

## Capitolo II

# L'ETÀ MODERNA TRA SOLUZIONI DI CONTINUITÀ E CONTINUITÀ DI SOLUZIONI (GIURIDICHE)

**Sommario:** 1. Il concetto di Età Moderna nella Storia del Diritto. – 2. 1492. Un diritto antico per il Nuovo Mondo o un nuovo diritto per il Vecchio Mondo? – 2.1. La *Conquista* e il Diritto. *Indios* e *cow boys*. Definizioni e segni. – 2.2. Umanità in questione. – 2.3. “Guerra umanitaria”, implicazioni economiche e “diritti fondamentali”. – 3. L’Umanesimo giuridico. – 3.1. Le origini italiane di una “rivoluzione” filologica (e giuridica). – 3.2. Lo sviluppo francese. Il *mos gallicus*. Erudite ed aspre polemiche. – 3.3. La “giurisprudenza elegante olandese”. – 3.4. Nuove concezioni e nuove didattiche (dal cosmo al piano di studi per gli studenti di giurisprudenza). – 4. I Grandi Tribunali. – 4.1. Origini e funzioni dei Grandi Tribunali. – 4.2. La giurisprudenza delle Corti superiori: sua valenza “nazionale” e *inter nationes*. – 4.3. Uno sguardo in terra francese e germanica ... – 4.4. ... e un colpo d’occhio alla Penisola. – 5. Alla (ri)scoperta del diritto naturale. – 5.1. La Scuola di Salamanca. – 5.2. Il Giusnaturalismo. – 6. Ultimi sussulti del sistema di diritto comune. – 6.1. Rimedi endogiurisdizionali. Compilazioni e “consolidazioni-raccolta”. – 6.2. Le *Ordonnances* di Colbert e di D’Aguessau. – 7. L’Illuminismo. – 7.1. Illuminismo e Illuminismi. – 7.2. Le grandi riforme dell’“Assolutismo illuminato” (*Aufgeklärte Absolutismus*). – 7.3. L’Illuminismo francese. – 7.4. Il diritto della Rivoluzione francese. – 7.5. L’Illuminismo giuridico italiano.

### 1. Il concetto di Età Moderna nella Storia del Diritto

Nella storiografia giuridica l’avvento dell’Età Moderna (tradizionalmente fissata con la Scoperta nel 1492 delle terre oltre *el gran mar Oceano*) non viene registrata come un elemento di rottura rispetto al Medioevo. In effetti il sistema di *ius commune*, le cui fondamenta sono state poste nel XI-XII secolo, reggono l’edificio fino al terremoto del 1789; quindi sotto il profilo storico-giuridico la vita del diritto sembra dispiegarsi sostanzialmente, come si suol dire, senza soluzione di continuità. Siffatta circostanza pone quindi la Storia del Diritto in una posizione in certa misura a sé stante rispetto alla Storia generale.

Vale tuttavia la pena verificare in quali termini vi sia una effettiva continuità tra questi due periodi della Storia d'Europa.

È impressionante la sequenza di eventi la cui risonanza nella prima metà del '500 ebbe un impatto eclatante sul mondo europeo, stravolgendone gli assetti e mutandone le concezioni sotto diversi profili:

– *geografico*: nel 1504 la diffusione a stampa, con il titolo di *Mundus Novus*, di una lettera del geografo Amerigo Vespucci (in onore del quale il nuovo continente verrà indicato come *America*) destina il continente europeo a diventare il “Vecchio Mondo”;

– *politico-culturale*: nel 1513 Nicolò Machiavelli pubblica *Il Principe*, un'opera che segna una svolta nella concezione della politica, la quale da questo momento rivendica a sé uno statuto epistemologico autonomo non solo dalla teologia, ma anche dalla morale e dal diritto; una concezione eversiva rispetto a quella medievale, che si inquadra nel processo di ulteriore svuotamento del SRI e dell'affermarsi dello Stato moderno, nel solco di una dottrina politica che vedrà protagonisti i teorizzatori della sovranità dello Stato, come il francese Jean Bodin, la cui opera (*I sei libri dello Stato* del 1576, significativamente scritta in francese; *Les six livres de la République*) è considerata uno dei testi fondativi dell'assolutismo: «Per sovranità si intende quel potere assoluto e perpetuo ch'è proprio dello Stato»;

– *religioso*: nel 1517 alla porta della cattedrale di Wittenberg la *Christianitas* è destinata a frantumarsi di fronte alle 95 tesi con cui Lutero diede l'avvio alla Riforma protestante. A quest'ultima, poi, segue la Controriforma (denominazione messa in discussione da alcuni storici, ma che rende bene la dinamica conflittuale che ne nacque), la quale ha il suo baricentro nel Concilio di Trento (1545-1563). Ma non fu soltanto un fronteggiarsi di dispute teologico-filosofiche: l'Europa viene flagellata da guerre di religione.

Si noti che nello stesso anno 1517 viene pubblicato, sempre in chiave anti-ecclesiale, il discorso del 1440 con cui l'umanista Lorenzo Valla dimostra che la cosiddetta “Donazione di Costantino” (il documento con cui nel IV secolo l'imperatore Costantino avrebbe effettuato una donazione di territori a papa Silvestro, fondando in tal modo il potere temporale del pontefice) era un falso storico; la questione ovviamente ebbe un impatto sul piano politico-ecclesiastico, ma dovremo evidenziare anche la straordinaria incidenza che ebbe sulla scienza giuridica l'approccio epistemologico inaugurato da Lorenzo Valla (§ 3.1);

– *geopolitico*: nel 1529 l'assedio del sultano Solimano il Magnifico alle porte di Vienna scuote il cuore del Sacro Romano Impero (l'esercito turco ritenterà l'assedio alla capitale del SRI nel 1683);

– *antropologico*: nel 1537 papa Paolo III emana la bolla *Sublimis Deus* con la quale si riconosce la umanità degli indios: una conclusione niente affatto

scontata, che mette in discussione un modello antropologico consolidato da secoli, destrutturato anche da quanto indicato al punto seguente;

– *cosmologico*: nel 1543, con la pubblicazione del *De revolutionibus orbium coelestium* (“Le rivoluzioni degli astri celesti”) di Copernico, viene archiviata la collocazione geocentrica della Terra: l’uomo scopre di non essere al centro del cosmo – per onor del vero, e della cultura classica, l’opera copernicana riprende l’eliocentrismo di Aristarco di Samo (IV-III a.C.); che la Terra fosse rotonda lo aveva dimostrato Eratostene, il quale circa nel 240 a.C. ne misurò la circonferenza con un margine di errore minimo rispetto a quella ora nota.

L’uomo europeo si ritrova insomma nell’Età Moderna.

Orbene, tutto questo si verifica senza incidere sul mondo giuridico?

Questo capitolo fa propria siffatta domanda; esso intende seguire il percorso compiuto in Età Moderna dal Diritto, che a sua volta dipende dalla concezione di Giustizia che si sviluppa nell’Europa di quel periodo e dalla declinazione che ne attuarono i giuristi, seguendone alcuni dei principali snodi in diversi paragrafi, tenendo sempre presente che le dinamiche storiche sono sempre intrecciate e correlate. Per evidenziare queste correlazioni può risultare utile anticipare fin da ora alcuni tratti di quel percorso, anche perché essi si sono sviluppati a livello sotterraneo, e riaffiorano a tratti intersecando trasversalmente diversi àmbiti della storia giuridica.

Prendiamo in considerazione uno dei primi *choc* causati dall’avvento della nuova Era: la Riforma luterana.

Certamente essa, come è noto, si giocò sul piano teologico (dogmatico, sacramentale, liturgico, ecc.) e su quello politico (le chiese riformate ricevettero spesso appoggio, e al contempo controllo, da parte dei sovrani protestanti), ma incise implicitamente (e quindi con tutta la potenza che hanno i fenomeni storici rimasti nel cono d’ombra) anche sulla visione del Diritto.

Uno dei punti focali della visione religiosa luterana è rappresentato dalla convinzione (all’epoca rivoluzionaria) che il singolo fedele può, e deve, accostarsi *personalmente* alla Bibbia, senza la necessaria e indefettibile mediazione di una casta sacerdotale che ne controlla l’accesso. Corollario di tale approccio è pertanto la necessità che le Sacre Scritture siano tradotte in lingua volgare, accessibile a tutti – infatti Lutero appronta tra il 1522 e il 1534 una versione in tedesco dell’intera Bibbia, considerata una tappa capitale nella formazione della moderna lingua tedesca.

Dunque, il libro divino può essere letto dal singolo fedele senza intermediari e senza quell’apparato di interpretazioni dottrinali che la tradizione cattolica vi aveva accumulato.

Questa radicale novità nell’approccio al testo sacro costituiva una vera svolta

antropologico-culturale, se pensiamo al ruolo svolto nelle diverse civiltà da un testo fondativo scritto [cap. 1, § 2.1], e si estese per osmosi anche all'altro "libro caduto dal cielo" [§ 7.5.2], il *Corpus iuris* giustiniano. Esso non deve restare monopolio dei sacerdoti del diritto, i giuristi. Nei confronti dei quali, infatti, Lutero non nutriva alcuna stima, come testimonia la laconica affermazione secondo la quale *Juristen bösen Christen* ("i giuristi, cattivi cristiani").

Tale anti-giuridicismo sembra depositarsi nell'immaginario culturale protestante. Inizia effettivamente in questo contesto (XVI secolo) il filone letterario incentrato su un (anti)eroe che vende l'anima al diavolo (capostipite è la *Storia del Dottor Faustus, ben noto mago e negromante* di Johann Spies del 1587). Siffatta sacrilega vendita, si noti, avviene tramite uno strumento giuridico: il contratto (debitamente vergato con il sangue). Questo *topos* letterario culminerà con il potente dramma in versi di Goethe, il *Faust* (1808), ma sarà di ispirazione anche a Thomas Mann per il suo *Doktor Faustus* del 1947 e a suggestioni cinematografiche.

Al tempo stesso, l'avversione nei confronti dei giuristi, dei loro infidi strumenti e delle loro contorte manipolazioni della verità apriva la strada ad un approccio nuovo al Diritto, che prometteva di ricavare quest'ultimo da norme evidenti a tutti gli uomini, senza la mediazione rivelatrice di una casta privilegiata che avesse il monopolio dello *ius-dicere*.

Non è infatti un caso la circostanza storica che le prime facoltà di diritto naturale (§ 5.2) sorsero proprio nei paesi di lingua tedesca e fede protestante, restando invece assenti per lungo tempo nei paesi di lingua latina e tradizione cattolica (Spagna, Francia, Italia), dove la carica innovativa dello *ius naturale* teorizzato dai giusnaturalisti moderni era visto con sospetto.

E veniamo appunto al secondo elemento che vale la pena evidenziare fin da ora, prima di dedicarvi alcune specifiche pagine: il diritto naturale.

Lo *ius naturale* era conosciuto anche dal diritto romano, ma ciò che caratterizza il diritto naturale moderno è proprio il diverso modo di conoscerlo, il diverso approccio epistemologico di cui fu oggetto. Un aspetto fondamentale della "modernità", che conferisce una peculiare matrice alla cultura anche giuridica europea, è infatti quello rappresentato dal metodo sperimentale, protagonista della grande Rivoluzione Scientifica, la cui inaugurazione si fa solitamente coincidere con la pubblicazione nel 1543 della già citata opera di Copernico.

Il metodo sperimentale, che vede i suoi padri fondatori in Keplero e Galileo (prima metà del XVII secolo), implica una concezione del mondo fisico caratterizzata da leggi di natura matematiche e fisiche, le quali hanno tre caratteristiche.

Esse sono innanzitutto *esistenti* (per noi è scontato, ma lo è appunto in virtù degli scienziati che le scoprirono), *conoscibili* con la sola ragione (cioè senza

una rivelazione o una affermazione *ipse dixit*: cap. 1, § 6.2.4) e *riproducibili* in laboratorio tramite, per l'appunto, gli esperimenti scientifici. All'occhio del Lettore odierno ciò sembra un fatto ovvio, ma si tratta di una vera svolta epocale, che sgretolava l'impianto del mondo fisico

Ebbene, constateremo che nel medesimo periodo (prima metà del XVII secolo) si afferma l'*esistenza*, la *conoscibilità* con la sola ragione e la *riproducibilità* di determinate leggi di natura anche nel mondo morale (cioè relativo alle azioni umane), così come in quello fisico.

In relazione a quest'ultimo lo scienziato, tramite il suo sapere (il suo statuto epistemologico) è attrezzato a scoprire come esistenti, conoscere scientificamente e riprodurre nel suo laboratorio le leggi naturali che lo governano; in relazione al mondo morale, ad essere attrezzato ad affermare l'esistenza di leggi naturali, a custodirne la conoscenza e a saperle riprodurre (in leggi *positive*) è il giurista tramite il suo sapere.

Un sapere che, si badi, non è più necessariamente la *scientia iuris* del *doctor*, del giurista di professione, ma una riflessione "scientifica" sul diritto condotta anche da chi non ha una formazione giuridica: vedremo che non pochi degli autori protagonisti di questa potente riflessione (Hobbes, Locke, Rousseau) non sono giuristi ma filosofi – parafrasando il detto di un politico francese del XIX secolo secondo cui la guerra è cosa troppo importante per lasciarla ai militari, sembra farsi strada l'idea, tuttora diffusa, che il diritto sia cosa troppo importante per lasciarla ai giuristi.

Questa doppia dinamica che si svolge in parallelo tra leggi naturali del mondo fisico e leggi naturali dell'agire umano è una semplice coincidenza? Sì, ma nel senso che il mutamento nella visione del mondo (fisico e morale) in Età Moderna si manifesta in visioni che vanno simultaneamente a incidere (co-incidono) la struttura del mondo – o meglio, la percezione che l'uomo moderno ha della struttura del mondo.

L'Età Moderna, insomma, registra in realtà alcune profonde "soluzioni di continuità", interrompendo più di una delle linee concettuali che tratteggiano il profilo *ideale* della Giustizia e del Diritto medievali, con ricadute incisive, sebbene non sempre immediate, anche sul diritto *storico*. Quest'ultimo, in effetti, continua sostanzialmente a svolgersi nel suo assetto medievale basato sul sistema di *ius commune*, entro il quale si collocano le fonti del diritto e si coordinano le *iurisdictiones*. In questo senso l'Età Moderna mantiene una continuità nelle soluzioni giuridiche ai problemi della giustizia (l'*interpretatio* della compilazione giustiniana; la *communis opinio*; l'insegnamento universitario ecc.). Ma la Storia ha ormai imboccato una direzione destinata a mutare profondamente la prospettiva dell'Uomo europeo sulla Giustizia e la conseguente configurazione del Diritto.

L'entrata in campo del diritto naturale e il ruolo ad esso attribuito dalla dot-

trina giuridica che ne teorizza i fondamenti [§ 5.2] occupano una nutrita serie di trattati giuridici e – come si è evidenziato – filosofici. Sarebbe tuttavia errato nutrire l'impressione, come talora accade, che tutto ciò costituisca un dibattito teorico, speculativo, meramente scientifico – come per la verità molti protagonisti di quel dibattito tengono a presentarlo. In realtà entrarono in giuoco due questioni assai concrete.

Una, sul lungo periodo, era prefigurata dalla *riproducibilità* della legge naturale attraverso la promulgazione di leggi positive: la positivizzazione del diritto naturale costituisce uno dei principali fondamenti delle riforme illuministe, fino a giungere alla grande opera di codificazione.

L'altra questione, sul breve termine, coinvolgeva un evento epocale che lasciava aperta una nutrita serie di problemi: la scoperta e la *Conquista* del Nuovo Mondo.

## 2. 1492. Un diritto antico per il Nuovo Mondo o un nuovo diritto per il Vecchio Mondo?

### 2.1. La *Conquista* e il Diritto. *Indios* e *cow boys*. Definizioni e segni

La “Scoperta dell’America” e la *Conquista* del Nuovo Mondo sono rimaste a lungo marginali, se non assenti, nella manualistica storico-giuridica, dove ora hanno invece trovato adeguata attenzione. È questo un dato, forse il più esplicito, che rispecchia la dinamica storiografica che si è segnalata all’inizio di questo capitolo: l’evento che segna l’inaugurarsi dell’Età Moderna non sembra incidere sulla storia del diritto con la stessa carica innovativa sprigionata in altri settori.

Tuttavia, una messa a fuoco sulle dinamiche con cui il Diritto oltrepassò le colonne d’Ercole si rivela opportuna per più di un motivo.

*In primis*, essa ci rivela quella che probabilmente è la più vasta operazione intellettuale di autoriflessione e autocritica nella storia di una civiltà; una operazione intellettuale condotta anche, e soprattutto, con linguaggio e con impostazione di matrice giuridica. In questo si tratta di un *proprium* della cultura europea.

Una delle caratteristiche della *Conquista* fu in effetti l’immensa letteratura giuridica con la quale gli intellettuali del tempo, teologi, giuristi, *letrados*, ma anche predicatori, cronisti, comandanti, diedero voce ai dubbi (*dudas*) che essa suscitò nelle *buenas conciencias* della Spagna (e dell’Europa) moderna.

Nessun evento storico come la conquista del Nuovo Mondo ha provocato

un'introspezione di analoghe dimensioni nella coscienza di una civiltà; il fatto che essa non sempre abbia squarciato il velo che nascondeva il "doppiofondo" di quella coscienza non svincola il travaglio intellettuale che ne scaturì.

Inoltre, sostare pur brevemente su alcuni dei profili storico-giuridici della *Conquista* è necessario anche per comprendere l'incubazione e lo sviluppo della contemporanea civiltà giuridica occidentale; essa mette infatti a fuoco il momento e il modo dell'insorgere di interrogativi cruciali, di controverse riflessioni, di tentativi di risposta sullo statuto ontologico, e quindi giuridico, dell'uomo.

Lo studio dell'incontro/scontro di due civiltà, di due umanità (perché di questo si trattò: il concetto odiernamente acquisito di una "unica" umanità è, appunto, un concetto *storicamente* "acquisito"), e dunque di due antropologie, e del ruolo che vi giocò il diritto, come avvenne nella *Conquista*, offre una prospettiva che si rivela sorprendentemente meno lontana di quanto possa sembrare ai nostri giorni.

Per rendercene conto possiamo procedere ad un confronto.

Nella *Conquista* spagnola del Messico (1519-1521) e del Perù (1524-1550) il Diritto svolse un ruolo assai differente da quello che esso (non) ebbe successivamente nella conquista dei territori nell'America del Nord, iniziata pacificamente con l'arrivo dei Padri Pellegrini inglesi a bordo della Mayflower nel 1620 [§ 5.2.2.3], ma ben presto trasformata anch'essa in sanguinoso scontro etnico.

Diversi fattori culturali entrarono in gioco.

La differente professione religiosa: il virulento proselitismo spagnolo (*giuridicamente* fondato, come accenneremo, dai "titoli legittimi" della *Conquista*), che voleva convertire e salvare, anche con la forza, l'*indio*, cui si contrappose il minor fervore missionario protestante e calvinista, legato al tema della predestinazione. La diversa struttura economica delle due conquiste: l'*indios* e il suo lavoro (*mita*) erano necessari alla economia latifondista dei *conquistadores* spagnoli, fondata sullo sfruttamento delle piantagioni attraverso l'*encomienda*, un "servizio personale" che per certi aspetti richiama il rapporto feudale; la conquista del *West*, l'incessante dilatarsi della "Frontiera" e il suo trasformarsi in recintate terre d'allevamento implicavano all'opposto l'annientamento dell'indigeno e delle sue "libere praterie" (la fine di queste fu la vera fine dei loro abitanti).

La cultura giuridica spagnola fu all'insegna del paternalismo autoritario nei confronti dell'*indio*: questi era per il *conquistador* il "buon selvaggio", il "minore" da porre sotto tutela (e vedremo le implicazioni giuridiche ed antropologiche di tale atteggiamento, che diede vita agli istituti del patronato e dell'*encomienda*). Per i pionieri anglosassoni l'indiano era al contrario il "cattivo" selvaggio, il nemico cui strappare la terra nella corsa alla "nuova Frontie-

ra”. Certamente, in entrambi i casi si trattava di una conquista militare, ma storicamente diverso fu l’approccio giuridico-culturale.

La Spagna, la sua Corona, i suoi funzionari, quelli che oggi chiameremmo i suoi intellettuali, vissero il problema della legittimità della *Conquista* con profondo, spesso turbato, travaglio morale e giuridico, che produsse vere crisi di coscienza a tutti i livelli della società spagnola.

Ne fu coinvolta *in primis* la gerarchia ecclesiastica: è noto l’esempio del frate domenicano Las Casas, divenuto vescovo di Chiapa, il quale si erse a difesa dei diritti degli indigeni contro missionari troppo zelanti (tra i quali spiccava un altro frate domenicano, Vicente de Valverde), che non esitavano a ricorrere a severissime punizioni corporali per indurli a convertirsi.

Ma non ne fu immune lo stesso apparato governativo, a incominciare dalla stessa Corona, nella persona dapprima di Isabella, che con la lettera del 16 aprile 1495 sottopose ad un consesso di teologi la questione della vendita di schiavi, e, successivamente, di Carlo V, il quale ordinò di sospendere tutte le spedizioni fino a quando un’apposita giunta ne avesse stabilito la legittimità.

*Dudas*, dubbi (quasi sempre tardivi) attanagliarono anche i Vicerè ed i delegati imperiali, fino talvolta agli stessi comandanti *conquistadores*. Il testamento di Cortés, stilato l’11 ottobre 1547 a Siviglia, costituisce tutt’ora un documento di emozionante lettura, nel quale il sanguinario conquistatore del Messico, dopo aver riconosciuto che sulla questione «*de los esclavos naturales*» restavano «*muchas dudas y opiniones sobre si se han podido tener con buena conciencia ò no*», dispose che il figlio Martin ed i suoi eredi «*hagan todas la diligencias*» per «*averiguar esto*».

Per risolvere tali e tanti dubbi di coscienza (ossessivo risulta essere nei documenti spagnoli il richiamo alla *conscientia*, *buena conciencia*) vennero istituiti con grande solennità appositi consessi di “saggi”, in gran parte teologi e giuristi. Famose furono la Giunta di Burgos del 1512, che emanò nello stesso anno le *Leyes de Burgos*, e la riunione del Consiglio delle Indie nel 1550-51 a Valladolid, convocata – come si è detto – da Carlo V, nella quale divampò la celeberrima diatriba tra Sepulveda e Las Casas [§ 2.2].

I protagonisti diretti del dibattito furono naturalmente i *doctores*, che avviarono una nutrita disputa giuridica alimentata da una copiosissima trattatistica sull’argomento, alla quale corrispose un’abbondante legislazione statale.

Ben diversamente fu vissuta, più tardi, la conquista del Nordamerica, dalla quale in effetti sembra assente il travaglio intellettuale che sollecitò per secoli la Spagna. Il presidente degli U.S.A. Andrew Johnson nel 1867 inviò al Congresso un messaggio il cui tenore non lascia dubbi: «se il selvaggio vorrà resistere, la civiltà con i dieci comandamenti in una mano e la spada nell’altra imporrà la sua immediata eliminazione».

Il proclama contiene tutti i *topoi* della “guerra etnica”: la violenza (con “*la*

*spada*”), la “*eliminazione*” del nemico in-civile (“*il selvaggio*”) ad opera della “*civiltà*”, in nome di una idea, la religione dei “*dieci comandamenti*” (dimenticando forse il quinto ...); la dimensione giuridica rimane qui del tutto assente.

Il diritto fu invece un grande protagonista della *Conquista* del *Nuevo Mundo*, entrando in gioco in tutti i momenti chiave dell’avvenimento.

Fu, infatti, un atto giuridico la statuizione “arbitrale” contenuta nella bolla papale *Inter Coetera* con cui Alessandro VI (1492-1507 al secolo Rodrigo Borgia, padre di Lucrezia e Cesare Borgia, di origini spagnole) nel 1493 spartì il Nuovo Mondo tra Spagna e Portogallo; e lo fece tracciando sulla carta geografica la famosa *raya*, riga, meridiana corrente cento leghe ad ovest della Az-zorre, spostata poi attraverso altri atti giuridici (il Trattato di Tordesillas del 1494) [🖨️ ↻ n. 34].

Un *segno*, tracciato sulla carta geografica, fu l’approccio europeo al Nuovo Mondo. Dunque, il problema della definizione, ad opera delle Nazioni europee, di confini geopolitici avvertiti dagli autoctoni come astratti ed arbitrari, denunciati da alcune delle parti negli attuali conflitti del Golfo, nei Balcani, in Africa ha origini lontane ... Si tratta, sotto il profilo giuridico-antropologico, dello stesso confinamento che, per mezzo di righe tracciate e di recinti eretti, uccise la “Prateria” e gli indiani del Nord.

Valore giuridico aveva anche il *Requerimento*: un documento legale concepito da uno dei più insigni giuristi della Corte spagnola, Juan Lòpez de Palacios Rubios, che i *conquistadores* avevano l’obbligo, stabilito dal Consiglio della Corona, di proclamare agli *indios* prima di ricorrere alle armi.

Il suo contenuto ricalcava molti passi della bolla *Inter Coetera*, e lo scopo era quello di intimare agli indigeni la sottomissione e la conversione: la mancata accettazione conferiva ai *conquistadores* un titolo di *justum bellum* contro i “selvaggi”.

È famoso, ed emblematico, il tragico episodio della lettura del *Requerimento* all’ultimo imperatore Inca, Atahualpa, il sabato del 16 novembre 1532: durante la cerimonia l’Inca fece cadere a terra, senza capire cosa fosse, il breviarario del frate Vicente de Valverde, che aveva proclamato l’intimazione e indicato all’imperatore il libro dove era contenuta la dottrina cristiana. La caduta dello scritto, il gesto dell’Inca, fu interpretato *sub specie juris* come *segno* di rifiuto di quella diffida legale; fu l’inizio della *Conquista* del Perù e della fine degli Incas. Un inizio, ed una fine, che erano “giusti” in quanto giustificati, resi legali, da precise regole, procedure, garanzie approntate da Palacios Rubios, uno dei più insigni giuristi di Spagna.

Una prassi, quella di far precedere la verifica della legalità all’imminente uso delle armi, che ha conosciuto recenti esempi. Il generale Wesley K. Clark, Comandante della NATO durante la guerra in Kosovo, ha dichiarato che «ogni

azione militare veniva preventivamente passata al vaglio degli avvocati» che soggiornavano nella base militare dalla quale partivano i bombardieri (cfr. l'intervista rilasciata a La Repubblica, 7 giugno 2000, p. 17).

È significativo, e ricapitola quanto detto, che il termine stesso di *inventio*, fin dall'inizio utilizzato per la "scoperta", rimandasse anche al significato, proprio del diritto romano, di "acquisizione"; e l'accezione giuridica era doppiamente appropriata, poiché si trattava della *inventio* di una *res nullius*.

Assieme a Colombo, insomma, anche il Diritto varcò le proprie colonne d'Ercole. Ma più che per i numerosi singoli aspetti di cui qui si è potuto dare solo qualche esempio, va rimarcata la valenza giuridico-antropologica che esso ebbe.

Il Diritto fu la realtà "culturale", intellettuale (europea), che plasmò di sé la nuova, sconosciuta realtà, "naturale" del Nuovo Mondo: l'Oceano e le nuove terre, l'oro e la coca, gli *Indios* e le loro cose, animali, piante ... Tutte entità naturali che ricevertero dal *conquistador* un nuovo, peculiare statuto ontologico e giuridico.

Uno statuto giuridico, quindi una realtà culturale, che era ad esse sconosciuto, estraneo, "altro", ma che costituì per gli europei la principale forma di comunicazione tra i due mondi, il *segno* intercorrente tra le due civiltà (non a caso è appunto un semiologo, Tzvetan Todorov, l'autore di uno studio ancora imprescindibile sull'argomento: ed. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Torino 1992). Il Diritto – per usare una terminologia forse più familiare agli studenti universitari – fu l'"interfaccia" tra il Nuovo Mondo e quello che, da quel momento in poi, sarà il Vecchio Mondo.

Vi fu – vi dovette essere – una nuova *imago mundi*, una ridefinizione complessiva (costituita da una nuova geografia ed una nuova astronomia, da una nuova botanica ed una nuova zoologia, e infine, non poteva essere altrimenti, da un nuovo diritto), che tuttavia utilizzò – dovette utilizzare – le vecchie categorie, rinnovandone al contempo i contenuti.

A parte l'uso dello stesso termine *indios*, che rinvia alle Indie orientali, risulta significativo, ad esempio, che il puma, animale sconosciuto all'europeo, fosse classificato, nominato, segnato, come "leone di montagna"; l'ignoto, l'innominato veniva ricondotto a categorie consuete e consolidate.

La rinominazione scientifica rifletteva l'assegnazione alle realtà naturali del loro statuto ontologico, *nuovo*, perché agli occhi europei ne erano sprovviste, e al tempo stesso *antico*, perché pur sempre attinto dalla tradizione medievale.

Così fu per lo statuto giuridico degli uomini e dei loro diritti.

All'inizio della *Conquista* vi fu un "vecchio", antico, diritto che venne dato al Nuovo Mondo, dal quale tuttavia sorse, ad opera dei giuristi, un "diritto nuovo" che riafflù al Vecchio Mondo.

La *Conquista* ed il dibattito etico-giuridico che ne scaturì rappresentarono in effetti, sotto un certo profilo, la chiave di volta, il punto di non ritorno nell'elaborazione del giusnaturalismo moderno, uno dei momenti centrali della formazione della cultura giuridica del mondo occidentale.

Da una parte, infatti, troviamo in gioco molte delle categorie concettuali del giurista, appartenenti allo *jus commune*: i “titoli” legali del possesso ed i requisiti dello *iustum bellum*, i concetti romanistici di *inventio*, di *res nullius* e di *donatio* e, più generalmente, l'impiego, ad opera dei teorici spagnoli, della tradizionale dottrina giuridica medievale.

Ci imbattiamo, insomma, nel linguaggio e nell'armamentario giuridico del medio evo.

D'altra parte, nel dibattito coevo sulla *Conquista* ed in diversi testi legislativi dell'epoca rileviamo le categorie di un “nuovo” (o quanto meno da molti avvertito come tale) diritto, il diritto naturale, lo *ius naturale*, il cui nome già era presente nel mondo giuridico medievale, ma la cui sistematizzazione *sub specie rationis* ad opera di Grozio e di altri autori che incontreremo tra breve coincise *aliquo modo* con la nascita dell'Età moderna, ed i cui albori sorsero proprio in quella Spagna (ed in quella Salamanca; § 5.1) che si andava interrogando sulla legittimità e sulla “giustizia” della *Conquista*.

L'idea di un “diritto di natura” inscritto, intrinseco ad ogni uomo in quanto tale, di un diritto con-naturato alla persona, poteva nutrire l'illusione di coprire la distanza tra l'ottica legale “culturale” medievale e la nuova realtà “naturale” delle Indie.

Fu un'illusione, perché si trattava appunto della “idea” di un diritto di natura, ovvero di una teoria, di un prodotto culturale, che presupponeva e propugnava a sua volta una specifica rappresentazione antropologica: la teoria (eurocentrica) di uomo come “essere razionale” (la definizione aristotelica passò, attraverso l'opera di S. Tommaso e poi della Seconda Scolastica, in tutti i giusnaturalisti), dove per *ratio* si intendeva necessariamente la razionalità europea, il cui modello si configurerà poi come uno degli elementi caratterizzanti la “modernità”.

*Ratio* della quale, tra l'altro, il diritto stesso era parte fondamentale: esso trovava cittadinanza nel sistema del sapere, nell'epistemologia medievale, tra le arti liberali (il “nocciolo duro” di ogni *scientia*), all'interno della *retorica* [cap. 1 § 4.1] cioè sostanzialmente della logica – logica e diritto: un connubio di matrice antropologico-giuridica duraturo nella Storia della cultura europea [§ 5.2: cap. 3 § 3], ed assente invece nelle altre culture; anche di questa diversa *forma mentis* si deve tener conto nell'approntare un linguaggio comune per la configurazione di principi giuridici condivisi a livello globale.

## 2.2. Umanità in questione

Al di fuori di “quella” *ratio*, europea e scientifica, non v’era umanità, ma, per dirla con Dante, solo un “*mondo senza gente*” (Inf. 26, 117); non poteva dunque esservi un Diritto. Nei resoconti dei cronisti coevi e nei commenti degli autori vissuti successivamente riscontriamo la insistente annotazione che quei selvaggi vivevano “senza legge”.

L’altro, il “barbaro”, il diverso, rispetto al *normale* (cioè a chi rientra appunto nella *norma*, nella regola dal diritto) era alieno a quel Diritto ed a quei singoli diritti che esso riconosceva ed attribuiva. Alienò alla stessa umanità.

Nell’incontro tra *conquistador* e *indio*, lo statuto epistemologico (*ratio*), quello ontologico (uomo) e quello giuridico (diritto e diritti) entrarono in cortocircuito, e a partire dal primo vennero travolti anche gli altri due.

Oltre alla Ragione, fattore discriminante fu la Religione.

Altrettanto difficile, infatti, era ammettere l’esistenza di un’umanità posta al di fuori dei confini geografici dell’evangelizzazione, donde l’affannarsi di teorie teologico-geografiche che conciliassero il racconto biblico del diluvio e il Salmo 19, che alludevano al risuonare della parola divina “fino ai confini della terra”, con l’esistenza di uomini *extra orbem*, fuori dai confini del mondo conosciuto (tra esse, si può ricordare, come esempio di virtuosismo argomentativo, quella sostenuta dal teologo Isidoro Isolani secondo il quale gli apostoli, e la loro predicazione, avrebbero raggiunto le isole oceaniche).

La problematica esegetico-geografica (che a noi suona curiosa o astrusa, ma che per i canoni dell’epoca era *scientifica*) corrente fino alla celebre bolla pontificia *Sublimis Deus* del 9 giugno 1537 con la quale papa Paolo III riconobbe l’umanità dell’indio, sulla natura – umana o mostruosa, razionale o selvaggia – degli abitanti dei confini della terra e sulla loro possibilità di essere raggiunti dalla predicazione apostolica, e quindi dalla conversione e dalla salvezza, assieme alle lunghe discussioni impegnate in una spiegazione geografica (concernente insularità, latitudine, influenza delle maree e degli astri ecc.), cioè *scientifica*, dell’umanità barbara e di quella civile, presenta in realtà una matrice anche *giuridica*.

Tali discussioni vertevano infatti sulla (im)possibilità di riconoscere diritti “di natura” (“fondamentali”, “umani”, diremmo ora) a chi fosse, o sembrasse essere, al di fuori della *definizione scientifica* (teologico-etico-geografica) di “natura umana”; e, viceversa, lo *statuto giuridico* si confrontava con le conoscenze scientifiche e geografiche contemporanee, nell’ambito di una dinamica che ci richiama gli attuali confronti tra etica e scienza della natura, diritto e scienza, diritti umani e bio-etica – nella medesima prospettiva epistemologica, infatti, l’attuale discussione sullo *statuto giuridico* da attribuire all’embrione umano si fonda sulla definizione del suo statuto ontologico, la quale a sua vol-

ta si dispiega tutta sul terreno della *definizione scientifica* di “uomo”; allora la scienza di riferimento era la teologia, ora è la biologia, ma il meccanismo dinamico epistemologico è il medesimo.

Non fu, allora, scontro tra “natura” e “cultura”, ma tra due modi di intendere la natura, anche umana.

Celebre è in tal senso la disputa svoltasi tra 1550 e 1551 a Valladolid tra Juan Ginés de Sepúlveda, assertore della legittimità della *Conquista* e dell'uso delle armi, e Bartolomé de Las Casas, “il campione degli *Indios*”.

L'umanista Sepúlveda, raffinato traduttore e commentatore di Aristotele, storiografo di corte, scelto da Carlo V come uno dei tre precettori del figlio Filippo, non riconosceva agli indios più intelligenza, industriosità ed ingegno delle *bestiolae* degli orti, come le api e i ragni; in alcuni passi egli sembra addirittura assimilare gli indigeni alle scimmie.

La figura di Bartolomé de Las Casas è in realtà una della più controverse. Egli fu indicato di volta in volta come artefice del mito del buon selvaggio (che tanta fortuna avrà nel sec. XVIII, rinvigorito dall'*Emilio* di Rousseau; § 7.3.1.2), anticipatore della “Teologia della liberazione”, “Protettore” degli *Indios* contro la loro riduzione in schiavitù, padre della “tratta dei negri”.

La *leyenda negra* risale, come è noto, al famoso ed infelice suggerimento, del quale Las Casas fece tardiva ammenda, di introdurre nell'isola Hispaniola (Antille), per alleviare la condizione dei “miti e deboli” *indios*, i robusti schiavi *negros* deportati dall'Africa. In questo comportamento, che fa ora rabbrivire, non v'era in realtà, *de iure*, quella stridente contraddizione che avvertiamo noi oggi.

Quelli provenienti dai territori africani, in continuo stato di belligeranza per le rivalità tra tribù, erano facilmente classificabili come “schiavi di guerra”: il diritto distingueva la schiavitù – illegittima – dell'africano catturato con l'inganno (come il protagonista del film *Amistad* [📺 ☞ n. 35] da quella, ammissibile, in cui incorrevano i prigionieri di guerra o i condannati a morte. Molte voci si levarono contro questa “discriminazione nella discriminazione”, compresa quella dell'arcivescovo del Messico Alonso de Montúfar, che nel 1560 scrisse una dura lettera al Sovrano. Per disciplinare la complessa questione (senza abolire la schiavitù) verrà infine promulgato, nel 1784, il *Codice Negro Carolino*.

Inoltre, la costituzione fisica degli africani appariva *naturaliter* (nel senso dei *servi natura*, “schiavi per natura”, teorizzati da Aristotele) più funzionale allo stato di schiavitù di quella degli *indios*. Un'altra applicazione della dinamica tra statuto ontologico e statuto giuridico cui si è accennato.

Las Casas fu in realtà un “evoluzionista”: l'*indio* è come un fanciullo che deve diventare adulto (cioè, europeo). Da qui il paternalismo (ed i connessi strumenti giuridici) nei suoi confronti e l'imposizione, sostanzialmente accet-

tata anche da Las Casas, di pratiche di vita (religiose, etiche, mediche, alimentari, sessuali ecc.) europee. Nel dibattito sulla natura e sui diritti degli indigeni si postula dunque un'uguaglianza *in potentia* che *deve* essere attuata, anche con gli strumenti (coercitivi) del diritto, e che dunque porta all'assimilazione del "minore" entro le categorie antropologiche del "maggiore".

### 2.3. "Guerra umanitaria", implicazioni economiche e "diritti fondamentali"

Avremo occasione di soffermarci sul grande teologo-giurista Francisco de Vitoria, considerato uno dei fondatori del moderno diritto internazionale. Qui vale la pena anticipare alcuni punti della sua celebre *Relectio de Indis* (1538) dove affrontò il nocciolo duro della questione: la validità giuridica dei "titoli" di *Conquista* e la legittimità della guerra contro gli *indios*. Egli sviluppò le proprie argomentazioni con mille cautele e *distinguo*, che rendono tutt'ora difficoltosa una ricostruzione unitaria e coerente della sua posizione e che gli costarono il divieto, impartito nel 1539 da parte dello stesso imperatore Carlo V, non solo di pubblicare ma anche di insegnare sull'argomento, e l'inserzione delle sue tesi nell'*Index librorum prohibitorum* di Sisto V fino al 1590.

Può risultare utile vedere schematicamente quali fossero i principali tra i sette titoli discussi da Vitoria.

Il primo era l'*inventio*, o "titolo di scoperta" di una *res nullius*, che poteva essere fatto valere dal Pontefice oppure dall'Imperatore quale *dominus mundi* (ed il mondo era il Sacro Romano Impero). Nel decennio in cui si svolsero tali dispute Carlo V non era ancora tale; anche quando, il 28 giugno 1519, egli venne eletto a diciannove anni, le Indie continuarono ad appartenere alla Corona di Castiglia e León. Fu dunque il titolo di Pietro ad essere affermato, e ciò costituì il legame a filo doppio tra Chiesa e Corona spagnola nella *Conquista*; legame che spesso si incrinò fino a nette rotture, proprio in tema di diritti degli *indios*.

Il "titolo di tutela" o "di civiltà" poggiava invece sul presupposto che gli *indios* fossero un popolo in "stato di barbarie", incapace quindi di autogoverno e bisognevole della tutela di una *Civitas* che ne acquistasse la sovranità.

Il terzo valido titolo di *Conquista* era rappresentato dai crimini commessi dalle popolazioni autoctone contro la legge di natura (antropofagia e sacrifici umani), e quindi contro i diritti naturali; delitti che giustificavano l'uso delle armi e la *Conquista* militare e che configuravano in ultima analisi lo *iustum bellum* in difesa degli *innocentes* vittime di quei delitti – come oggi diremmo, la "guerra umanitaria" per impedire il perpetrarsi di "crimini contro l'umanità".

Si deve in proposito notare che nelle dispute e nella trattatistica il riferimento ai “delitti contro natura” concerneva soprattutto i sacrifici umani, l'idolatria, il cannibalismo; come vedremo, altri delitti erano in realtà imputati, meno allarmanti sul piano dell'opinione pubblica, ma forse più incisivi sotto il profilo politico ed economico.

Il quarto titolo derivava dal rifiuto alla conversione (disobbedienza al *Requirimento*).

Il primo titolo era da Vitoria respinto sulla base del principio dell'uguaglianza di tutti i popoli. Principio a tal punto affermato da permettere un paradosso: l'*inventio* dell'Europa da parte degli *indios*. L'affermazione d'uguaglianza viene tuttavia attenuata da Vitoria in favore del “titolo di tutela”. Quello relativo alla tutela fu argomento pregnante che informò tutto il tessuto normativo della *Conquista*.

L'uguaglianza naturale degli uomini implicava per il grande teologo-giurista la loro socialità, la non autosufficienza delle *gentes*, la loro necessaria relazione, che doveva essere regolata da uno *ius gentium*, da un diritto *inter nationes* e da un diritto *super gentes, super nationes* (supernazionale diremmo oggi). Tale *ius gentium* doveva tutelare la socialità degli uomini, attraverso specifici diritti naturali, inderogabili: Vitoria li identifica con precisione: diritto di transito, diritto di domicilio nel territorio altrui, diritto di commercio, tutti fondati sulla base della natura sociale dell'uomo (*appetitus societatis*).

Diritti naturali, fondamentali, postulati e garantiti dal diritto *inter-nationes*, ma afferenti alla *socialitas*, allo scambio produttivo, in ultima analisi al *criterio economico*.

Tale concezione sarà destinata a radicarsi in profondità nella cultura europea.

Si pensi ad esempio alla famosa *Utopia* di Tommaso Moro (Lord cancelliere di Enrico VIII) pubblicata nel 1516 (*De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*), nella quale il filosofo giurista londinese immagina che il governo dell'isola di Utopia, a causa della sovrappopolazione, invii propri abitanti in altre terre non fertili, che essi, con la loro *tecnica* e conoscenza, sanno coltivare e sfruttare. I nativi che si rifiutino di lavorare secondo la tecnica dei coloni e, perciò, di obbedire alle loro leggi, vengono *legittimamente* esiliati e le loro terre sono *legittimamente* confiscate; se resistono, commettono una *justa causa* di guerra, perché impediscono ad altri uomini più civilizzati lo sfruttamento delle risorse naturali. Ancora una volta la *scienza* e la *tecnica* europee si intrecciano con la configurazione di un'*etica* naturale e di un *diritto* internazionale.

Fu pertanto di questa grana la formulazione dei diritti naturali: l'argomentazione giuridica ne riconobbe l'applicabilità alla *Conquista* e li invocò nel culmine della disputa, ma soprattutto in favore dei *conquistadores*. Il diritto era stabilito, ma al rovescio, il segno era tracciato, ma non unì – per dirla nel

linguaggio semiotico del citato Todorov, la comunicazione fallì, o, nell'immagine informatica poco sopra utilizzata: l'interfaccia andò in *crash*.

Tuttavia, quegli stessi diritti erano oramai acquisiti nel patrimonio giuridico occidentale, e ben presto autorevoli voci e illuminate legislazioni li sancirono solennemente, investendone l'Uomo in quanto tale, al di là della sua *socialitas oeconomica*, e valsero in difesa della dignità umana degli *indios*.

Aspetti di indubbio interesse in tal senso presenta la legislazione spagnola – ricordiamo soltanto *Las Leyes de Burgos* del 1512-1513 [📖 ↻ n. 36] e *Las Leyes Nuevas* del 1542-1543 – sulla quale questo dibattito dottrinale esercitò un incisivo influsso (che si avverte già a livello lessicale: le Ordinanze Ovandine del 1573 sostituirono la parola *conquista* con *conversion*), quando non ne costituì addirittura la fonte diretta (come nel caso delle Leggi di Burgos, scaturite, come si è già detto, dalla omonima Giunta convocata dalla Corona).

Queste leggi furono ispirate a quelli che oggi chiameremmo “diritti umani”, e talvolta oltrepassarono, in nome della volontà sovrana, gli orizzonti tracciati dai *doctores* e i *distinguo* accademici, per effondersi, liberate dalle considerazioni di *socialitas oeconomica*, in un afflato umanitario di stupefacente intensità ed in una sensibilità per la tutela della sicurezza del lavoro indigeno (se ne legga l'art. 25 [📖 ↻ n. 36 bis] di coinvolgente attualità, che purtroppo non reggeranno a lungo).

Questo grande rispetto per la dignità umana fu infatti contrastato fieramente dai coloni spagnoli attraverso violente ribellioni (come quella del 1553 a Cuzco) ed ebbe, anche giuridicamente, vita non facile. Ad esempio, il famigerato “servizio personale” fu vietato da un decreto reale (22 febbraio 1549) che gli stessi Viceré non vollero pubblicare, e che dovette essere ripetuto (16 agosto 1563).

Pur tra le difficoltà e le aporie alle quali si è accennato, attraverso gli impervi sentieri di una lunga, combattuta e sofferta elaborazione giuridica, alcuni diritti “naturali” o “fondamentali” (i diritti alla salute, alla dignità, alla giusta retribuzione, ecc.) fecero ingresso nella cultura giuridica occidentale per non uscirne più. Vi entrarono anche dal Nuovo Mondo.

Antonio de Ulloa, nella sua *Relación histórica del viaje a la América Meridional* (Madrid 1748) scrive: «il Nuovo Mondo, che doveva al Vecchio la propria scoperta, gli avrebbe ricambiato il favore con la scoperta, avvenuta in esso [nel Vecchio], della sua vera immagine sino ad allora ignorata».

Anche nel Diritto, il Nuovo Mondo fece scoprire al Vecchio Mondo, o meglio scaturire da esso, strumenti, principii e i valori giuridici che sono ora patrimonio di tutta la civiltà occidentale, assieme ad una capacità di introspezione e di autocritica che resterà una caratteristica di quest'ultima – fino talvolta a diventare autolesionismo compulsivo, come nel caso dell'odierna *cancel culture*.

### 3. L'Umanesimo giuridico

#### 3.1. Le origini italiche di una "rivoluzione" filologica (e giuridica)

Il 1492 è anche l'anno di nascita di Andrea Alciato, umanista milanese al quale si fa risalire la fondazione dell'Umanesimo giuridico, o Scuola culta. Si tratta di un movimento in aperto contrasto con la tradizione delle Università medievali italiane, sviluppatosi nel solco dell'Umanesimo letterario.

Questo, come è noto, proclamava la "riscoperta dei classici". Riscoperta che rappresenta un vero manifesto intellettuale, destinato a ricevere un potente stimolo da uno specifico evento storico che farà da volano alla sua vocazione.

Si tratta di un evento di forte impatto geopolitico e culturale: nel 1453 i turchi, continuando il progressivo movimento di espansione, assediano e conquistano Costantinopoli, provocando la caduta dell'Impero romano d'oriente. Questo fatto provoca la fuga di numerosi studiosi (oggi diremmo intellettuali) che si spostano nei territori occidentali portandosi dietro le ricche e raffinate biblioteche private. Inizia in tal modo una ricca circolazione di testi della cultura classica che, saldandosi con l'opera di trascrizione curata dai monasteri, offre all'intelligenza europea un copioso materiale di lavoro. Il diritto naturalmente non ne fu immune. Anzi, esso divenne uno dei campi di battaglia, e dei più combattivi, del nuovo movimento.

Gli autori protagonisti dell'Umanesimo giuridico generarono un movimento effervescente e articolato. Qui è utile evidenziare la comune forte virata epistemologica impressa nell'approccio ai *libri legales*.

Approccio che, secondo gli umanisti, è appunto in linea con un recupero del testo classico. Lo strumento scientifico messo in campo per effettuare questo recupero è la *filologia*, la quale viene utilizzata per ricostruire e ripristinare la versione originale di un testo scritto. Quindi siamo esattamente all'antitesi rispetto al lavoro dei Glossatori!

La *Magna Glossa* di Accursio, ovvero la *summa* dell'operato dei Glossatori in cui, come si ricorderà, ogni pagina del *Corpus iuris* è una costellazione di annotazioni, marginali o interlineari, che diventano un tutt'uno con il testo giustiniano, è qualcosa di aberrante agli occhi degli umanisti. Costoro infatti, al contrario dei *doctores* medievali, si sforzano di distinguere le diverse varianti e interpolazioni del testo per riportarlo alla versione originaria. Quindi per gli umanisti contaminare un testo antico con l'intervento di chi in epoca successiva lo ha studiato è quasi un sacrilegio – anche loro, in effetti, hanno un atteggiamento di reverenza nei confronti del testo scritto, ma declinata in modo assai differente da quello degli studiosi medievali.

Infatti la polemica della Scuola culta nei confronti della Scuola dei Glossatori fu estremamente aspra.

Si è già accennato nel paragrafo precedente a Lorenzo Valla (1407-1457), docente di retorica nella facoltà di arti a Pavia, il quale dimostrò filologicamente che la donazione di Costantino era un falso storico.

Il Poliziano (1454-1494), raffinatissimo letterato, autore di poemetti e rime di estrema eleganza, si cimenta in un'opera inaudita, che peraltro non porterà a termine: un'edizione critica delle pandette confrontandone l'esemplare più antico, trascritto a caratteri onciali (la *littera pisana* o *florentina*; § 4.3), con quello utilizzato dai Glossatori, più tardo (la *vulgata* o *littera bononiensis*).

Dunque, gli umanisti, ancorché privi di una formazione giuridica, iniziano ad applicare il proprio sapere anche ai testi giuridici. Essi, pertanto, non possono non entrare in collisione con il lavoro, di senso opposto, dei Glossatori e loro successori.

È ciò che accade ad Andrea Alciato, che unisce competenze letterarie e giuridiche (è autore egli stesso di *consilia*). Docente a Pavia, qui entra in un conflitto talmente aspro con gli altri giuristi che deve riparare in Francia, insegnando diritto ad Avignone e a Bourges.

### 3.2. Lo sviluppo francese. Il *mos gallicus*. Erudite ed aspre polemiche

La Scuola Culta si sviluppa proprio in Francia anche perché qui, oltre a trovare un terreno fertile negli studi giuridici (si ricordi la scuola di Orléans § 7.1) troviamo il primo Regno che si configura come Stato fortemente accentrato in senso moderno. In quel contesto, la forte connotazione imperiale dello *ius commune* non piaceva di certo al monarca francese, impegnato nel rendere il proprio Regno del tutto autonomo dal SRI, ed anzi in aperta competizione politico-militare con esso. Ebbene, questo atteggiamento del sovrano si salda in qualche misura con la critica che gli umanisti rivolgevano al sistema di *ius commune* basato appunto sull'idea/ideale/ideologia di un diritto romano reso attuale dall'interpretazione dei *doctores*.

Anche per questo si spiega come nell'*entourage* della Scuola culta si sia formato Jean Bodin, allievo di Alciato e teorico dell'assolutismo politico e della "ragion di Stato".

E si spiega perché uno dei più attivi esponenti della Scuola culta, François **Hotmann**, propugni la formazione di un testo scritto che riordini le varie fonti del diritto del Regno e che sia scritto in francese: una rivendicazione certamente innovativa. Hotmann è in effetti uno dei primi autori a invocare un diritto *nazionale* che sia scritto in lingua volgare.

Questa dinamica "nazionalista" ben presto è rilevabile anche in altri paesi

europei. L'Umanesimo giuridico si diffonde in Europa anche in forza della sua valenza anti-imperiale e della forte polemica anti-giurisprudenziale, offrendo argomenti a favore delle monarchie nazionali e del rinnovamento del sistema giuridico.

Sotto quest'ultimo profilo, la proposta di un eversivo cambiamento nell'assetto giuridico-istituzionale del diritto comune, del quale lo *ius canonicum* è una colonna portante [cap. 1 § 6.3], non poteva logicamente trovare terreno fertile nei paesi cattolici.

La Scuola culta infatti affondava le proprie radici soprattutto nell'*humus* politico-culturale dei regni di fede protestante, dove peraltro l'atteggiamento più libero nell'approccio al Libro Sacro costituiva un ambiente più favorevole alla destrutturazione filologica operata sulla compilazione giustiniana – anche nel suo paese d'origine, del resto, l'Umanesimo giuridico annoverava adepti e sostenitori soprattutto tra gli ugonotti, cioè i protestanti francesi (come François Hotmann).

Dunque, anche da una disciplina scientifica apparentemente neutra e confinata nel mondo dell'erudizione letteraria, come la filologia, possono scaturire forti ricadute sul piano politico-giuridico, nella misura in cui essa va a destrutturare le costruzioni dei *doctores* e quindi a minare i fondamenti dello *ius commune*, che a sua volta costituisce le fondamenta dell'assetto istituzionale europeo.

Tutto ciò avviene in forte polemica con il metodo delle Università italiane, denominato *mos italicus* (approccio, metodo italiano) per contrapporlo al *mos gallicus* – in effetti, pur essendo italiano il fondatore (il milanese Alciato), come si è detto è in Francia che si consolida la Scuola culta.

Il clima complessivo è di scontro frontale. I più brillanti letterati del tempo accusano veementemente i giuristi italiani di aver deturpato la classicità.

La diatriba non fu immune da corrosivi sarcasmi. Il Valla non esitò a considerare Accursio e Bartolo come “oche” e a indicare i giuristi del *mos italicus* come gius-im-periti. François Rabelais, autore di un'opera dai toni grotteschi (*Gargantua e Pantagruel*), figlio di un giurista, dipinse apertamente i giuristi delle Università italiane come dei rozzi ignoranti, incapaci di intendere i veri testi classici.

Una interessante, e fondata, sorta di “difesa d'ufficio” del *mos italicus* fu esperita dal giurista italiano (ma docente e avvocato in Inghilterra) **Alberico Gentili**, considerato uno dei fondatori del moderno diritto internazionale con il trattato *De iure belli*. In un'opera pubblicata a Londra nel 1582, il cui titolo potrebbe essere tradotto con “Sei dialoghi sui giuristi” (*De iuris interpretibus dialogi sex*), egli prende atto delle lacune filologiche e culturali di Glossatori e Commentatori, ma fa notare che nella concreta amministrazione della giustizia, nei tribunali, è il *mos italicus* ad offrire un adeguato strumentario giuridi-

co; limitarsi al solo *mos gallicus*, viceversa, significherebbe estrarre dal *Corpus* giustiniano le sue singole parti, restituendole sì alla loro fattura storica (che è esattamente quello che facevano gli umanisti con i testi giuridici), ma così facendo annullavano l'operazione di giungere alla *concordantia discordantium*, alla conciliazione dei passi contraddittori, e al superamento delle lacune.

La riprova che le osservazioni del Gentili coglievano nel segno sta nel fatto che, soprattutto in territorio italico e germanico, non di rado sono gli stessi studenti a chiedere nelle Università l'insegnamento secondo il metodo tradizionale, contestando la didattica del *mos gallicus*. Quest'ultimo, certamente più erudito, filologicamente corretto ed elegante, rischiava di non offrire al giurista gli adeguati attrezzi del mestiere.

### 3.3. La "giurisprudenza elegante olandese"

Ad onor del vero, va segnalato che non sempre l'eleganza erudita andava a discapito delle buone soluzioni tecniche: ne sono esempio gli autori della cosiddetta "giurisprudenza elegante olandese".

In Età Moderna, e soprattutto tra XVI e XVII secolo, il clima culturale dei Paesi Bassi è di grande fervore e raffinatezza intellettuale; si pensi soltanto ai nomi di Rembrand per l'arte, di Grozio per la scienza giuridica (§ 5.2.2.1) e del grande Erasmo da Rotterdam – al quale per inciso è nominativamente dedicata l'istituzione degli "erasmus" interuniversitari.

L'università di Leida, pur assai "giovane" (viene fondata nel 1575), diventa nel XVII secolo uno dei principali poli istituzionali dell'Umanesimo giuridico, attirando numerosi studiosi del diritto, tra cui il Donello (Hugues Doneau).

La "giurisprudenza elegante olandese" si caratterizza per l'incontro tra l'erudizione testuale e la metodologia sistematica proprie della Scuola culta, da un lato, e, dall'altro, la considerazione pratica per la giurisprudenza locale.

Ne fu un esempio lo stesso Ugo Grozio, su cui ci soffermeremo tra breve, che nella sua *Introduzione alla giurisprudenza olandese* del 1631 tratta anche gli *iura propria* olandesi del suo tempo secondo una metodologia di derivazione culta.

Quando si parla del "diritto romano-olandese" tuttora (limitatamente) applicato in via giurisprudenziale nel Sudafrica (che prima del colonialismo inglese del XIX secolo conobbe quello olandese del '600, il periodo di cui stiamo appunto parlando), si deve far riferimento appunto al diritto comune rielaborato con gli schemi e le categorie della "giurisprudenza elegante olandese" – qualcosa quindi di molto lontano dal diritto giustiniano; lontano almeno di