevanza esclusiva del diritto positivo vigente. E' il monopolio del diritto da parte dello stato.

Il combinarsi di queste vicende vede i diritti soggettivi svolgere un ruolo ambivalente e non senza contraddizioni, come strumenti di tutela del soggetto anche nei confronti dello stato, laddove per altro il soggetto dipende per la sua soggettività dallo stato stesso che produce il diritto e, attraverso di esso, i diritti, senza la titolarità dei quali il soggetto non è tale, o, in caso di limitazioni nella titolarità di essi, è limitata anche la sua soggettività. Savigny sottolinea che il "soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo... Tuttavia questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, limitative ed estensive... Può cioè in primo luogo, negarsi a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica". Queste parole trovavano un limite nel sistema delle fonti vigenti allora in Germania includenti il *Corpus Iuris*, ma il criterio da esse espresso può sfociare anche in norme come quella dell'art. 1. co. 2 del cc. italiano del 1942: "Le limitazioni della capacità giuridica derivate dall'appartenenza a determinate razze, sono stabilite da leggi speciali" (norma abrogata nel 1944).<sup>28</sup>

La necessità di non lasciar chiudere, o di rompere questo cerchio che si chiudeva, costituisce uno dei centri delle preoccupazioni della Scuola del Diritto Naturale, dell'*Usus Modernus*, del *ius gentium* e del costituzionalismo moderni europei. In questa linea si iscrive il § 16 dell'ABGB austriaco del 1811: "Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono con la sola ragione, perciò egli è da considerarsi come una persona";<sup>29</sup> si iscrivono pure le teorie dei diritti umani, le teorie dei diritti fondamentali ecc., che forse riuscirono a fare anche qualche passo oltre nel dilemma ad es. fra autolimitazione dello stato e diritto di resistenza ed altri strumenti di autonomia della persona, e più in generale nel conservare al sistema un

<sup>25</sup> WOLFF Ch. *Ius naturalae*, §§ 12, 17-19.

<sup>26</sup> Per lo sviluppo moderno dell'elaborazione dogmatica dei diritti soggettivi, cfr. per tutti i diversi studi di VILLEY M. di cui alcuni trad. spagn. in *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976, e COING H. *Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'*, in Idem, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, 1962, 29 ss.

<sup>27</sup> Cfr. ORESTANO R. *Il problema cit.*, 17. Idem, *Diritti soggettivi e Diritti senza soggetto*, in *Jus* 11, 1960 = in *Azione cit.*, 115 ss. qualifica questa tendenza come "la 'grande illusione' di poter trasportare dal piano filosofico-giusnaturalistico al piano giu-

ridico-positivo l'idea dell'individuo-soggetto di diritto, con tutti i suoi attributi e i suoi predicati e di poter costruire sulla sua potestà divolare il 'sistema' giuridico" (p. 132).

<sup>28</sup> Puntualmente sottolinea questo punto CATALANO P. *Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil Peruano de 1984 in El Código Civil Peruano cit.*, 234.

<sup>29</sup> ABGB § 16: "Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als ein Person zu betrachten".

più profondo livello universalisticamente aperto al servizio di ogni uomo, espresso in modo indiretto, frammentario, ma pur in vigore anche se con una limitata e controversa effettività.<sup>30</sup>

Non è questa la sede per l'esame di questi sviluppi, che, per altro, da un lato non coinvolgono tutte le linee di elaborazione del diritto presenti in Europa, d'altro lato influiscono su quelle presenti in America. Mi sembra invece interessante accennare a quanto avviene nel sistema romanista al confrontarsi appunto con la realtà dell'America, cioè in relazione a persone e terre con cui non esisteva un precedente significativo contatto.

### 3. LA CONTROVERSIA SULLA NATURA DI 'VERDADEROS HOMBRES' DEGLI INDIGENI DELL'AMERICA E SULLA LIBERTÀ ORIGINARIA DI TUTTI GLI UOMINI NELL'APERTURA DEL DIRITTO ROMANO COMUNE ALL'AMERICA

E' interessante esaminare cosa avviene sia al primo confrontarsi del sistema romanista con la realtà dell'America, cioè in relazione a persone e spazi con cui non esisteva un precedente significativo contatto, sia nel momento dell'indipendenza, cioè in relazione al definitivo identificarsi autonomo del sub-sistema latinoamericano entro il sistema romanista. Ma ciò evidentemente non posso fare qui ora, e mi limito ad indicare alcuni spunti assai parziali e limitati alla prima vicenda, che ritengo però confermino la necessità di un esame approfondito.<sup>31</sup>

A primo vista, dunque, mi sembra che sarebbe fruttuoso considerare l'eventuale carattere permanente impresso al sistema da quel profilo del dibattito che ha accompagnato l'evento iniziale della 'scoperta' e 'conquista' e che, non certo l'unico, appare e, nell'ambito della riflessione sugli accadimenti volta ad organizzare la nuova società, è il più brutale, ma proprio per la sua radicalità si rivela particolarmente chiarificatore: il dibattito cioè sulla 'umanità' degli indios.

Riepilogo schematicamente i dati principali, assai noti.<sup>32</sup>

I primi rapporti che Colombo, ed i re di Castiglia ebbero con gli indios ci si presentano concepiti come fondati sulla libertà di questa "gente" e sul loro assoggettamento politico.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Cfr. per tutti EICHLER, H. *Personenrecht*, Wien-New York, 1983; Idem, *Verfassungsbewegungen in Amerika und Europa*, Frankfurt-Bern-New York, 1985.

<sup>31</sup> Sulla seconda vicenda, cfr. primi cenni in SCHIPANI, S. *Principi per un 'codice tipo' di diritto delle persone per l'America Latina (appunti per una ricerca sull'unità della categoria di persona-uomo) c. relazione svolta a Bogotá, al Congresso su...* (Atti in corso di stampa).

<sup>32</sup> La letteratura sul tema è vastissima; v. recentemente gli atti dei due congressi *La ética en la conquista de América (1492-1572)*, Salamanca, 1984; *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*, Milano, 1988.

<sup>33</sup> Cfr. le *Capitulaciones concedidas por los Reyes Católicos a Colón, para descubrir en el Océano*, Santa Fe 17 april 1492 (riprodotta in MORALES PADRON, F. *Teoría y Leyes de la Conquista*, Madrid, 1979, 47 ss.) e la *Carta de los Reyes Católicos a un Príncipe indeterminado de Oriente presentando a Colón como enviado suyo*, 30 april 1492 (riprodotta in GARCIA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho Español*, 2, *Antología de Fuentes del Antiguo Derecho*,

Madrid, N. 851), con le differenze di presupposto e di prospettiva a cui risultano commisurate: le prime relative a "islas y tierras firmes" che "se descubrirán o ganarán"; la seconda, relativa ad un contatto con un popolo ed un potere politico che si accettano e, secondo la sistemazione di Bartolo che cito *infra* in questa stessa nota a titolo esemplificativo, sarebbero da collocare nell'ultima categoria, ove appunto ci si riferisce a *illi, de India*. Cfr. anche ad es. il *Diario del primer viaje de Colón* (secondo l'estratto di Bartolomé de las Casas, riprodotto in parte in GARCIA GALLO, A. *Fuentes cit.*, N. 852), e la *Carta de Colón, anunciando la llegada a las Indias y a la provincia de Catayo* (riprodotta in MORALES PADRON, F. *Teoría y Leyes cit.*, 149 ss.), ecc. Cfr. però anche le Bolle pontificie, ed in primo luogo le *Inter cetera*, 3/5/1493 e 4/5/1493.

Per la impostazione generale del sistema del diritto romano, in relazione alla applicabilità del *ius civile*, la base costituita dalla Glossa ordinaria (cap. 12 *ius quiritium*, dist. 1, s. vv. *quod nulli*) affermava nitidamente: "*etiam gentiles sunt sub romano*

La schiavitù in cui poi vengono ridotti taluni indios, il cui numero cresce rapidamente, fa sorgere la domanda: "¿Qué poder mio tiene el Almirante para dar a nadie mis vasallos?", secondo le parole attribuite alla regina Isabella di fronte alle assegnazioni di schiavi fatte da Colombo nel 1500, ma che riflettono il problema posto già cinque anni prima, di fronte ai primi atti di riduzione in schiavitù di indios e di invio di essi per essere venduti.<sup>34</sup> Il fatto stesso di porre il problema, e la soluzione favorevole alla libertà, salvo per quelli catturati in "buena guerra", si inquadrava nei principi generali del diritto comune civile, appoggiandosi sul du-

*imperio: nam imperator est princeps totius mundi*". Questa affermazione generale poi si articolava. Mi sembra interessante ricordare ad es. BARTOLO DI SASSOFERRATO (1314-1357) (*In primam Digesti veteris partem, in legem I post actiones, de rei vindicatione, § per hanc autem* = D. 6,1,1,3) che, sebbene affermi: "ego dico, quod imperator est dominus totius mundi... unde si alios tenent mundum, ipse imperator posset vindicare", tuttavia rileva che l'Imperatore stesso si autolimita di fatto nell'imporre leggi ai gentili affinché non ne derivi che "leges essent ludibrio", cioè perché dalla disapplicazione della legge non derivi un dispregio nei confronti della stessa. Inoltre Idem (*In secundam ff. novi partem, in legem hostes, de captivis et postliminio* D. 49, 15, 24, n. 8, ed. Venezia, 1585, f. 20 v-b.) distingue: "vos debetis scire quod sunt genera gentium principaliter: primo populus Romanus, secundo populi extranei", e quindi in questo ambito riconosce una situazione varia: vi sono i greci "qui non credunt Imperatorem Romanum esse dominum universalem, sed dicunt Imperatorem Constantinopolitanum esse dominum totius mundi", ma che possono essere alleati, "ut erant Graeci nobis federati contra Turcos"; vi sono poi Principi infedeli: "item Tartari, qui dicunt Gratchan esse dominum universalem; et Saraceni, qui dicunt dominum eorum esse dominum totius mundi", fra i quali vi è però differenza, in quanto nei confronti di alcuni ut Tartari, "habemus pacem, nam mercatores nostri vadunt ad illos, et illi ad nostros", nei confronti di altri "habemus guerram indictam, ut cum Saracenis et hodie cum Turcis"; vi sono infine popoli con cui non vi sono rapporti consistenti: "quidam cum quibus non habemus pacem nec guerram, nec aliquid facere". Per il *ius canonicum*, le dottrine di Sinibaldo de' Fieschi, Papa Innocenzo IV (-1254) e di Enrico da Susa, Cardinal Ostiense (-1271), così come la filosofia di Tommaso d'Aquino (1225-1274) articolano una concezione parallela, che prende le mosse dalla considerazione del Pontefice come "universalis monarcha totius populi christiani, et de iure totius mundi", e che per TOMMASO (*Summa theologica*, II-II, q. 10 a. 10): "..."; per SINIBALDO (*Apparatus, in cap. 8 quod super his, X, de voto et voti redemptione*, 3, 34, n. 14): "dominia possessiones et iurisdictiones licite sine peccato possunt esse apud infideles... et propter hoc dicimus quod non licet papae, vel fidelibus, auferre sua sive dominia sive iurisdictione infidelibus, quia sine peccato possident", mentre per L'OSTIENSE (*lectura in cap. quod super his, de voto*, n. 26): "Mihi tamen videtur quod in adventu Christi omnis honor, et omnis principatus, et omne dominium, et omnis iurisdictione... omni infideli

*subtracta fuerit et ad fideles translata*", con la deroga, per altro, che quanti di essi riconoscono il *dominium* della Chiesa possono addirittura "habere possessiones et colonos christianos et etiam iurisdictionem ex tolerantia ecclesiae"; e che da queste basi, maturate prevalentemente in relazione ai rapporti con i Turchi ed alle Crociate, si siano avuti sviluppi innovativi soprattutto in relazione alle imprese marittime del 1400, ed in particolare delle Canarie, ed alle vicende politiche interne alla "respublica gentium christianarum".

In terzo luogo, l'applicabilità sia delle *Siete Partidas*, 2,1; 2,23 ss. e particolarmente 2,29; 4, 21 ss., relative a "De los Emperadores, e de los Reyes, e de los otros grandes Señores"; "De la guerra que deven fazer todos los de la tierra"; "De los captivos e de las sus cosas, e de los lugares que caen captivos, en poder de los enemigos"; "De los sierros"; "De la libertad"; "Del debdo que han los omes con sus señores, por razón de naturaleza"; "De los vasallos"; ecc., sia di altre leggi, e principi era strettamente connessa al generale dibattito sul *ius commune* e varia in rapporto alle diverse impostazioni che si seguono sui presupposti del *bellum iustum*, alla stregua delle concezioni generali citate e dei loro sviluppi (cfr. ad es. l'amplissima glossa di Gregorio López a Part. 2,23,2 ad Acrescentar el pueblo su fe).

Cfr. per tutti BELLINI P. *Bellum Romanum; sulla fondazione canonistica della crociata in Terra Santa*, in *La nozione di 'Romano'* cit., 63 ss.; Idem, *Dominus totius mundi. L'Imperatore dei romani e i popoli estranei al popolo romano (sec. XII-XIV)*, in *Popoli e spazio* cit. 247 ss.; MURILLO RIBIERA F. *La Conquista de América y el derecho de gentes, in La Etica en la Conquista de América (1492-1573)*. Actas, Salamanca, 1984, 14 ss.; CASTAÑEDA DELGADO P. *La ética de la Conquista en el momento del Descubrimiento de América*, in *La Etica* cit., 37 ss.; GARCIA GALLO A. *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27-28, 1958, 461 ss.; Idem, *Manual* cit., par. 1185 s. e 2, *Antología de Fuentes* cit., N. 844-848.

<sup>34</sup> Cfr. ad es. la *Carta de los Reyes Católicos a don Juan de Fonseca, obispo de Badajoz y encargado de los asuntos de Indias* (13 april 1495, in GARCIA GALLO A. *Antología* cit., N. 953; DE LAS CASAS B. *Historia de las Indias*, 1, cap. 176. In generale, cfr. RAMOS PEREZ D. *Las conquistas americanas anteriores a 1534 a la luz de la ética oficial*, in *La Etica* cit., 133 ss.

plice presupposto logico-donnatico della sua vigenza nelle relazioni con essi e dell'unità di base in esso fondata del *genus* 'uomo', che si divide in *liberi* e *servi*, in cui "servidumbre es postura, e establecimiento, que fizieron antiguamente las gentes, por lo qual los omes que eran naturalmente libres se fazen siervos e se meten a señorio de otro, contra razon de natura... E son tre maneras de siervos. La primera es, de los que cativan en tiempo de guerra, seyendo enemigos de la fe" (Part. 4,21,1).<sup>35</sup> La R.C. del 20 giugno 1500, che disponeva la libertà di tutti gli indios che Pedro de Torres teneva in deposito, è poi un esempio dei dubbi relativi ad abusi.

Queste conseguenze estreme per la libertà che veniva ad avere per degli uomini l'entrata in rapporto concreto con il sistema, ponevano così in movimento, con la forza e priorità che scaturiva dalla loro gravità per l'uomo, un processo di verifica degli atti che si stavano compiendo, e dei loro presupposti.<sup>36</sup> L'iniziale riconoscimento della generale libertà degli abitanti dei territori assoggettati veniva quindi reiteratamente implicitamente od esplicitamente ribadito in una prima produzione di norme che, sulla base del parere di esperti, venivano elaborate per cercare di tradurre in puntuali circoscritte disposizioni in principi relativi ai presupposti specifici necessari per la eventuale riduzione di essi in schiavitù nelle diverse nuove circostanze che si presentavano: l'osservanza di tali norme, fra le quali le più organiche sono certo le cosiddette *Leyes de Burgos* del 1512-1513 e la redazione della *nueva formulación del Requerimiento*, avrebbe reso la schiavitù senza più dubbio legittima nel rispetto dei principi del sistema.<sup>37</sup>

Ma lo stesso esame dei presupposti necessari e la notizia delle situazioni che derivavano dalla applicazione delle norme prodotte, o dalla loro inapplicabilità, veniva a coinvolgere anche la verifica dei principi generali che giustificavano la stessa guerra, le diverse azioni connesse, i fatti che ad esse davano motivo.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Cfr. J.1,3; D. 1,5,3,4 e *supra*.

Cfr. altresì, per la limitazione connessa alla fede, la glossa a cui rinvia a Part. 2,29,1: "*Inter christianos non servatur iura captivitatis quo ad personas captas in bello*". L'origine del divieto risale, come noto, al III Concilio Lateranense del 1179.

<sup>36</sup> Questa priorità sottolinea anche MURILLO RUBIERA, F. *La Conquista* cit., 21: "De las dos grandes cuestiones que llenaron la llamada 'Polémica Indiana', la referente a la legitimidad de los títulos para las conquistas, de un lado, y, de otro, la licitud de las acciones contra los indios, pese a la estrecha vinculación existente entre ellas", fu questa seconda quella che suscitò "dificultades inmediatamente". Egli individua così puntualmente nell'uomo che, mi sembra di poter porre in evidenza, maggiormente deve essere riscattato e tutelato il fattore trainante, storicamente prioritario nella dinamica del sistema, e PEREZ-PRENDES, J.M. *La solución legal de la 'duda indiana'*, in *La Etica* cit., 497 s. complementariamente sintetizza: "Las cuestiones concretas y sucesivas con la que se enfrentará el Derecho indiano desde 1512 al menos, serán reducibles a una sola, el *estatuto jurídico que los Reyes de Castilla deban reconocer al indio americano* [corsivo nel testo]... todas las facetas que integran el mosaico de la gigantesca perplejidad jurídico-política a la que llamamos la 'duda indiana' deben ser orgánicamente concebidas a través del hilo conductor que en última instancia las liga, la construcción de un estatuto jurídico apli-

cable al indio, tanto en el plano jurídico-público como en el jurídico-privado".

<sup>37</sup> Cfr. le *Ordenanzas para el tratamiento de los indios (Leyes de Burgos)* del 1512-1513 e la redazione della *nueva formulación del Requerimiento* in MORALES PADRON, F. *Teoría y Leyes* cit., 303 ss.; 329 ss. (con lett. essenziale); GARCIA GALLO, A. *Fuentes* cit., N. 965 e 860; al N. 859 v. anche l'Informe emitido por la Junta de teólogos y juristas reunida en Burgos en 1512, secondo il testo riferito da DE LAS CASAS, B. *Historia* cit., 3 cap. 8. Sul *Requerimiento*, cfr. RAMOS PEREZ, D. *Las conquistas* cit., 140 ss. La produzione normativa è per altro vastissima; cfr. una rassegna in MUÑOZ OREJON, A. *Normas de justicia en las guerras contra los indios*, in *La Etica* cit., 561, e, per quella della guerra contro gli indios caribes, 555 ss. Per l'esame dei presupposti che originavano la schiavitù, cfr. RAMOS PEREZ, D. *Historia de la colonización española en América*, Madrid, 1947, 284 ss., e, più analiticamente SECO, J.A. *Historia de la esclavitud de los indios del Nuevo Mundo*, La Habana, 1932.

<sup>38</sup> Sul pensiero di Alonso de Loaysa, Matías de Paz, Juan López de Palacios Rubios, Bernardo de Mesa, Martín Fernández de Enciso, Juan de Quevedo, Miguel de Salamanca ecc., cfr. sintesi in GARCIA y GARCIA, A. *La ética de la Conquista en el pensamiento español anterior a 1534*, in *La Etica* cit., 77 ss.; su Cayetano, cfr. DE LA HERA, A. *La ética de la Conquista en el pensamiento europeo anterior a Vitoria*, in *La Etica* cit., 125 ss. Sulla problematica

Parallelemente, in un tale contesto di generale riconsiderazione anche delle dottrine e dei principi coinvolti a livello filosofico-morale e di ripensamento delle norme applicate e dei loro fondamenti, è la stessa affermazione della libertà degli indios confermata nella menzionata legislazione, che viene messa da taluno in dubbio. Viene presa in esame una serie di notizie sui loro comportamenti, organizzazione, usi da cui scaturiscono implicitamente od esplicitamente le qualificazioni degli stessi come 'incapaci', 'viziosi', 'barbari', 'bruti'. Si motiva così sulla base di tali presupposti, tradizionali ma reinterpretati innovativamente (l'incapacità) o nuovi ed estranei al sistema, la disapplicazione, gli abusi o le violazioni delle leggi esistenti; la necessità di norme che riducono gravemente tale libertà; o la neghino del tutto ('schiavi per natura', secondo la divisione degli uomini, la cui la formulazione originaria è attribuita ad Aristotele).<sup>39</sup>

Consideriamo ad es. "según se à visto por luenga ispiriençia... de su natural son inclinados a ociosidad y malos vicios"; "Agora nos somos informados que los dichos caciques e indios... se han fecho tan capaces y tienen tanta abilidad que podrán bivar por si política y hordenadamente"; "no merecen libertades... comen carne humana... son como asnos, abobados, alocados, insensatos... no son capaces de doctrina ni castigo... en fin digo que nunca crió Dios tan cocida gente en vicios y bestialidades sin mezcla de bondad y policia"; "diciendo que eran bestias y que tenían pecados e que Dios los había sentenciado y que todos perecerían"; "los tardios y perezosos de entendimiento... son por naturaleza siervos y es justo y útil que lo sean"; ecc.<sup>40</sup>

Le parole della notissima predica della IV domenica di Avvento del 1511 di Antonio de Montesinos: "con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? estos no son hombres? no tienen ánimas racionales?"<sup>41</sup> testimoniano il nucleo del nuovo problema, e se non fossero una citazione testuale e ne fossero piuttosto una riformulazione posteriore di Bartolomé de Las Casas,<sup>42</sup> a maggior ragione ne rappresenterebbero il nocciolo, la puntuale concettualizzazione filtrata dal lungo dibattito.

I punti di arrivo più significativi mi sembrano la Bolla pontificia *Sublimis Deus* del 2 giugno 1537 e le cosiddette *Leyes Nuevas* del 1542.

designata abitualmente come dei 'iustos titulos', della 'duda indiana' ecc., in rapporto alla quale emergono sopra tutti i contributi di Francisco de Vitoria, Diego de Chaves, Vicente Barrón, Domingo de Las Cuevas, Diego de Covarrubias, Domingo de Soto, Melchor Cano, Ledesma, e in generale dell'Università di Salamanca, cfr. PEREÑA VICENTE, L. *Respuestas universitarias a la 'duda indiana'*; HERNANDEZ MARTIN, R. *Revisionismo de Francisco de Vitoria: hipótesis de la conquista*; BRUFAU PRATS, J. *Le primera generación de la Escuela de Salamanca: Soto, Cano, Covarrubias*; PEREZ FERNANDEZ, J. *Análisis extrauniversitario de la Conquista americana en los años 1534-1549*, in *La Etica* cit., rispettivamente pp. 177 ss.; 201 ss.; 223 ss.; 239 ss.; HERNANDEZ MARTIN, R. *Francisco de Vitoria en la crisis de su tiempo*; PEREÑA VICENTE, L. *La escuela de Francisco de Vitoria en la promoción de la paz*, in *I diritti dell'uomo* cit., rispettivamente 31 ss.; 81 ss.

<sup>39</sup> Cfr. il notissimo passo della *Política*, 1, 5, 1254 b 16 ss.

<sup>40</sup> Rispettivamente: il prologo delle cit. *Leyes de Burgos*; il Prologo della *R. Provisión de la Reina Juana y de su Hijo Carlos V al Loco. Rodrigo de Figueroa, juez de residencia de la isla Española* (9 dicembre 1518) (in GARCIA GALLO, A. *Fuentes* cit., N.

968); ORTIZ TOMAS e DE BETANZOS DOMINGO, (entrambi cit. in HANKE, L. *La lucha por la justicia en la conquista de América*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, rispettivamente 97 e 122); GINES DE SEPULVEDA J., MAIR JUAN. Quest'ultima "opinión diabolica" è attestata come diffusa ad es. da DAVILA PRADILLA, A. *historia de la fundación y discurso de la provincia de Santiago de México, de la Orden de Predicadores y cosas notables de la Nueva España*, Madrid, 1595, 109; REMESAL, A. *Historia de la Provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala de la esclarecida Orden de nuestro Glorioso Padre Santo Domingo de Guzmán*, Madrid, 1619, 140 che cito da LOBATO CASADO, A. *El Obispo Garcés, O.P., y la Bula 'Sublimis Deus'*, in *Los Dominicos y el Nuevo Mundo. Actas del Congreso. Sevilla 1987*, Madrid, 1988, 749.

Cfr. su Sepúlveda, ANDREOTTI, R. *La teoria del 'bellum iustum' in Juan Ginés de Sepúlveda, antagonista di Las Casas e CAPPAGLI, P. Juan Ginés de Sepúlveda e il descubrimiento*, in *I Diritti dell'uomo* cit., rispettivamente 173 ss.; 247 ss.

<sup>41</sup> Cfr. DE LAS CASAS B. *Historia* cit., 1, 3, 4.

<sup>42</sup> Cfr. i dubbi sulla lettura da parte di Antonio de Montesinos di un testo scritto espressi da GARCIA Y GARCIA, H. *La ética* cit., 78 ss.

La prima perviene alla notissima affermazione: "que los indios como verdaderos hombres, no solamente son capaces... los referidos indios y todos los demás pueblos que en adelante vengán al conocimiento de los cristianos, aunque se encuentren fuera de la fe de Cristo, no han de estar privados, ni se han de privar de su libertad, ni del dominio de sus cosas".<sup>43</sup> E' al semplice loro perfezionare il presupposto di fatto della categoria 'uomo' che seguono le conseguenze giuridiche sulla loro capacità e libertà, sul loro godimento dei loro beni, e quindi anche la qualificazione giuridica dell'occupazione delle loro terre ed altre cose, della guerra e l'individuazione di quale possa essere la fonte di eventuale schiavitù, ecc.

Le seconde costituiscono un rinnovato sforzo di articolazione in un complesso organico di disposizioni destinate all'applicazione della ininterrotta linea del diritto comune, del suo unitario concetto di uomo che quindi non si modifica, ma viene consapevolmente riacquisito ed in relazione al quale l'affermazione della libertà degli indios, reagendo alle citate polemiche ed in consonanza con il documento pontificio, significa più pienamente l'affermazione dell'umanità degli stessi accentuandone la spinta dinamica. Questa consapevole affermazione per il nuovo mondo produce un passo avanti sotto il profilo normativo, perchè perviene, come è noto, a far maturare nei confronti degli indios il generale divieto di riduzione in schiavitù, per qualsiasi causa,<sup>44</sup> divieto che nel sistema già valeva nei rapporti fra cristiani, e che ora non richiede più tale presupposto di ordine religioso, ma viene così esteso.<sup>45</sup>

Il dibattito che si è svolto, le norme che sono state prodotte, attraverso contraddizioni e incertezze, esprimono un confronto diretto con la realtà che si

<sup>43</sup> Come è noto, questa è la traduzione di B. de Las Casas, che ha circolato, essendo il testo latino originale rimasto irreperibile per secoli a seguito della opposizione ad esso di Carlo V che ne chiese, ed ottenne, il ritiro. Cfr. in particolare LOBATO CASADO, A. *El Obispo Garcés O.P.* cit., 739 ss. ed ivi anche p. 791 ss. il testo della Bolla, che è riprodotto altresì da GARCIA GALLO, A. *Fuentes* cit., N. 956.

<sup>44</sup> Cfr. le *Leyes nuevas de Indias* in MORALES PADRON, F. *Teoría y Leyes* cit., 421 ss.; v. particolarmente cap. 20-25. V. anche già la R.P. data a Madrid il 2 agosto 1530, e diretta alle RR. Audiencias de Santo Domingo y México, in cui "para evitar los extraordinarios abusos ocurridos, consultado el Consejo de Indias, ordena el Emperador que aunque sea en guerra justa, y mandada por el Rey, nadie cautive a los indios ni los tenga por esclavos, revocando todas las licencias anteriores... En cuanto a los indios esclavos de sus cachiques, la R.P. dada en Fuensalida a 26 de octubre de 1541, manda que nadie compre, ni rescate estos indios. Y de la misma fecha otra R.P. que ordena que los cachiques, ni principales no puedan hacer indios esclavos" MUÑOZ OREJON, A. *Normas de justicia* cit., 561 s. con rinvio alla *Copilata de las leyes de Indias*, Coll. Doc. de Ultramar, 1530, 1531, 1542 e 1552 ley 13, I del III, tomo II, p. 171, ed a DE ENCINAS, D. *Cedulario Indiano*, 4, 364-367); su questa R.P., cfr. anche PEREZ-PRENDES, J.M. *La solución legal de la duda indiana*, in *La Etica* cit., 501; cfr. inoltre *Rec. de Indias* 6,2,1 nota con la serie degli antecedenti della statuizione generale ivi posta.

Non prendo in esame qui le resistenze che

hanno suscitato le *Leyes nuevas*, le modifiche che hanno subito e tutte le successive riaffermazioni della disposizione richiamata, nè le numerose deroghe dettate per situazioni diverse, ma numerose che vengono emanate o vigono ancora a lungo, cfr. PEREZ-PRENDES, J.M. *La solución* cit., e *Rec. de Indias*, 6,2, 12. 13.

<sup>45</sup> SOLORZANO PEREIRA, J. de *Política Indiana*, 1648 lb. 2 cp. 1 così riassume i termini di quello storico dibattito: (10) "y para convencer á los que los tenían por tan bárbaros ó brutales que aún les hacían indignos del nombre de hombres racionales, y en esto fundaban, ó con esto tiránicamente introducían su esclavitud, escribió larga, docta, y no mal limada carta in latín D. Fr. Juan Garcés... á la Santidad del Papa Paulo III... en que con vivas razones, y eficaces exemplos, procura mostrar cuánto se engañan los que siembran tan mala doctrina. (11)... un Breve... en substancia declara que es malicioso, y procedido de codicia infernal, y diabólica, el pretexto que se ha querido tomar para molestar, y despojar los Indios, y hacerlos esclavos, diciendo que son animales brutos. (13) Pero, como ya llevo dicho, el cuidado de nuestros Reyes tenía prevenido, declarado y mandado esto con particular aprietos, como se puede ver... (18) No se puede pasar en silencio el capítulo, de las que llamaron Nuevas Leyes, del año 1542, que ciñendo todo esto con gran generalidad de palabras; dixo las que se siguen: Item, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante, por ninguna causa de guerra, ni otra alguna, aunque sea só título de rebelion, ni por rescate, ni de otra manera, no se pueda acer esclavo Indio alguno".

vuole regolare; che nella passione delle circostanze concrete anche si distorce; che si cerca di decifrare dai comportamenti, dalle capacità operative; che si rappresenta positivamente o negativamente, che si vuol verificare duramente, ma da cui non si ritiene di poter prescindere in quanto si ritiene che essa ha un significato giuridico intrinseco essenziale con riferimento ad un ordini di cui è presupposta la vigenza.

Essi si appoggiano cioè sulla base costituita dal sistema del diritto romano, nelle sue articolazioni di *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile* (J. 1,2 pr. -2; D. 1,1,1,2-4), di cui si ha l'esperienza di un comune uso in un ambito esteso, complesso ma pur più circoscritto; che si tende a rendere effettivo nei nuovi rapporti di cui si è parte sulla base del principio di esso della naturale essenziale uguaglianza degli uomini tutti, che potenzialmente già sono in esso inclusi, e per il quale pertanto era fondamentale la necessità di qualificare in termini di giustizia tutte le azioni che venivano compiute. Essi aderiscono ad un sistema per il quale cioè si rinnova e attualizza in modo globale l'esperienza che il procedere verso l'ignoto doveva essere accompagnato da una pre-comprensione di questo in termini giuridici che consentisse con esso un rapporto di giustizia in un universo ordinato al cui vertice sta la divinità.<sup>46</sup> E di questo sistema assumono la strutturale apertura, superando le opposizioni che esso incontra, il tentativo cioè di disapplicarlo chiudendo l'universo a cui si riferisce, e lasciando che vi siano rapporti ad esso esterni come quelli nei confronti di animali selvatici.

E' vero che questo dibattito, e queste norme non hanno impedito che il sistema portasse nei nuovi spazi schiavi e schiavitù, ma i termini in cui si sono svolti hanno affrontato e impedito che sorgessero nuovi schiavi, nuova schiavitù, immo-  
dificabile, 'fondata sulla natura'; hanno affrontato e discusso il razzismo ed una pretesa 'gerarchia delle razze', ed hanno riconosciuto alla base del sistema in modo consapevole il rifiuto di essi. Inoltre hanno maturato il divieto che venisse applicata ai nuovi uomini incontrati nelle nuove terre la normativa relativa alla schiavitù, manifestandone, una volta ribaditone il carattere non 'naturale' ed essendone già stata rotta fra i cristiani la comunanza di uso, l'esaurimento, e l'impossibilità di espandersi ai nuovi rapporti sociali; ne hanno sanzionato così la chiusura entro i rapporti del vecchio universo, ed hanno prefigurato un universo di uomini da cui la schiavitù sia esclusa.

E' vero altresì che *usu exigente et humanis necessitatibus* (J. 1,2,2), scaturiscono anche altri adattamenti. Sono infatti scaturite da un lato ad es. e disposizioni di Carlo V del 1530 e del 1555 sull'osservanza delle "formas de vivir de los indios" (cfr. in Rec. de Indias 2,1,4; 5,2,22), e la teoria delle due repubbliche nella *Instrucción* a Cañete del 1556;<sup>47</sup> ma sono scaturite anche *divisiones*, e assai gravi, che impegnano poi duramente al completamento del *principium* in termini storici adeguati al variare delle epoche.<sup>48</sup> Mi pare però che anche attraverso de en possa essere utilmente valutato il rigoroso ancoramento alla realtà dell'uomo che viene posto alla base dell'incontro del sistema romanista con le popolazioni che, nel continente che poi si chiamerà America, "eran, sin duda alcuna, verdaderos due-

<sup>46</sup> Cfr. i cenni svolti *supra* e lett. *ivi* cit.

<sup>47</sup> Cfr. MORALES PADRON, F. *Teoría y Leyes* cit., 461 ss. e PEREZ-PRENDES, J.M. *La solución* cit., 505 s.

<sup>48</sup> E' la normativa che scaturisce da pretese incapacità che si dimostra estremamente ambigua: per taluni profili si risolve infatti nell'esonero dall'osservanza di norme o in istituzioni di tutela della parte 'debole' (cfr.) GARCIA GALLO, A. *Manual* cit., § 1277 e 1280; CASTANEDA DELGADO,

P. *La condición miserable del indio y sus privilegios*, in *Anuario de Estudios Americanos*, 28, 1971); in altri aspetti invece provoca gravi limitazioni della libertà come nelle disposizioni sui repartimientos en sulle encomiendas (cfr. GARCIA GALLO, A. *Manual* cit., § 1281 ss.; PEREZ PRENDES, J.M. *La solución* cit., 498 ss.) e le preoccupazioni volte a garantire la libertà, e poi soprattutto la giusta regolamentazione del lavoro mi pare che individuino un nuovo ramo del diritto, quello appunto del lavoro.

ños pública y privadamente de sus tierras” nel momento in cui altri uomini ivi giungevano e chiedevano di essere ricevuti in nome della “sociabilidad universal”,<sup>49</sup> e mi sembra rilevante sottolineare che in esso l’uomo è stato storicamente e logicamente causa, le conseguenze giuridiche sono l’effetto.

#### 4. CONCLUSIONE

Il punto ora sommariamente indicato mi sembra che indichi come, nel sistema giuridico latinoamericano sia stata posta al *principium* una concettualizzazione dell’uomo quale derivata dal diritto romano, essenzialmente concreta e legata alla sua identificazione ontologica, da cui consegue la sua *naturalis libertas*, ed in cui si radica la sua tutela.

<sup>49</sup> DE VITORIA, F. *Relectio de Indis*, 1539.