

Volenti non fit iniuria

Considerazioni sul concetto di diritto in Francisco de Vitoria

Lorenzo Milazzo

Copyright © 2011 Lorenzo Milazzo

Questo documento è soggetto a una licenza Creative Commons.

14-03-2011

Sommario

1. Paradigmi interpretativi
2. Peccatum e iniuria
3. Ius, dominium, iniuria
4. Sub necessitate debiti
5. Diritti indisponibili?
6. Conclusioni

1. Paradigmi interpretativi

Fra gli storici del pensiero giuridico che hanno cercato nel basso medioevo o nella prima modernità le origini del concetto di “diritto soggettivo” è assai diffusa l’idea che la sua genesi sia connessa all’affermazione del volontarismo nominalista e al conseguente superamento della concezione “classica” del diritto che aveva trovato la sua sintesi più elevata e coerente nell’opera di Tommaso d’Aquino¹. Secondo questa rappresentazione i maestri della Seconda Scolastica spagnola, immettendo nella tradizione tomistica i germi del volontarismo e dell’individualismo, ne avrebbero tradito irrimediabilmente lo spirito, decretando il definitivo tramonto della concezione “realistica” del diritto che l’aveva caratterizzata².

Due, a quanto pare, le vie percorrendo le quali si è giunti ad associare la prima chiara formulazione di una dottrina del diritto soggettivo alla tradizione volontarista. Per alcuni il concetto di “diritto soggettivo”, inteso come «permesso d’agire»³ accordato dal legislatore, presuppone l’identificazione tipicamente volontarista del “diritto” con la “legge”, quale espressione di una *potestas*, umana o divina, che fu concepita, d’altra parte, anch’essa come «diritto soggettivo»⁴. Altri, riducendo proprio a tale *potestas* il concetto di diritto soggettivo, ne hanno cercato l’origine nella riduzione – essa pure, volontarista – dello *ius* al *dominium*, inteso come libertà, potere o sovranità dell’individuo⁵.

Sembra chiaro, tuttavia, che tanto coloro che seguono la via della *lex* quanto coloro che seguono la via del *dominium* muovono da definizioni del tutto specifiche del diritto soggettivo, selezionandole fra le molte in uso nel linguaggio giuridico contemporaneo⁶; ed è probabile che le conclusioni alle quali giungono le loro ricerche genealogiche siano per più versi implicite nelle scelte da essi compiute. Se è vero, infatti, che per condurre tali ricerche «non si può evitare di convenire su una accettabile definizione di diritto soggettivo, perché, senza conoscere ciò che si cerca, non lo si troverà affatto»⁷, è vero anche che sulla definizione del diritto soggettivo non v’è consenso, e che perciò, quando si sarà trovato ciò di cui si va in cerca, non si saranno trovate le origini *del* concetto di diritto soggettivo, bensì soltanto di quel particolare modo di intenderlo che si è scelto fra i molti possibili.

Come afferma Tuck, solo concependo i diritti soggettivi come diritti “attivi”, intesi come facoltà di imporre obblighi in capo ad altri, sarà possibile conferire al linguaggio dei diritti significato autonomo rispetto a quello dei doveri⁸. Ed è proprio per evitare la *riduzione* dei diritti ai doveri che Tuck *riduce* il paradigma del diritto soggettivo ad una particolare forma del diritto “attivo”⁹, finendo in tal modo per rinvenire la genesi della teoria dei diritti nella dottrina di quei teologi e giuristi medievali che per primi operarono un’analoga riduzione, volgendo lo *ius* in *dominium*¹⁰.

Per i sostenitori della *claim-rights theory* – è lo stesso Tuck a ricordarlo – «tutti i diritti hanno in ogni caso una componente ‘passiva’»¹¹, cosicché gli stessi diritti attivi non sono, in realtà, che diritti passivi sotto mentite spoglie, e ciò in quanto ciascun diritto soggettivo può realmente dirsi tale solo se ad esso è contestualmente correlato un dovere (il che non significa anche, nonostante i timori di Tuck, che il diritto debba necessariamente ridursi al dovere in sé¹²). Pufendorf fu fra i primi ad affermare esplicitamente che i diritti, per essere tali, debbano essere correlati a doveri altrui¹³. Tale idea caratterizzò – si ritiene tradizionalmente, nonostante il diverso avviso di Hart – la riflessione sui diritti di Bentham¹⁴, fu ribadita da Austin¹⁵ e, all’inizio del secolo, da Hohfeld¹⁶ e trovò, infine, la sua formulazione più nota nella teoria generale del diritto di Kelsen: «se il diritto soggettivo è un diritto in senso giuridico, esso è necessariamente un diritto al comportamento di qualcun altro, e cioè a quel comportamento al quale l’altro è giuridicamente obbligato. Un diritto siffatto presuppone il dovere giuridico di qualcun altro»¹⁷. Ciò non significa anche che per Kelsen l’esistenza di un obbligo giuridico implichi di per sé la correlativa esistenza di un diritto «in senso stretto», o «tecnico»¹⁸: pur considerando i diritti come logicamente correlati a doveri, Kelsen non riduce, infatti, i primi ai secondi¹⁹. Perché un soggetto sia titolare di un diritto non è sufficiente che altri siano obbligati giuridicamente nei suoi confronti, ma si richiede anche che l’esecuzione della sanzione che deve seguire all’inadempimento dipenda dalla sua volontà: «Un diritto soggettivo è pertanto una norma giuridica nel suo rapporto con l’individuo il quale, perché la sanzione venga eseguita, deve esprimere in tal senso una volontà. Soggetto di un diritto è quell’individuo, la cui manifestazione di volontà diretta alla sanzione, cioè la cui azione in giudizio, è condizione della sanzione»²⁰. Ecco, dunque, la forma logica della norma nella quale consiste il diritto soggettivo in senso stretto: «Se I (dove I designa il mancato adempimento, da parte di un individuo A, di un obbligo giuridico nei confronti di un individuo B), e B esprime la propria volontà che S sia eseguita contro A, allora deve essere S»²¹.

Come è noto, l’idea che il diritto debba essere inteso come un mero *permesso* riposa, secondo Kelsen, sull’erronea convinzione che sia possibile distinguere «le norme giuridiche che comandano o proibiscono, da un lato, e quelle che permettono, dall’altro»²². In realtà «l’ordinamento giuridico dà a qualcuno un permesso, conferisce a qualcuno un diritto, soltanto imponendo un dovere a qualcun altro»²³, cosicché «la legge è imperativa per l’uno, e perciò stesso è permissiva per l’altro»²⁴. Ad un errore analogo può ricondursi l’identificazione del diritto con il *potere* attribuito al soggetto da norme non prescrittive, bensì ascrivite: poiché, come ha scritto Celano, per Kelsen «la totalità di ciò che costituisce diritto è suscettibile di essere riformulato, trasposto, o irreggimentato, in forma canonica»²⁵, ossia di essere espresso (con la trascurabile eccezione delle norme individuali²⁶) nei termini di norme che imputano certe sanzioni a certe conseguenze, ogni norma giuridica, in qualunque modo essa sia formulata dal legislatore, potrà ricondursi a tale forma. Laddove ciò non sia possibile, molto semplicemente, essa dovrà essere qualificata come «giuridicamente irrilevante»²⁷ o, ancora più semplicemente, come «non-diritto»²⁸.

Hart riaffermò, d’altra parte, l’esigenza di distinguere fra norme giuridiche che impongono obblighi e norme giuridiche che conferiscono permessi e poteri; solo così, egli osservò, si sarebbe potuto evitare di ridurre la realtà complessa del diritto ad una rappresentazione unitaria, ma inadeguata e distorta²⁹. Proprio sulla base di questa distinzione diveniva possibile concepire diritti non correlati a doveri. Per Hart

vi è un certo significato di diritto soggettivo [...] secondo cui il fatto che X abbia un diritto soggettivo non deve necessariamente implicare l'altro, che X o qualcun altro abbia un dovere. I giuristi hanno isolato in questo senso dei diritti soggettivi, che hanno chiamato "facoltà" (*liberties*), appunto per distinguerli dai diritti soggettivi intesi nel loro senso fondamentale di diritti o pretese, a cui sia correlativo un dovere ³⁰.

E tuttavia Hart non poteva fare a meno di rilevare che, seppure certamente esistono *liberty-rights* non strettamente correlati a specifici obblighi giuridici, perché essi davvero possano dirsi "diritti", devono essere circondati da un "perimetro protettivo" di obbligazioni giuridiche non specifiche che ne garantiscano l'esistenza e l'esercizio ³¹.

I *liberty-rights*, Hart osserva, non rappresentano, del resto, il paradigma fondamentale dei diritti, consistenti in genere in pretese correlate a doveri (*claim-rights*). Tali diritti esistono quando la legge o, nel caso dei *moral rights*, una norma morale di condotta, conferiscono a un individuo il «controllo esclusivo, più o meno esteso, su un dovere di un'altra persona cosicché entro l'area di condotta coperta da quel dovere l'individuo che ha il diritto è un sovrano in scala ridotta nei confronti di colui sul quale grava il dovere» ³². I *claim-rights*, dunque, implicano l'esistenza di doveri correlati e si risolvono nella facoltà di determinarne o meno l'estinzione, di esigerne o meno l'adempimento e di pretendere o meno che sia applicata la sanzione prevista in caso di inadempimento. Benché l'immagine adatta a descrivere il rapporto che intercorre fra il titolare del diritto-pretesa e colui sul quale grava l'obbligo correlato non sia «quella di due persone legate fra loro da una catena, ma quella di una sola persona vincolata, mentre l'altra estremità della catena resta nelle mani di un altro, che può servirsene se gli pare» ³³, quel che qui importa osservare è che il vincolo non è imposto dal titolare del diritto bensì da una norma che del vincolo stesso (e dunque dei poteri del titolare del diritto) definisce l'estensione e i limiti, stabilendo i doveri della controparte. Quel che è rimesso alla scelta del soggetto titolare del diritto è, per così dire, «la prestazione dell'atto dovuto» ³⁴, ma non anche la produzione del dovere.

Il che non significa che Hart intenda escludere, quantomeno a partire dagli anni sessanta ³⁵, l'esistenza di diritti non correlati a doveri, che anzi immediatamente discende dalla distinzione fra norme che pongono obblighi giuridici e norme che conferiscono ai soggetti dell'ordinamento *poteri giuridici* ³⁶, ossia «mezzi per realizzare i loro desideri» creando, «mediante certe procedure specifiche soggette a certe condizioni, delle strutture di diritti e doveri nella cornice coattiva del diritto» ³⁷. Anche tali poteri sono, per Hart, diritti soggettivi (*power-rights*) ³⁸, esercitando i quali soggetti privati e pubblici modificano la situazione giuridica propria o altrui ³⁹. A differenza dei *claim-rights*, tali diritti – i cui titolari, come osserva MacCormick, appaiono «i soggetti attivi e non passivi del diritto (*law*)» ⁴⁰ – non sono strutturalmente correlati a obblighi, che, anzi, sono prodotti proprio attraverso l'esercizio di tali diritti: «le norme che conferiscono poteri – dice Hart – sono mezzi per creare obblighi» ⁴¹.

È a Lyons, tuttavia, che a quanto pare si deve la formulazione esplicita della distinzione fra "diritti passivi" e "diritti attivi". Nel linguaggio di Lyons i diritti passivi sono pretese che i soggetti possono vantare (o far cadere a proprio arbitrio ⁴²) nei confronti o contro (*against*) soggetti determinati e che sono concettualmente correlate ad «obbligazioni "dovute" a persone specifiche» ⁴³, mentre i diritti attivi sono «diritti a fare cose» (*rights to do things*) ⁴⁴ – ad esempio, ad esprimere liberamente il proprio pensiero. Secondo Lyons questi ultimi diritti, a differenza dei diritti passivi, non sono concettualmente correlati ad obbligazioni corrispondenti ⁴⁵.

Benché certamente Tuck tragga da Lyons l'opposizione diritto passivo-diritto attivo, non è difficile constatare che i diritti attivi di Tuck non coincidono con quelli di Lyons. Per Tuck il diritto attivo non è mera libertà di fare cose, bensì, semmai, facoltà di obbligare altri a farle: se, infatti, avere un diritto passivo significa, tutt'al più, «essere in una posizione nella quale il proprio volere espresso o tacito è

occasione perché operi il dovere imposto su qualcun altro»⁴⁶, essere titolari di un diritto attivo, che è poi per lui il solo vero e proprio diritto soggettivo, «è in realtà proprio l'imporre in qualche modo ad altri quel dovere e il determinare come essi debbano agire nei confronti del possessore del diritto»⁴⁷. Mentre il diritto attivo di Lyons rievoca – pur nella diversità che le connota – la nozione hofeldiana del *privilegio*⁴⁸ o le *liberties* di Hart, il diritto attivo di Tuck è piuttosto – per usare, invero in modo non del tutto appropriato, l'espressione kantiana – «facoltà di obbligare altri»⁴⁹, e dunque corrisponde, in sostanza, a quello che per Hart è un *power-right* e per Hohfeld semplicemente un *potere*. Ed è proprio in base a tale definizione del diritto attivo che Tuck supera la distinzione di Lyons fra diritti attivi e diritti passivi, negando, in ultima istanza, che questi ultimi possano considerarsi, propriamente parlando, “diritti”⁵⁰. Egli muove, in tal modo, da una formulazione radicalmente dinamica⁵¹ della *will theory*⁵², che inevitabilmente finisce per negare la natura deontica dei diritti, traendoli fuori dal tessuto normativo nel quale si inseriscono e configurandoli quali “fonti” delle norme che tale tessuto costituiscono.

Le ricerche storico-filosofiche condotte in Italia e in Francia da Grossi e Villey, benché animate da intenti radicalmente critici, sembrano muovere da una nozione del diritto soggettivo i cui tratti sono assai simili a quelli che Tuck avrebbe attribuito al suo *active right*⁵³, e anch'essi, come Tuck, finiscono in tal modo per associare al concetto di diritto soggettivo, con le parole di Ross, «un'idea più o meno indefinita di una forza soprannaturale, di una sorta di potere intimo e invisibile sopra l'oggetto del diritto, o di una qualità della volontà che le conferisce “validità” e potere in rapporto alle opposte volontà di altre persone»⁵⁴.

Ora, è chiaro che se si concepisce il diritto soggettivo come «dignità e sovranità indiscutibile del soggetto operatore»⁵⁵, capace addirittura, nel caso, ad esempio, del diritto di proprietà, di perfezionarsi entro il soggetto medesimo, o, tutt'al più, nella relazione fra il soggetto e le cose⁵⁶, ben poco esso potrà avere a che fare con una dottrina come quella di Tommaso, in cui il diritto è innanzi tutto, secondo la lezione aristotelica, atto dovuto – o, secondo Villey, addirittura “cosa” dovuta – da un soggetto ad un altro. Se dunque, da questo punto di vista, la conclusione alla quale questi autori pervengono è in gran parte contenuta nelle premesse dalle quali muovono, non è affatto chiaro se davvero i teologi della Seconda Scolastica spagnola, e fra loro, in particolare, l'iniziatore della scuola, il frate domenicano Francisco de Vitoria⁵⁷, abbiano stravolto lo spirito realistico e oggettivistico della dottrina giuridica di Tommaso riproponendo una concezione del diritto soggettivo del tutto analoga a quella elaborata dalla scolastica volontarista.

Contro la tradizionale opinione secondo la quale i maestri di Salamanca sarebbero stati protagonisti, nel Cinquecento, di una vera e propria rinascita del tomismo, essi, lungi dall'aver riproposto l'insegnamento di Tommaso adeguandolo ai tempi, avrebbero – come afferma Villey – modificato la sua lezione e deformato «surrettiziamente la dottrina cattolica tradizionale del diritto naturale, aprendo la via a ciò che è stato chiamato tomismo (che, come si sa, differisce notevolmente dal pensiero di San Tommaso)»⁵⁸. Francisco de Vitoria e gli altri maestri della Seconda Scolastica avrebbero tradito, in questo modo, la lezione di Tommaso contribuendo al suo definitivo (ed infausto) tramonto⁵⁹, e proprio in tale tradimento dovrebbe vedersi il loro «apporto più personale»⁶⁰ alla formazione del pensiero giuridico moderno.

Ha osservato D'Agostino che la prima difficoltà nella quale si imbatte chi voglia studiare la dottrina di Tommaso «consiste nel fatto che bisogna prendere posizione nei confronti di una tendenza (che sempre si rinnova) di carattere attualizzante che indurrebbe a leggere nel sistema tomista un insieme di verità perdute o tradite dalla successiva storia del pensiero»⁶¹.

Gli autori che rappresentano tale tendenza attualizzante concordano, in genere, nel considerare i primi responsabili del “tradimento” in questione proprio i teologi della Seconda Scolastica ⁶². E come ricorda Brett, il dibattito contemporaneo sulla dottrina teologico-giuridica dei maestri della scolastica spagnola è caratterizzato dalla contrapposizione fra chi attribuisce loro una «teoria del diritto oggettivo» e chi, invece, ritiene che in essi sia presente una «teoria del diritto soggettivo». Per i primi, «la Scuola di Salamanca rappresenterebbe un ritorno alle autentiche concezioni aristoteliche di Tommaso», mentre per i secondi essa «perpetuerebbe il soggettivismo nominalista e volontarista dei moderni, da Olivi ad Almain. Entrambe queste posizioni – continua Brett – si basano sulla contrapposizione fra diritto oggettivo e una determinata nozione di diritto soggettivo, inteso come libertà della persona, associata all’etica nominalista e volontarista» ⁶³. Ma è effettivamente questa la nozione di diritto soggettivo che emerge della opere teologico-giuridiche di Francisco de Vitoria?

2. Peccatum e iniuria

Come per Tommaso, per de Vitoria *ius* è innanzitutto “ciò che è giusto” (lo *iustum*); benché non di rado usi – come del resto, prima di lui aveva fatto lo stesso Tommaso – la parola *ius* come sinonimo di *lex*, il maestro di Salamanca ribadisce la distinzione fra i significati dei due termini: una cosa è il diritto, classicamente inteso come “ciò che è giusto”, altra la legge, che del diritto è causa ⁶⁴. Ora, proprio perché, secondo la lezione di Tommaso, la legge non coincide col diritto, ma è piuttosto *aliqualis ratio iuris* ⁶⁵, il maestro di Salamanca ritiene di poter proporre senza scostarsi da tale lezione una diversa definizione del diritto: «Il diritto [...] non è nient’altro che ciò che è lecito, o meglio, che è lecito in base alla legge. Ciò risulta chiaramente da quanto san Tommaso afferma alla q. 57, a. 1 ad 2, ove si legge che la legge non è, propriamente parlando, il diritto, bensì *ratio iuris*, ossia ciò in ragione di cui qualcosa è lecito» ⁶⁶.

Da tale definizione de Vitoria passa senza difficoltà a un’altra, del tutto simile a quella che Summenhart trasse a sua volta da Gerson ⁶⁷: «Il diritto è la potestà o la facoltà che spetta a qualcuno in base alle leggi» ⁶⁸. Per de Vitoria tale definizione di *ius* coincide, in ultima istanza, con quella di *dominium*, ove si intenda quest’ultimo come la «facoltà di usare la cosa secondo leggi razionalmente istituite» ⁶⁹.

Secondo alcuni le definizioni del diritto proposte da de Vitoria, lungi dall’essere strettamente connesse l’una all’altra e sostanzialmente coerenti, esprimono visioni alternative e inconciliabili del diritto, o, nella migliore delle ipotesi, strutture semantiche distinte e indipendenti ⁷⁰. In realtà l’uso di un medesimo termine per designare la *facoltà* che spetta al soggetto in base alla legge e il *giusto* rivela fra essi un’intima connessione. Per renderla manifesta è necessario, tuttavia, chiarire innanzitutto quali rapporti intercorrono nella dottrina giuridica di de Vitoria fra la legge, il diritto e gli altri beni morali, e in secondo luogo, il senso profondo che in essa assume la complessa nozione di *dominium*.

Per il teologo spagnolo i precetti della legge non riguardano solo il diritto e il torto (*ius* e *iniuria*), e dunque l’atto giusto che in quanto tale costituisce oggetto della virtù della giustizia in senso stretto ⁷¹, ma anche gli atti che sono oggetto di altre virtù, quali la temperanza, la fortitudine, e così via ⁷²; e tuttavia «la giustizia, propriamente parlando, non si estende a tutti quei precetti, ma solo a quelli che ordinano un uomo rispetto ad un altro; ad essa compete, in altre parole, la realizzazione dell’uguaglianza nei confronti dell’altro» ⁷³.

Come Tommaso, e prima ancora Aristotele, de Vitoria coglie nell’*intersoggettività* uno dei tratti che consentono di distinguere il diritto e la giustizia dagli altri beni morali e dalle altre virtù ⁷⁴. De Vitoria ribadisce la natura strettamente intersoggettiva della nozione di “giusto”, e dunque, conseguentemente, di “giustizia”, commentando l’articolo quarto della *quaestio* 57, ove osserva che, poiché il giusto, e dunque lo *ius* e l’*iniuria*, si trova soltanto *inter duos qui sunt omnino distincti et non simpliciter unum*

⁷⁵, quando uno è parte dell'altro, fra loro non v'è diritto né torto: perciò «se un padre maltratta il proprio figlio, non diciamo che gli ha arrecato propriamente un torto (*iniuria*), bensì che ha commesso un'empietà (*impietas*), ed altrettanto vale ove ciò si verifichi fra il padrone e il proprio servo» ⁷⁶.

La relazione fra un padre e il proprio figlio, così come quella fra un padrone e il proprio servo è in effetti talmente stretta e talmente asimmetrica da risolversi in essa la pluralità dei soggetti in unità. E siccome la pluralità dei soggetti è imprescindibile perché vi siano diritto e ingiustizia, le vicende che riguardano i rapporti fra padri e figli o padroni e servi si sottraggono alla sfera del "giuridico", al pari di quelle che riguardano la vita interiore di ciascun uomo ⁷⁷. Poiché, d'altra parte, la "giustizia" è sempre *ad alterum* ⁷⁸, anche l'ingiustizia non potrà che arrecarsi ad un altro che davvero sia tale ⁷⁹.

Mentre il *peccato* consiste nella violazione di un qualunque dovere posto dalla legge in capo al soggetto, l'ingiustizia (*iniustitia*) e il torto (*iniuria*) sono sempre violazione di un dovere, per così dire, "qualificato", in quanto posto dalla legge in capo ad un soggetto nei confronti di un *altro*.

Certo, a ben vedere qualunque peccato costituisce in realtà un'ingiustizia, ma solo «estrinsecamente», perché commettendolo si viola il dovere di obbedienza che chi è soggetto ad un legislatore, sia esso umano o divino, ha nei confronti di questi ⁸⁰. È vero che ogni peccato è una violazione della legge, e dunque che ogni ingiustizia costituisce un peccato, ma ciò non significa, per de Vitoria, che ogni peccato costituisca anche di per sé, «intrinsecamente», ingiustizia o torto: perciò «l'ingiustizia è un peccato speciale» ⁸¹.

La violazione del dovere di obbedire al legislatore è *iniuria* solo *estrinsecamente*, ossia solo in base ad una norma ulteriore (e sovraordinata) che ha ad oggetto la relazione fra il legislatore e chi gli è soggetto. L'atto con il quale si obbedisce al legislatore non è di per sé, *intrinsecamente* giusto, se non nei riguardi del legislatore medesimo e in virtù della norma che istituisce il legislatore obbligando i suoi sudditi ad obbedirgli; solo quando l'atto di obbedienza sia dovuto ad altri in base alla legge esso può dirsi propriamente "giusto": il diritto, in altri termini, si dà, intrinsecamente, nella relazione fra due soggetti subordinati ad un medesimo legislatore, non nella relazione fra il soggetto e il legislatore, se non in virtù di una norma sovraordinata che obbliga il soggetto ad obbedire al legislatore. La giustizia sta, dunque, entro un sistema di sfere concentriche, cosicché il legislatore, che è al di fuori di ciascuna sfera, è inevitabilmente compreso in un'altra, e solo muovendo dall'interno verso l'esterno, dall'una all'altra di queste sfere, si incontra il dovere di obbedirgli e il (suo) diritto. Era dunque ben chiaro a Francisco de Vitoria che la sovranità non è diritto.

3. Ius, dominium, iniuria

Se per *dominium* si intende una generica *facultas utendi re secundum iura vel leges rationabiliter institutas* ⁸², allora, osserva de Vitoria seguendo Summenhart e Gerson, *dominium* e *ius* hanno lo stesso significato ⁸³. Al concetto di *dominium-ius*, d'altra parte, è strettamente connesso quello di *iniuria*, tanto che, in contesti diversi, egli desume dall'incapacità di cose e animali bruti di subire *iniuria* che essi sono incapaci di *dominium* e, viceversa, dall'incapacità di cose e animali d'essere *domini* l'impossibilità di arrecare loro *iniuria* ⁸⁴. Se gli animali bruti e le cose inanimate non possono subire *iniuria*, ciò significa che non v'è alcun dovere nei loro confronti del quale essi possano pretendere l'adempimento: tanto basta, secondo de Vitoria, per escludere che gli uni e le altre possano essere *capaces iuris* ⁸⁵; e, per il verso opposto, se gli animali bruti e le cose non hanno alcun *dominium*, ciò significa che nulla è loro dovuto e perciò non è possibile commettere ai loro danni ingiustizia alcuna ⁸⁶.

Per di più, come l'incapacità di subire *iniuria* è prova sufficiente dell'incapacità d'essere *dominus*, così la capacità di subire *iniuria* è prova sufficiente della qualità di *dominus*: i bambini non ancora arrivati all'uso della ragione sono *veri domini* perché – argomenta il teologo-giurista nella *Relectio de indis* – sono capaci di subire *iniuria* ⁸⁷ .

Ma se l'iniuria, che è per definizione violazione di un dovere nei confronti di un altro, ossia di un dovere propriamente giuridico, è nel contempo lesione del suo diritto ⁸⁸ , ciò significa che diritto soggettivo e dovere giuridico sono reciprocamente correlati.

Quanto fin qui si è sostenuto vale a dimostrare che per Francisco de Vitoria ogni qual volta vi sia un diritto, allora v'è anche un dovere propriamente giuridico, e specularmente, che ogni qual volta vi sia un dovere propriamente giuridico, allora v'è anche per ciò solo un diritto. Non è affatto chiaro, tuttavia, perché il teologo spagnolo definisca tale diritto *potestas* o *facultas* se esso sembra risolversi interamente nell'atto dovuto in base alla legge da un uomo ad un altro.

E tuttavia, proprio nella natura *intersoggettiva* del diritto *oggettivamente* inteso sembra implicita, per de Vitoria, tale definizione del diritto soggettivo: l'atto può essere dovuto *ad un altro* proprio in quanto si riconosca in lui il pieno dominio di sé, la sua libertà, e dunque la capacità di deliberare consapevolmente in merito all'altrui dovere: in mancanza del riconoscimento dell'altrui soggettività la stessa possibilità del diritto in quanto *bonum ad alterum* viene meno, e dunque è inevitabile che tale riconoscimento sia compreso nella definizione stessa del diritto.

Non a caso de Vitoria ripete più volte che solo un soggetto capace di autodeterminazione, in quanto padrone di sé e dei propri atti, può essere titolare di diritti e che, dunque, solo nei suoi confronti possono esservi doveri e commettersi ingiustizie, e non anche nei confronti delle bestie o delle cose ⁸⁹ .

Mentre per Summenhart, secondo l'insegnamento di Gerson, il *dominium-ius* può far capo anche alle creature irrazionali o addirittura inanimate ⁹⁰ , per de Vitoria solo gli uomini, in quanto soggetti liberi e razionali, possono essere titolari di diritti ⁹¹ . Perciò l'atto è giusto in quanto sia dovuto ad un altro che, in quanto tale, possa liberamente deliberare al riguardo, facendolo proprio o rinunciando ad esso.

Per Francisco de Vitoria diritti e doveri giuridici sono dunque biunivocamente correlati non perché il diritto si risolve nell'altrui dovere, ma perché l'atto è giusto, e dunque è diritto, solo in quanto dovuto ad un altro che possa disporre a proprio arbitrio.

Il che comporta, ed evidentemente non è cosa di poco conto, che ogni prescrizione che ponga in capo al soggetto doveri dei quali altri non possano disporre esula dall'ambito del giuridico e che, correlativamente, non vi sono diritti dei quali il soggetto non possa liberamente disporre.

Si guardi, ad esempio, a quanto de Vitoria afferma a proposito dell'omicidio del consenziente. Nel commento all'art. 3, *quaestio* 59 della *Secunda secundae* il maestro di Salamanca, replicando all'obiezione di quanti ritengono che colui che uccide il consenziente gli arreca un torto (*iniuria*) ⁹² , osserva che in realtà «in atti come questi, dei quali si è vittime consenzienti, non vi è ingiustizia» ⁹³ : certo, l'omicida pecca comunque mortalmente perché viola la legge divina e quella naturale e perché sottrae alla comunità politica un proprio membro, ma non arreca alcun torto a colui che uccide, e dunque «non è tenuto alla restituzione (*non tenetur ad restitutionem*)» ⁹⁴ .

Se il consenso toglie l'*iniuria* (*ubicumque est aliquid voluntatis, nulla fit iniuria* ⁹⁵), ciò significa che l'*iniuria* stessa – ad un tempo lesione del diritto e violazione del dovere giuridico – e la *restitutio* dipendono dalla contrarietà dell'altrui volontà ⁹⁶ : «per tale ragione chi uccide un altro che voglia essere ucciso non arreca maggior offesa (*iniuria*) di colui che uccide se stesso, seppure in entrambi i

casi si commetta peccato mortale»⁹⁷ .

Siccome il diritto non è, per de Vitoria, soltanto “dovere”, ma anche “facoltà”, non atto genericamente dovuto, bensì atto dovuto ad un soggetto cui spetta decidere del dovere (scegliendo, ad esempio, di rinunciare ad esso o, al contrario, di esigerne l’adempimento), egli non può che concludere che *volenti non fit iniuria*, cosicché, in presenza del consenso della vittima, il reo si trova solo di fronte al dovere che viola e la sua condotta è repentinamente proiettata al di fuori del giuridico e “degradata”, per così dire, da *iniuria* a *peccatum*, con la conseguenza, assai rilevante in pratica, che al consenziente non è dovuta la *restitutio*, che consiste nel ripristino dell’altro «nel proprio dominio»⁹⁸ e nella quale non a caso de Vitoria coglie l’atto tipico della virtù della giustizia strettamente intesa⁹⁹ .

Come ha rilevato MacCormick, la *will (o choice) theory* implica logicamente l’esclusione dal novero dei diritti propriamente intesi dei cosiddetti “diritti indisponibili”¹⁰⁰ , e certamente la teoria dei diritti di Francisco de Vitoria è una *will theory*¹⁰¹ , ma con una particolarità rilevantissima: in questo caso l’indisponibilità del dovere altrui non solo esclude il diritto di colui al quale l’atto è dovuto, ma addirittura la giuridicità del dovere stesso.

4. Sub necessitate debiti

S’è detto che per de Vitoria, come per Tommaso d’Aquino, il diritto è per definizione ad *alterum*. Il tratto dell’intersoggettività, tuttavia, non è di per sé sufficiente a definire esaurientemente il diritto: anche l’*aequum*, infatti, e non soltanto lo *iustum*, è *ad alterum*: perché l’atto buono possa dirsi giusto non basta allora che esso sia tale nei confronti dell’altro, ma deve anche «cadere in qualche modo sotto la necessità del debito (*sub necessitate debiti*)»¹⁰² . Lo *iustum*, dunque, come l’*aequum* è *ad alterum*, ma a differenza dell’*aequum*, cade *sub necessitate debiti*: perciò «dare l’elemosina, per quanto sia buono ed equo, tuttavia non è giusto, poiché non è dovuto (*debitum*)»¹⁰³ . Proprio in questo, osserva il teologo domenicano citando Guillaume Budé, sta la differenza fra l’equo e il giusto: *iustum addit mutuum de necessitate et rigore iuris, aequum vero minuit hanc necessitatem*¹⁰⁴ .

Ciò non significa, d’altra parte, che il *bonum* in quanto tale non possa cadere *sub necessitate debiti*, tutt’altro: de Vitoria non ha infatti alcuna difficoltà ad ammettere che la pubblica autorità possa, ed anzi debba punire i peccati dei propri sudditi. Il *bonum*, dunque, come lo *iustum*, può essere imposto coercitivamente. Ma nel caso dello *iustum*, in quanto *bonum ad alterum*, la decisione al riguardo spetta a colui al quale l’atto è dovuto.

Come ricorda Tierney, «fra i padri della Chiesa si era discusso se fare l’elemosina fosse un’opera della giustizia o un’opera di carità»¹⁰⁵ . Certo è che dopo il *Decretum* di Graziano nessuno poté più dubitare che i ricchi avessero un dovere nei confronti dei poveri, e non solo verso Dio¹⁰⁶ .

Ci si continuò, invece, a chiedere se chi si trovasse in condizioni di necessità potesse fare uso senza bisogno dell’altrui permesso di ciò che gli era dovuto o comunque pretendere che i ricchi fossero costretti ad adempiere al loro dovere.

Benché non siano mancate opinioni contrarie¹⁰⁷ , la risposta affermativa fu quella che finì per prevalere¹⁰⁸ ; fin dall’inizio del XIII secolo il diritto canonico conobbe, del resto, una particolare procedura giudiziaria, la “denuncia evangelica”, della quale il povero in condizione di *estrema necessitate* poteva avvalersi per ottenere, appunto, quel che gli era “dovuto”: in seguito ad un appello rivolto dall’indigente all’ufficio del giudice, «il vescovo [...] poteva costringere un ricco impenitente a fare l’elemosina di ciò che aveva in eccesso, se necessario ricorrendo alla scomunica»¹⁰⁹ .

Escludendo la rilevanza giuridica dell'elemosina, de Vitoria intendeva, in realtà, negare che il povero in condizioni di necessità non estrema potesse appropriarsi dell'elemosina dovutagli o esigerne la prestazione. Poiché il ricco deve il superfluo agli indigenti, ma non anche a questo o quell'indigente in particolare, nessuno potrà pretendere da lui l'elemosina, cosicché chi, pur versando in condizioni di necessità *non estrema*, si approprierà di quel che il ricco ha in eccesso, commetterà ai suoi danni un furto. Ben diversamente, laddove la necessità sia "estrema", ossia tale da comportare per l'indigente o per i suoi più stretti congiunti un pericolo imminente di morte, questi – individuato, per così dire, dal grado stesso della necessità – potrà appropriarsi dei beni non necessari al ricco avendo ragione di ogni sua possibile (e indebita) resistenza, senza commettere alcuna ingiustizia ai suoi danni, ed anzi, esercitando un suo diritto ¹¹⁰ .

Commentando per i suoi studenti un passo della *Summa theologiae* nel quale Tommaso afferma, seguendo la tradizione, che «in caso di estrema necessità tutte le cose sono in comune» ¹¹¹ de Vitoria conclude: «Se sono in comune, allora io ho diritto ad esse» ¹¹² , ed anzi, esse sono mie, e non del ricco ¹¹³ , che delle stesse non ha alcun bisogno.

È dunque ancora una volta muovendo dai tratti distintivi del diritto oggettivamente inteso che è possibile cogliere i caratteri propri del diritto soggettivo, per poi risalire da essi, ancora, a quelli del diritto oggettivo, onde comprenderne appieno il concetto. Se il diritto oggettivo, l'atto giusto, è tale in quanto cada *sub necessitate debiti*, è chiaro allora che colui al quale l'atto è dovuto ha facoltà non solo di deliberare circa il dovere altrui, appropriandosene o, al contrario, abbandonandolo e togliendo, di conseguenza, l'*iniuria*, ma anche di pretendere che il dovere sia adempiuto ¹¹⁴ e, in caso contrario, che il danno sia risarcito e l'inadempiente punito. Proprio tale facoltà, del resto e per il verso opposto, fa dell'atto dovuto ad un altro, ossia dell'atto *equo*, un atto *giusto*, cosicché tale facoltà e il giusto, ossia il diritto oggettivo, si implicano vicendevolmente. E poiché essa coincide con il diritto soggettivo, non è difficile per il maestro di Salamanca ravvisare, fra quest'ultimo e l'atto giusto, il diritto oggettivo, una nesso di complicazione tanto stringente da consentirgli di designare entrambi con un medesimo termine (*ius*). Così, "diritto" è tanto la facoltà di pretendere l'atto prescritto dalla legge, quanto l'atto stesso, in quanto possa essere preteso da colui al quale è dovuto.

Il titolare del diritto, ossia colui al quale l'atto è dovuto, potrà pretendere che l'altrui dovere nei suoi confronti sia adempiuto; né vi sono obblighi giuridici veri e propri cui non corrisponda l'altrui facoltà di pretenderne l'adempimento. Laddove entrambi i soggetti del "rapporto giuridico" siano sudditi di una comune autorità politica, il titolare del diritto potrà e (pertanto) dovrà appellarsi a quest'ultima (che «non per nulla porta la spada» ¹¹⁵) e da essa ottenere la coazione della controparte ad adempiere. In questo caso, ove necessario, sarà l'autorità politica a muovere guerra contro chi lede (o ha leso) il suo diritto, facendo propri i nemici di coloro i cui diritti siano stati lesi. Ma quando manchi tale autorità o l'intervento ne sia reso impossibile dalle circostanze o, ancora, quando essa non voglia intervenire in soccorso dell'offeso, quest'ultimo potrà volgersi autonomamente contro l'inadempiente, muovendo contro di lui la sua guerra privata ¹¹⁶ .

Tale guerra potrà certamente essere "difensiva", ossia volta ad impedire che il soggetto obbligato leda l'altrui diritto con una condotta attiva ¹¹⁷ . Ma potrà anche, in talune particolari circostanze, assumere i tratti di una guerra d'aggressione, ossia volta ad ottenere la *restitutio* e la punizione del reo quando la lesione del diritto sia ormai compiuta ¹¹⁸ : benché de Vitoria affermi che «il privato ha certo il diritto di difendere se stesso e i propri beni [...]; ma non ha il diritto di vendicare le offese e neppure di reclamare dopo che è trascorso un certo lasso di tempo, le cose rubate» ¹¹⁹ , di fronte all'inerzia della pubblica autorità egli esercita il proprio diritto riappropriandosi di ciò che gli è stato indebitamente sottratto ¹²⁰ e punendo l'aggressore ove non possa altrimenti difendersi ¹²¹ . La separazione fra guerra difensiva e guerra d'aggressione appare, allora, in realtà assai meno netta e feconda di quanto a prima vista non sembri; l'una e l'altra, del resto, sono comprese nella facoltà nella quale il diritto

consiste, poiché il reo che non incorre nella pena assai difficilmente si asterrà in futuro dal commettere ulteriori ingiustizie ¹²² .

La correlazione fra diritti e guerra svolge, come è noto, un ruolo essenziale nella dottrina coloniale della Scuola di Salamanca ¹²³ . I principi cristiani non possono punire i peccati degli indios contro la legge naturale «nemmeno con l'autorizzazione del Papa» ¹²⁴ , ma al pari di qualunque privato, in assenza di una comune autorità alla quale appellarsi, possono reagire con la guerra alla lesione dei loro diritti ¹²⁵ : in questo caso, infatti, come già si è detto, chiunque sia prossimo a patire o già abbia patito un torto, a fronte dell'inerzia o dell'impotenza dell'autorità politica (ed a maggior ragione ove tale autorità non esista), può, mediante la guerra, “difendere” il proprio diritto imponendo al colpevole l'adempimento dell'obbligo ad esso correlato, nonché ottenere la restituzione dei beni sottratti e punire l'offesa subita, poiché «in una guerra giusta [...] – una volta ottenuta la vittoria, recuperati i beni, stabilita la pace e anche la sicurezza – è lecito punire il torto ricevuto dai nemici» ¹²⁶ .

Benché non scevro da opportunistiche contraddizioni, su una delle quali ci si soffermerà fra breve, nella sua complessiva coerenza e semplicità il sistema teorico di de Vitoria palesa, in tutta la sua drammatica crudezza, la simbiosi inevitabile fra diritto, diritti e guerra. Che ad essa ricorra un'autorità sovraordinata, lo stesso titolare del diritto o altri che intervengano in suo soccorso, il problema, quantomeno dal punto di vista teorico, non cambia: avere uno *ius* – nella configurazione non retorica né mistificante che ne propone de Vitoria – significa (anche, e in ultima istanza) avere un titolo di guerra *iusta*, ed anzi, possiamo aggiungere, il *solo* titolo di guerra giusta ¹²⁷ : «una soltanto – infatti – è la causa di una guerra giusta, cioè avere ricevuto un'offesa (*iniuria*)» ¹²⁸ , ossia aver patito la lesione di un diritto.

Ciò risulta con tutta evidenza ove si scorrano i passi della *Relectio de indis* nei quali il maestro domenicano enumera i casi in cui è lecito agli spagnoli muovere guerra contro le genti che abitano le terre del Nuovo Mondo. Gli spagnoli hanno *ex iure gentium* il diritto di percorrere i territori dei barbari e di rimanere in essi senza recare loro alcun danno ¹²⁹ ; di intrattenere con gli indios relazioni commerciali che non cagionino danno alla loro patria ¹³⁰ ; di condividere con gli indios i beni che fra loro sono comuni a cittadini e stranieri ¹³¹ ; ed ancora, i figli degli spagnoli nati nelle loro nazioni hanno il diritto di assumerne la cittadinanza e di godere dei vantaggi che ne derivano ¹³² : qualora gli indios violassero tali diritti o ne impedissero l'esercizio, gli spagnoli potrebbero muovere guerra contro di loro per «respingere o vendicare» l'*iniuria* subita, ove ogni altra via fosse loro preclusa ¹³³ .

Se è necessaria per tutelare i propri diritti, ogni misura diviene lecita: in nome dei diritti si possono occupare e sottomettere le città dei nemici ¹³⁴ , «saccheggiare le loro terre e ridurli in cattività, destituire i precedenti sovrani e stabilirne altri nuovi, tuttavia sempre con moderazione e a seconda della entità delle offese e delle ingiustizie subite» ¹³⁵ .

Ed analogamente, qualora gli indios impedissero agli spagnoli di esercitare il diritto di predicare il vangelo nelle loro regioni ¹³⁶ , essi potrebbero muovere guerra per questa ragione, imponendo ai barbari il pieno rispetto di tale diritto ¹³⁷ . Anche in questo caso la guerra è concepita come reazione all'*iniuria* e perciò è considerata giusta: «Ciò sembra essere chiaro, in quanto gli indios, comportandosi in tal modo, commettono ingiustizia (*faciunt iniuriam*) contro i cristiani [...] e pertanto può essere giusta la causa della guerra» ¹³⁸ .

5. Diritti indisponibili?

Non necessariamente, tuttavia, la guerra, per essere giusta, deve essere intrapresa a tutela dei *propri* diritti o per vendicare un'offesa *personalmente* patita. Come è noto, infatti, per de Vitoria è lecito anche intraprendere una guerra a tutela dei diritti degli altri. Nel caso da ultimo considerato, del resto, gli spagnoli non sarebbero le sole vittime dell'intolleranza altrui: l'ottusa ostinazione dei loro signori sarebbe d'ostacolo al «bene degli stessi indios». E poiché i principi non possono impedire il bene dei loro sudditi, «in favore di quelli che sono oppressi e soffrono ingiustamente gli spagnoli possono muovere guerra, trattandosi specialmente di questione di tanta importanza» ¹³⁹ .

Lo stesso vale, evidentemente, nel caso in cui i signori dei barbari tentino con la forza o l'intimidazione di riportare all'idolatria quanti dei loro sudditi già si siano convertiti al cristianesimo. Tale azione costituisce certamente un'*iniuria*, ed anche in tale caso è l'*iniuria* che legittima la guerra ¹⁴⁰ . Questo titolo di legittimazione, precisa di seguito l'autore, non è solo un «titolo di religione», ma anche di «amicizia e di società umana» ¹⁴¹ . Non sono questi, d'altra parte, i soli casi nei quali de Vitoria fonda la liceità della guerra sull'esigenza di impedire o sanzionare la lesione dei diritti degli altri. Trattando del settimo titolo legittimo della conquista e della dominazione spagnola nelle Indie Nuove, il dottore domenicano afferma che gli spagnoli possono lecitamente intervenire in soccorso di un loro alleato che abbia mosso guerra per vendicare un'*iniuria* subita e che del loro aiuto abbia fatto richiesta ¹⁴² .

Ma è nella discussione del quinto titolo che emerge la questione più interessante e, nel contempo, più problematica. La guerra degli spagnoli contro gli indios è senza alcun dubbio giusta quando è intrapresa per impedire che uomini innocenti siano sacrificati agli dei o uccisi al solo scopo di mangiarne le carni ¹⁴³ . Qualora i barbari non vogliano desistere da simili usanze «si potrà muovere loro guerra per questa causa, ed esercitare contro quelli tutti i diritti di guerra» ¹⁴⁴ .

E, quel che più conta, di fronte a simili aberrazioni

non è nemmeno un ostacolo che tutti gli indigeni acconsentano a tal genere di leggi e di sacrifici, e si rifiutino di essere difesi in ciò dagli spagnoli. Poiché in questo non sono padroni di se medesimi o dei loro diritti, vale a dire nel consegnarsi essi alla morte e nel darla ai loro figli ¹⁴⁵ .

È proprio quest'ultima precisazione a suscitare qualche non trascurabile perplessità. Se, come s'è visto, il sacrificio del consenziente non costituisce iniuria bensì solo peccato, e se solo l'iniuria, e non anche il peccato, per quanto grave esso sia, è causa di guerra giusta ¹⁴⁶ , cosa consente agli spagnoli di muovere guerra per difendere il diritto di colui che lo esercita rinunciando esplicitamente ad esso?

La posta in gioco è tuttavia troppo alta: esclusa la legittimità di ogni altro titolo della dominazione spagnola nelle Indie ¹⁴⁷ , la «guerra giusta» sembra ormai la sola «chiave del forziere» ¹⁴⁸ ; de Vitoria lo sa bene: con disarmante ingenuità egli constata che se «gli indios non dessero occasione alcuna di guerra giusta» ¹⁴⁹ né, assai probabile ipotesi, «richiedessero sovrani spagnoli ecc., allora cesserebbero anche le spedizioni e il commercio, con grave pregiudizio per gli spagnoli e detrimento degli interessi dei Reali, conseguenze tutte inaccettabili» ¹⁵⁰ . La validità dell'occupazione spagnola delle terre del Nuovo Mondo e gli straordinari proventi che ne derivano riposano ormai quasi esclusivamente sul «principio romanistico in base al quale ciò che è catturato in guerra non ritorna in patria, si tratti di res o di uomini» ¹⁵¹ , e la sola causa di guerra giusta consiste, per de Vitoria, nella lesione di un diritto (proprio o altrui). La coerente applicazione del principio *volenti non fit iniuria* avrebbe comportato un'ulteriore restrizione dell'ambito della guerra giusta – e dunque della validità dell'occupazione e della rapina – che de Vitoria non vuole (o non può) accettare, perciò neppure l'esplicito rifiuto del soccorso spagnolo può escludere, per il domenicano, la liceità della guerra.

6. Conclusioni

Una teoria dei diritti soggettivi che identifichi il diritto con una libertà non correlata ad altrui doveri o con un potere che non implichi un contestuale obbligo giuridico in capo ad altri ma che, semmai, ponga normativamente tale obbligo, non è compatibile con la lezione di Tommaso. Ora, certamente la dottrina giuridica di de Vitoria include una articolata teoria dei diritti soggettivi, ma tale teoria non è certamente una *active rights theory à la Tuck* (come, del resto egli stesso constata)¹⁵² né una teoria del diritto come mera libertà del soggetto.

Non si può sostenere in modo persuasivo che nell'opera di Francisco de Vitoria siano presenti due strutture semantiche differenti ed indipendenti: una, aristotelico-tomista, che identifica lo ius con la cosa giusta e, accanto ad essa, un'altra, incentrata sull'identificazione del diritto con una facoltà e, dunque, sulla nozione di diritto soggettivo¹⁵³. Fra la nozione aristotelico-tomista del diritto e quella di diritto soggettivo assunta da de Vitoria non v'è alcuna opposizione¹⁵⁴ ed anzi, la seconda poggia saldamente sulla prima. Per il maestro domenicano la situazione soggettiva di colui al quale un atto è dovuto in modo giuridicamente rilevante da un altro soggetto costituisce di per sé e immediatamente un diritto soggettivo o un *dominium*.

Per un verso, si è titolari di un diritto poiché qualcun altro è giuridicamente obbligato nei nostri confronti. Se il diritto soggettivo è, come afferma de Vitoria, «la potestà o la facoltà che spetta a qualcuno in base alle leggi», ciò significa che il titolare del diritto agisce lecitamente esercitando la facoltà nella quale il diritto consiste. Ora, poiché la «legge è causa del diritto», non è errato sostenere che la legge, conferendo un diritto, permette a chi ne è titolare di esercitarlo o, addirittura, gli attribuisce il potere di farlo. E tuttavia, perché il permesso o il potere conferito dalla legge sia realmente *facultas o potestas*, dunque davvero diritto e non mera *potentia*¹⁵⁵ –, esso non può essere conferito ad un soggetto dalla legge se non mediante la statuizione di un obbligo in capo ad altri. Una legge che permettesse o conferisse un potere senza nel contempo obbligare si rimetterebbe ai fatti astenendosi dal qualificarli normativamente, e dunque negherebbe se stessa in quanto legge: «*permissio autem illo modo declarata – avrebbe osservato più tardi Suárez – negatio tantum est; ergo non est effectus legis, sed negationis legis*»¹⁵⁶. Ma se davvero la legge è causa del diritto, un simile permesso (o un simile potere), del quale non è causa la legge bensì la negazione della legge, semplicemente non è un diritto (ossia una *potestas*), poiché nulla esso aggiunge alla potenza della quale di fatto ciascuno dispone. Perché vi sia diritto, dunque, deve esservi una legge che permette o attribuisce un potere ad un soggetto obbligandone un altro.

Per il verso opposto, essere titolari di un obbligo giuridico implica sempre che in capo a qualcun altro sussista un diritto soggettivo. La legge, infatti, è causa del diritto, ma anche del *bonum* e dell'*aequum*. Poiché il diritto è *in ordine ad aliud*, a differenza del *bonum*, e cade *sub necessitate debiti*, a differenza dell'*aequum*, il suo stesso concetto postula la facoltà del soggetto cui l'atto è dovuto di disporre dell'altrui dovere e di imporne coattivamente l'adempimento. Se, dunque, il diritto soggettivo non si risolve nell'altrui dovere, ma consiste in una facoltà di colui al quale l'atto è dovuto, ciò non significa che si dia qui la possibilità di un dovere giuridico non correlato all'altrui diritto soggettivo: un dovere, infatti, è *giuridico* se è nei confronti di un *altro*, e poiché è proprio la volontà di quest'ultimo, la sua capacità di scegliere, a definirlo in quanto tale, è inevitabile che essa divenga elemento essenziale del concetto di diritto. È in questo modo che nella dottrina dei diritti di Francisco de Vitoria la tesi della correlatività forte si sposa con la *will theory*: il diritto soggettivo è facoltà del soggetto poiché il diritto oggettivo è atto dovuto a chi possa disporre dell'altrui dovere. Se non vi è eccedenza fra diritto soggettivo e obbligo giuridico è perché nella nozione di quest'ultimo è implicita la facoltà di colui al quale l'atto è dovuto di disporre dell'altrui dovere fino a pretenderne in modo coattivo l'adempimento o, al contrario, determinandone l'estinzione.

Tale teoria dei diritti non sembra affatto costituire un indebito travisamento della dottrina giuridica di Tommaso d'Aquino. In realtà, quando de Vitoria afferma che il diritto è *bonum ad alterum* non fa che riprendere una notissima e, anche in questo caso, tutt'altro che originale conclusione di Tommaso, per il quale «iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum»¹⁵⁷. Ma se l'alterità è carattere essenziale della giustizia e del suo oggetto anche per Tommaso, è inevitabile che anch'egli attribuisca rilevanza determinante, nella definizione del diritto, alla soggettività di colui al quale l'atto è dovuto¹⁵⁸. Ed in effetti, anche quando de Vitoria afferma, nei *commentarii* alla *Summa*, che nei confronti del consenziente non si dà ingiustizia, egli non fa che ribadire un insegnamento di Tommaso¹⁵⁹.

Ciò significa, allora, che nella definizione dell'ingiusto (e dunque anche del giusto, ossia del diritto) è essenziale il ruolo che gioca la volontà del soggetto "attivo" dell'obbligazione: la giuridicità dell'atto dovuto, e dunque dell'obbligo che ne comporta la doverosità, dipende, in ultima istanza, anche per Tommaso proprio da tale volontà, cosicché è logicamente necessario, perché un atto possa considerarsi giusto (e dunque diritto), che il soggetto al quale esso è dovuto lo voglia; così come è necessario, per il verso opposto, che la volontà del soggetto si opponga ad un atto perché esso possa considerarsi ingiusto, e dunque contrario al diritto.

Sembra chiaro che la volontà del *dominus* assume un ruolo essenziale nella teoria giuridica di Francisco de Vitoria. Ma ciò è sufficiente a farene una teoria "volontarista"? Se così fosse, allora dovrebbe forse ritenersi tale anche la teoria giuridica di Tommaso, se è vero che anche per Tommaso volenti non fit iniuria. Il che sarebbe assurdo. È chiaro, in realtà, che a contraddistinguere la tradizione volontarista non è il rilievo che in essa assume la volontà, ma un particolare modo di intenderla, nei suoi rapporti con la ragione e con la natura stessa delle cose¹⁶⁰. Ma questa, ovviamente, è tutt'altra questione.

[1] Cfr. M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Ockham*, in «Archives de la philosophie du droit» N. S. 9, 1964 e Id., *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchrestien, Paris 1975, trad. it., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1985; G. Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockam*, in «Annali della Facoltà giuridica dell'università di Genova», 1964, pp. 338-448; F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 86-87 e Id., *Natura, diritto soggettivo, diritti umani. Significati culturali della nozione di «diritto soggettivo» nello sviluppo del pensiero giuridico moderno*, in Id., *Etiam si daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova 2003, p. 201 e ss.; L. Parisoli, *Come affiorò il concetto di diritto soggettivo inalienabile nella riflessione sulla povertà, sino ai fraticelli "De opinione" e Giovanni XXII*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1998, n. 28, p. 98 e ss. e Id., *Volontarismo e diritto soggettivo: la nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Istituto storico dei Cappuccini, Roma 1999, p. 35 e ss.; L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma 1999, p. 30.

[2] Come ha osservato A.-E. Perez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid 1992, p. 67 e ss., mentre alcuni critici hanno attribuito a Francisco Suárez tale tradimento, distinguendone nettamente le posizioni da quelle di Francisco de Vitoria, che, a differenza del teologo gesuita, non si sarebbe allontanato dal realismo razionalistico di Tommaso (per i riferimenti bibliografici cfr., *ivi*, p. 67, nota 92 e p. 68, note 94 e 95) altri, e fra essi, in particolare, Villey, ne avrebbero colto proprio in Francisco de Vitoria il primo responsabile (cfr., *ivi*, p. 69).

[3] M. Villey, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in P. Grossi (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano 1973, p. 54.

[4] Cfr. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 221.

[5] Cfr. P. Grossi, 'Usus facti'. *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1972, I, nonché in Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992; Id., *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in Id. (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, cit.; R. Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge 1979.

[6] Cfr. A. Brett, *Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, p. 6.

[7] A. Padovani, *Prefazione a Parisoli, Volontarismo e diritto soggettivo*, cit., p. 7.

[8] R. Tuck, *Natural rights theories*, cit., p. 6.

[9] Ivi, pp. 1-7.

[10] Ivi, pp. 27-28.

[11] Ivi, p. 6.

[12] La tesi della correlatività forte non è affatto implicita in quella (della correlatività debole o univoca) secondo la quale ad ogni diritto debba corrispondere un dovere altrui: infatti «non è indifferente sostenere che un diritto corrisponda solo o anche ad un dovere altrui: nel primo caso si presuppone che ogni diritto si esaurisca in un dovere altrui, mentre nel secondo si configura il diritto come una situazione complessa, come l'unione di un dovere altrui più qualcos'altro» (F. Poggi, *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in «Analisi e diritto», 2002-2003, p. 241).

[13] S. Pufendorf, *De officio hominis et civis secundum legem naturalem* (1673), trad. ing. *On the Duty of Man and Citizen*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, p. 391. Cfr. W. A. Edmundson, *An introduction to Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 25.

[14] J. Bentham, *Of Laws in General* (1782), Anthlone Press, London 1970, pp. 293-294, ed ancor più chiaramente a p. 249 e H.L.A. Hart, *Bentham on legal rights* (1973), in L. C. Becker (Ed.), *Rights and Duties*, vol. I edited by C. Wellman, *Conceptual Analyses of Rights and Duties*, Routledge, New York-London 2002, p. 94 e ss. Cfr. B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*. Da Hart a Raz, in «Analisi e diritto», 2001, p. 22.

[15] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge University Press, Cambridge 1994, pp. 34 e 236 (trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna 1995). Cfr. M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 319-322.

[16] W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Yale University Press, New Haven 1923, trad. it. *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Torino 1969, in particolare p. 20. Cfr. G. Azzoni, *Interpretazioni di Hohfeld*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1994, XXIV, n. 2 e B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, cit., p. 15.

- [17] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1994, p. 75. Cfr. anche, *ivi*, p. 76.
- [18] *Ivi*, pp. 77-78.
- [19] *Ivi*, p. 77.
- [20] *Ivi*, p. 83. Cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 230.
- [21] Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 232.
- [22] Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 77.
- [23] *Ibid.*
- [24] *Ibid.*
- [25] Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 193.
- [26] Cfr., *ivi*, pp. 168 e ss.
- [27] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928) in Id., A. J. Merkl e A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Wien 1968, trad. it., *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in appendice a Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 411.
- [28] *Ibid.* Cfr. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit. p. 193.
- [29] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1980, pp. 48 e ss.
- [30] H.L.A. Hart, *Are there any Natural Rights?*, in «The Philosophical Review», 1955, vol. LXIV, n. 2, trad. it., *Esistono diritti naturali?*, in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p. 89.
- [31] Hart, *Bentham on Legal Rights*, cit., pp. 99-100 e p. 102. Cfr. Poggi, *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, cit., p. 247 e Id., *Norme permissive*, Giappichelli, Torino 2004, p. 237.
- [32] Hart, *Bentham on Legal Rights*, cit., p. 112. Cfr. D.N. MacCormick, *Rights in Legislation* (1977) in L. C. Becker (Ed.), *Rights and Duties*, vol. I edited by S. Wellman, *Conceptual Analyses of Rights and Duties*, cit., pp. 157 e ss.
- [33] Hart, *Esistono diritti naturali?*, cit., p. 92.
- [34] MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., p. 153.
- [35] La definizione del diritto soggettivo proposta da Hart in *Definition and Theory in Jurisprudence* («Law Quarterly Review», 1954, vol. 70, pp. 37-60, trad. it. *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 60-61) sembra in vero escludere la configurabilità di diritti soggettivi non correlati a doveri.

[36] Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 33. e ss. Mentre qui si distinguono nettamente dalle norme che pongono obblighi le norme che conferiscono poteri (cfr., in particolare, ivi, p. 35), in Definizione e teoria nella giurisprudenza Hart si limitava a rilevare l'esistenza, a fianco delle norme che impongono solo obblighi, di norme che, oltre ad imporre obblighi, conferiscono anche diritti.

[37] Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 35.

[38] Cfr. MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., pp. 153 e ss.

[39] Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 36 e ss. Cfr. MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., p. 153.

[40] MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., p. 153.

[41] Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 41.

[42] D. Lyons, *The Correlativity of Rights and Duties*, in «Nous», 1970, n. 4, p. 49. Cfr. B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997, trad. it., *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 353 e Brett, *Liberty, right and nature*, cit., p. 2.

[43] Lyons, *The Correlativity of Rights and Duties*, cit., p. 48.

[44] Ibid.

[45] Ivi, pp. 49 e ss.

[46] Tuck, *Natural rights theories*, cit., p. 6.

[47] Ibid.

[48] Cfr. Poggi, *Diritti d'agire, permessi, garanzie*, cit., p. 243.

[49] I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. it. *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 71.

[50] Se i diritti attivi di Tuck non coincidono con i diritti attivi di Lyons, essi sembrano avere assai poco a che fare anche con i diritti attivi dei quali parla Joel Feinberg. Mentre, infatti, nelle analisi di Tuck e di Lyons i diritti attivi si contrappongono ai *claim-rights*, i quali, a loro volta, si identificano con i diritti passivi, in quella di Feinberg i diritti attivi altro non sono che una particolare specie di *claim-rights*. Seppure in un saggio del 1966 (*Duties, rights and claims*, in «American Philosophical Quarterly», 1966, vol. 3, n. 2) – citato da Tuck con riguardo alla questione specifica della promessa a favore di terzi – il filosofo americano sembri asserire che l'imposizione in capo al soggetto dei *duties of respect* sia attività inerente all'esercizio di un preesistente diritto negativo *in rem* (p. 139), in un suo lavoro successivo (*Social Philosophy*, Prentice-Hall Inc., Princeton 1973, trad. it., *Filosofia sociale*, il Saggiatore, Milano 1996, nel cui capitolo IV confluisce, per altro, la gran parte di *The Nature and Value of Rights*, in «The journal of Value inquiry», 1970, vol. 4) egli afferma che «i diritti-pretesa giuridici possono essere classificati in vari modi. Se consideriamo le strutture dei diritti stessi, vale a dire, i modelli caratteristici delle persone e degli adempimenti da essi coinvolti, si può distinguere tra diritti *in personam* e diritti *in rem*, tra diritti positivi e negativi e tra diritti attivi e passivi» (p. 105). Diritti attivi e passivi costituiscono, nell'analisi di Feinberg, sottoclassi dei diritti negativi, ossia dei «diritti nei confronti di terzi a non subire interferenze» (p. 106). I diritti attivi, afferma il filosofo americano, «sono diritti ad agire o non agire come si preferisce; i diritti passivi sono diritti a non

essere trattati dagli altri in certi modi» (pp. 106-107). Tali definizioni potrebbero indurre a credere che per Feinberg i diritti attivi non siano concettualmente correlati a obbligazioni relative. Ma questa conclusione sarebbe errata. Per Feinberg i diritti attivi sono, come si è visto, *claim-rights*, ossia diritti-pretesa, e «finché intendiamo con “diritto-pretesa” un diritto che può essere preteso *nei confronti* di qualcuno, ne segue che tutti i diritti-pretesa sono correlati con i doveri degli altri nei confronti dei quali potrebbero essere pretesi» (p. 112). Né si può sostenere che Feinberg intenda configurare il diritto-pretesa come la facoltà del soggetto di imporre obblighi in capo ad altri. Non ogni pretesa, infatti, – precisa Feinberg – costituisce un diritto, ma solo una pretesa *valida*, ossia, in sostanza, una pretesa fondata su un dovere altrui (cfr. pp. 116 e ss.). Se di diritti non correlati a specifici doveri altrui si può parlare, lo si può fare soltanto in riferimento ai cosiddetti “diritti-manifesto” (cfr. 118), che nulla hanno a che vedere – gli esempi di Feinberg lo dimostrano chiaramente (cfr. 118-119) – con i diritti attivi.

[51] Cfr. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, cit., p. 6.

[52] Cfr. MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., p. 152. Sulla tradizionale disputa fra *Interest Theory* e *Will Theory* si veda, ad esempio, M. H. Kramer-N.E. Simmonds-H. Steiner, *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, New York 1998.

[53] Cfr., ad esempio, Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 199 e 219 e Grossi, ‘*Usus facti*’, cit., pp. 146-146 e pp. 152-153. È lo stesso Tuck a suggerire che Villey guarda al significato attivo dei diritti soggettivi (cfr. Tuck, *Natural rights theories*, cit., p. 23).

[54] A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd., London 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1965, p. 165.

[55] Grossi, ‘*Usus facti*’, cit., p. 153.

[56] Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, cit., pp. 217-218.

[57] Cfr., tuttavia, M. Scattola, *Domingo de Soto e la fondazione della Scuola di Salamanca*, in «*Veritas*», 2009, v. 54, n. 3, pp. 52-70.

[58] Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 305-306.

[59] Da tale interpretazione si discostano tanto coloro secondo i quali «de Vitoria e i suoi allievi, da fedeli tomisti, non propugnarono una dottrina dei diritti naturali soggettivi, ma aderirono fedelmente al senso oggettivo di *ius definitum* da Tommaso» (Tierney, *L’idea dei diritti naturali*, cit., p. 365, che annovera fra questi, ad esempio, Philippe André-Vincent, *Droit des Indiens et développement en Amérique Latine*, Éditions inter-nationales, Paris 1971) quanto coloro secondo i quali una dottrina dei diritti naturali soggettivi «era già implicita nell’opera di Tommaso», cosicché, «presentando le loro teorie dei diritti, i dotti spagnoli rimasero fedeli al suo insegnamento» (cfr. Tierney, cit. p. 366, che fa riferimento in particolare a T. Urdániz, *Síntesis teológico-jurídica de las Doctrinas de Vitoria*, in *Francisco de Vitoria, Relectio de Indis o libertad de los Indios*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1967, p. XLVII).

[60] Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 306.

[61] F. D’Agostino, *La tradizione dell’epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell’idea di equità*, Giuffrè, Milano 1976, p. 77.

[62] Ivi, p. 77, nota 1.

[63] Brett, *Liberty, right and nature*, cit., pp. 123-124.

[64] Francisco de Vitoria, *De iustitia* (1535-1536), q. 57, a. 1, Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, Madrid 1934, tomo I, p. 5.

[65] Sul significato che effettivamente assume tale espressione nella teoria del diritto di Tommaso cfr. E. Pattaro, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality That Ought to Be*, Springer, Dordrecht 2007, p. 322.

[66] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 62, a. 1, p. 64. Cfr. Brett, *Liberty, right and nature*, cit., p. 128.

[67] J. Gerson, *De vita spirituali animae* (1402), in *Oeuvres complètes*, Desclée & Co, Tournai 1962, Vol. III, Lectio Tertia, p. 141: «Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis» e Id., *Tractatus de potestate ecclesiastica et origine juris et legum* (1417), in *Oeuvres complètes*, cit., Vol. VI, p. 242: «Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae iustitiae».

[68] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 62, a. 1, p. 64.

[69] Ivi, p. 67. Cfr. D. Composta, *Il concetto di diritto nell'umanesimo giuridico di Francisco de Vitoria O.P.*, in *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*. Congresso internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tommaso (Angelicum), Roma 4-6 Marzo 1985, Massimo, Milano 1988, p. 182; Tierney, *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 168 e ss.; I. Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Giappichelli, Torino 1997, p. 125; S. Langella, *Teologia e Legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*, Brigati, Genova 2007, p. 189 e ss.; L. Baccelli, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 16 e ss. Secondo Scattola in realtà «questo schema argomentativo [...] risale a Soto ed è da considerare come un suo fondamentale contributo alla scuola di Salamanca e alla sistemazione della materia scolastica» (*Domingo de Soto e la fondazione della Scuola di Salamanca*, cit., p. 65).

[70] Cfr. Tierney, *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 371-372, che fa a sua volta riferimento a D. Deckers, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1991, pp. 142-165 e 188-193. Si veda anche, più recentemente, Langella, *Teologia e Legge naturale*, cit., p. 199 e, più recentemente, G. Tosi, *Alle origini della modernità: i diritti degli indigeni del Nuovo Mondo*, in «Jura Gentium», 2007, III, 1 (www.juragentium.unifi.it/it/surveys/rights/tosi.htm).

[71] De Vitoria, *De iustitia*, cit., Ivi, q. 57, a. 1, p. 3.

[72] Ivi, q. 58, a. 1, p. 21.

[73] Ibid. Cfr. Langella, *Teologia e Legge naturale*, cit., p. 158 e ss.

[74] Cfr. Pattaro, *The Law and the Right*, cit., p. 297 e ss. e F. Carpintero Benítez, *Los principios de la justicia en Tomás de Aquino*, in «Ars iuris», 2003, n. 29, p. 44.

[75] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 57, a. 4, p. 17.

[76] Ivi, p. 17-18.

[77] Osserva in proposito Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria*, cit., pp. 94-95: «Pur trattandosi sempre di virtù, la differenza tra la giustizia e le altre consiste nel fatto che la convenienza che si riscontra in altri ambiti operativi si realizza e dipende dal soggetto operante, invece, la rettitudine che caratterizza l'atto della giustizia si definisce in rapporto ad altri, secondo una certa relazione di uguaglianza».

[78] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 58, a. 2, p. 21.

[79] *Ibid.*

[80] Ivi, q. 59, a. 1, pp. 28 e 29.

[81] Ivi, p. 29.

[82] Ivi, q. 62, a. 1, p. 67.

[83] Cfr. *ibid.* Sulla identificazione di *ius* e *dominium* in Summenhart e Gerson si veda Tuck, *Natural rights theories*, cit., pp. 27-28. Dubita, invece, che sia possibile ricondurre tale identificazione a Gerson Brett, *Liberty, rights and nature*, cit., pp. 35-36, nonché p. 40 nota 87.

[84] La connessione che Francisco de Vitoria stabilisce fra *ius* e *iniuria* non può in alcun modo essere ridotta ad un mero «gioco di parole», come sembra fare Tierney in *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 381: essa ha implicazioni profonde ed è chiave di volta di un complesso sistema teorico del quale ci si deve sforzare di cogliere la struttura.

[85] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 62, a. 1, pp. 70-71 .

[86] Ivi, q. 64, a. 1, p. 267.

[87] Francisco de Vitoria, *Relectio de indis. La questione degli indios* (1539), Levante, Bari 1996, I, 1, 13, p. 28.

[88] Cfr. J. A. Fernández Santamaría, *The state, war and peace. Spanish Political Thought in the Renaissance 1526-1559*, Cambridge University Press, Cambridge 1977, che leggo nella trad. spagnola, *El estado, la guerra y la paz. El pensamiento político español en el Renacimiento 1516-1559*, Akal, Madrid 1988, p. 114.

[89] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 58, a. 2, p. 21 e *Id.*, *De indis*, cit., I, 1, 12, pp. 27-28.

[90] Cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al settecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 113.

[91] Cfr. de Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 62, a. 1. Cfr. Brett, *Liberty, right and nature*, cit., p. 129 nonché Costa, *op. cit.*, pp. 113-114.

[92] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 59, a. 4, p. 32.

[93] *Ibid.*

[94] *Ibid.*

[95] *Ibid.*

[96] *Ibid.*

[97] *Ibid.*

[98] *Ivi*, q. 62, a. 1, p. 63.

[99] *Ivi*, q. 57, a. 1, pp. 3 e 4.

[100] Da qui, secondo MacCormick, l'opportunità di abbandonare tale teoria, i cui esiti farebbero violenza al senso comune. Cfr. MacCormick, *Rights in legislation*, cit., pp. 155 e ss.

[101] Cfr. B. Tierney, *Dominion of self and natural rights before Locke and after*, in V. Mäkinen-P. Korkman (Eds.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Springer, Dordrecht 2006, pp. 185 e ss.

[102] De Vitoria, *De iustitia*, cit. q. 57, a. 1, p. 5.

[103] *Ibid.*

[104] *Ibid.* Cfr. Langella, *Teologia e legge naturale*, cit., pp. 162-163.

[105] Tierney, *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 109.

[106] Cfr. *ibid.*

[107] Cfr., *ivi*, p. 114.

[108] Cfr., *ivi*, pp. 112 e 113.

[109] *Ivi*, p. 114. Su tale procedura si può vedere anche Id., *Medieval Poor law: A Sketch of Canonical Theory and Its Application in England*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles 1959, pp. 37-39.

[110] De Vitoria, *De iustitia*, cit., q. 66, a. 6, pp. 339-341.

[111] *Ivi*, p. 341.

[112] *Ibid.*: « ... Dunque ritengo che è vera l'opinione secondo la quale colui che in condizione di estrema necessità prenda qualcosa ad un ricco, anche qualora migliorino le sue fortune, non è tenuto a restituire alcunché, e ciò anche se prenda per sua autorità».

[113] Cfr. *ivi*, p. 340.

[114] Cfr. Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria*, cit., p. 96.

[115] Francisco de Vitoria, *De iure belli* (1539), Laterza, Roma-Bari 2005, q. 1, 2, p. 11, citando Paolo (Rom. 13, 4).

[116] Cfr. Fernández Santamaría, *El estado, la guerra y la paz*, cit., p. 126. Come ha scritto M. Scattola in Id. (a cura di), *Le figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, FrancoAngeli, Milano 2003, p. 19, in tale contesto storico e culturale «è [...] del tutto legittima la nozione di "guerra privata", che all'orecchio moderno suona come un ossimoro, una

contraddizione in termini». E ciò in quanto «la guerra non è [...] un evento intrinsecamente legato ai confini dello stato e gettato al di là di essi, ma agisce come una presenza costante, come un vento dalla direzione mutevole, che spazza e si muove continuamente da un campo all'altro, da un piano all'altro della società umana, non costretto dalle barriere della teoria politica, le uniche in grado di trattenerlo segnando sul terreno linee invalicabili».

[117] Cfr., De Vitoria, *De iure belli*, cit., q. 2, 1, p. 17.

[118] Cfr., *ivi*, q. 1, 2, p. 11.

[119] *Ivi*, q. 2, 2, p. 21.

[120] *Ivi*, q. 4, I, 2 e 3, p. 37

[121] *Ivi*, q. 2, 3, p. 25. Cfr. P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine del la guerre juste*, Press Universitaires de France, Paris 1983, p. 132.

[122] De Vitoria, *De iure belli*, cit., q. 1, 2, p. 13. Si veda, tuttavia, L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 17.

[123] Cfr. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 17 e Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, cit., p. 38.

[124] De Vitoria, *De indis*, cit., 2, 22, p. 69.

[125] Cfr. I. Trujillo Pérez, *Argomenti vecchi e nuovi sulla guerra. Appunti per un riesame del diritto delle genti*, in «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 2001, IV/LXXVIII, 1, p. 125.

[126] De Vitoria, *De iure belli*, cit., q. 4, I, 5, p. 39.

[127] Cfr. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, cit, p. 18: «Se è vero che l'ingiuria ricevuta è la sola causa di giustificazione della guerra, è anche vero che la guerra ne è la sola giusta sanzione possibile».

[128] *Ivi*, q. 3, 4, p. 31.

[129] Cfr. de Vitoria, *De indis*, cit., 3, 1, pp. 77-78.

[130] Cfr. *ivi*, 3, 2, p. 80.

[131] Cfr. *ivi*, 3, 3, pp. 81-82.

[132] Cfr. *ivi*, 3, 4, pp. 82-83.

[133] *Ivi*, 3, 5, pp. 83-84.

[134] Cfr., *ivi*, 3, 6, p. 85.

[135] *Ivi*, 3, 7, p. 85.

[136] *Ivi*, 3, 8, p. 87.

[137] Ivi, 3, 11, p. 89.

[138] Ivi, 3, 11, p. 90.

[139] *Ibid.*

[140] Ivi, 3, 12, p. 91.

[141] *Ibid.*

[142] Ivi, 3, 16, p. 95.

[143] Ivi, 3, 14, p. 93.

[144] Ivi, 3, 14, p. 94.

[145] *Ibid.* Cfr. A. Pagden, *Lords of all the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*, Yale University Press, New Haven-London 1995, trad. it. *Signori del mondo. Ideologie dell'impero in Spagna, Gran Bretagna e Francia 1500-1800*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 166.

[146] Cfr. de Vitoria, *De indis*, cit., 2, 22, p. 69.

[147] Cfr. ivi, 2, pp. 32-75.

[148] A.A. Cassi, *Ius comune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 373 e ss.

[149] De Vitoria, *De indis*, cit., 3, 17, p. 98.

[150] *Ibid.*

[151] Cassi, *Ius comune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., p. 374.

[152] Tuck, *Natural rights theories*, cit., pp. 46 e 47. Cfr. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, cit., p. 37.

[153] Si veda supra nota 70.

[154] Come, del resto, constata Tierney, *L'idea dei diritti naturali*, cit., pp. 372 e 373.

[155] Cfr. Francisco de Vitoria, *De potestate Ecclesiae prior* (1532), in *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teologicas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1969, p. 247 e soprattutto in Id., *De indis*, cit., I, 1, 12, p. 28: «Nec valet quod Sylvester dicit quod dominium aliquando non dicit ius, sed solam potentiam, et hoc modo ignis habet dominium in aquam» (il corsivo è aggiunto). Cfr. Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria*, cit., pp. 125-126.

[156] F. Suárez, *De legibus* (1612), (I 9-20) *De legis obligatione*, Consejo Superior de Investigaciones Cientificas-Instituto Francisco de Vitoria, Madrid 1972, I, xv, 5, p. 96. Per la trad. it. del passo citato si veda *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, Libro primo, Cedam, Padova 2008, p. 231.

[157] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae* (1266-1273), II-II, q. 57, a. 1 co., in *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P.M. edita*, tt. 4-12, Ex Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda Fide, Romae 1888-1906, il cui testo è riprodotto in internet, all'indirizzo <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>: *Sancti Thomae de Aquino Summa Theologiae, Textum*

Leoninum Romae 1888-1906 editum ac automato translatum a R. Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit E. Alarcón atque instruxit, in Corpus Thomisticum. S. Thomae de Aquino Opera omnia, recognovit ac instruxit E. Alarcón automato electronico Pampilonae ad Universitatis Studiorum Navarrensis aedes a MM A.D., Fundación Tomás de Aquino, 2009.

[158] Secondo Composta, «per la definizione del diritto in genere il pensiero si muove entro due poli: uno soggettivo e l'altro oggettivo. Il polo oggettivo rappresenta la cosa giusta, come è espressa e misurata dalla norma naturale e positiva. [...] Il polo soggettivo riguarda gli artefici della giustizia: ossia i due individui (persone morali o fisiche) che si pongono in rapporto di alterità l'uno di fronte all'altro [...]. Questo polo – ammette Composta – è senz'altro presente nella dottrina classica, in quanto l'alterità che lo costituisce è un momento rilevante per porre in essere la “res iusta”. Ma esso non determina la specificità della giustizia, in quanto vi sono diversi tipi di alterità che non sono doverosi [...] e il cui oggetto non è la “res iusta”». (Il concetto di diritto nell'umanesimo giuridico di Francisco de Vitoria O.P., cit., p. 274). Non si vede, tuttavia, come si possa escludere che il polo soggettivo determini la specificità della giustizia, se si ammette che l'alterità, per quanto possa ritenersi non sufficiente a definire l'ambito del giuridico, è comunque elemento essenziale della definizione del diritto.

[159] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, cit., II-II, q. 59 a. 3 co.

[160] Per una più ampia discussione di questo tema mi permetto di rinviare a L. Milazzo, *Legge, ragione, volontà. Sul fondamento teologico del diritto in Tommaso d'Aquino*, Giappichelli, Torino 2009.