

# LIBERTA' O DOMINIO DEI MARI: IL CASO DELLA SANTA CATARINA

GUIDO ACQUAVIVA

## SUMARIO:

1. INTRODUZIONE.— 2. LA CATTURA DELLA SANTA CATARINA.— 3. IL GIUDIZIO DELLA SANTA CATARINA.— 4. ANTECEDENTI STORICI E DOTTRINALI.— 5. LE OPERE DI GROZIO E FREITAS: I. *I fondamenti della libertà di navigazione per Grozio*; II. *I poteri del pontefice per Grozio*; III. *La libertà di commercio per Grozio*. IV. *Freitas e la libertà di navigazione*. V. *I poteri del pontefice per Freitas*.— 6. CONCLUSIONI.

1. La nave portoghese *Santa Catarina* fu catturata da una flotta della compagnia commerciale olandese nei pressi di Singapore il 25 febbraio 1603; in seguito a questo "incidente diplomatico", fra le Potenze iberiche e le Provincie Unite si acuì il conflitto, dottrinale prima ancora che militare, riguardante il regime del mare; alle pretese monopolistiche di Spagna e Portogallo, infatti, si opponeva il principio della libertà di navigazione e commercio fatto proprio dalla crescente potenza mercantile olandese.

Il caso della *Santa Catarina* riveste particolare importanza per tre motivi fondamentali. In primo luogo, perché, forse per la prima volta, un evento storico offrì l'occasione ai giuristi dell'epoca per esercitarsi in una disquisizione riguardante i diritti di navigazione e di commercio degli Stati. In altre parole, nonostante il problema della libertà del mare fosse stato studiato ampiamente dalla dottrina, fino alla prima metà del secolo XVII gli interessi contrapposti delle potenze marittime e i fondamenti ideologici di queste posizioni non si fronteggiarono mai con tanta chiarezza; fu grazie all'interesse suscitato nei mercanti olandesi dalla cattura della nave portoghese che il giovane Grozio ricevette il compito di cimentarsi nell'appassionata difesa della libertà di navigazione e di commercio con il suo *Mare Liberum, sive de*

*iure quod Batavis competit ad Indicana commercia*<sup>1</sup>; d'altra parte, solo in ragione del conflitto che vedeva contrapposte la Corona di Castiglia e le Provincie Unite è possibile spiegare l'eccezionale puntiglio con cui, da parte portoghese, Freitas si adoperò per confutare le argomentazioni dell'avversario con la sua opera *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico*. In questo periodo, peraltro, furono molte le opere che trattarono il tema dei diritti degli Stati su porzioni di mare più o meno ampie<sup>2</sup>.

Inoltre, la vera e propria "battaglia di libri" che seguì la cattura della nave non assume esclusivamente i connotati di una discussione erudita sul diritto medioevale e sulla nascita del diritto internazionale moderno; essa, per bocca di giuristi quali Grozio e Freitas, pone una serie di interrogativi e spunti attuali anche nel diritto internazionale contemporaneo, e non solamente per quanto riguarda il regime del mare. Forse, nell'analizzare il *Mare Liberum* e il *De Iure Praedae* (come pure le altre opere dell'epoca) si punta l'attenzione in modo eccessivo sul metodo seguito dagli autori, che è certamente molto distante da quello dei giuristi del XX secolo<sup>3</sup>. Eppure, occorre sottolineare che tutt'oggi sono molto attuali problemi quali la *successione* degli Stati nei trattati, il principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, gli interrogativi sulla *soggettività* internazionale di uno Stato, il valore della *consuetudine* in relazione a trattati o patti fra Paesi e, ovviamente, le questioni sul *regime del mare*. Questi temi, ed altri ancora, sono stati affrontati nei libri di Grozio e da Freitas, a conferma del fatto che, nonostante le grandi differenze di mentalità e metodo, alcuni problemi rimangono decisivi per il regime della convivenza (o della cooperazione) fra Stati persino a tre secoli di distanza.

Infine, proprio a causa del suo interesse per storici e internazionalisti, la vicenda della *caracca*<sup>4</sup> portoghese ha il vantaggio di essere stata oggetto di un

1. Il *Mare Liberum* è, in realtà, il XII Capitolo dell'opera di Grozio *De Iure Praedae Commentarius*, ignorata per più di due secoli e edita solamente nel 1868 all'Aia, per i tipi di Martin Nijhoff, con una introduzione di Hamaker.

2. Si occuparono delle questione, fra gli altri, Guglielmo Welwood (col *De Dominio Maris Iuribusque ad Dominium praecipue spectantibus, assertio brevis ac methodica*, del 1615), Paolo Sarpi (col *Dominio del mar Adriatico della Serenissima Repubblica di Venetia*, del 1616), Pacio da Beriga (col *De dominio maris hadriatici disceptatio*, del 1619), John Selden (col *Mare clausum seu de dominio maris libri duo*, del 1635), Pietro Borgo (col *De dominio Serenissimae Genuensis Reipublicae in mari Ligustico libri duo*, del 1641).

3. Sul metodo "scientifico" seguito da Grozio nelle proprie opere, Vide RIPHAGEN: *Grotius and the New Law of the Sea*, in *Recueil des Cours*, vol. 182, 1983, p. 417.

4. Le caracche erano imponenti imbarcazioni utilizzate nel commercio con le Indie; spesso erano denominate "Náos", anche se la parola *Náo* aveva una varietà di significati differenti. Essenzialmente, significava "Grande Nave", e con questa acce-

numero considerevole di studi da parte di giuristi portoghesi, spagnoli, francesi e statunitensi<sup>5</sup>; in Italia, al contrario, essa è sostanzialmente sconosciuta.

2. Il 25 febbraio 1603, appena giunto nello stretto di Malacca dall'Oceano Indiano, l'ammiraglio olandese Jacob van Heemskerck si accorse che alla foce del fiume Singapore, nei pressi della città, era alla fonda una grossa nave portoghese: si trattava della *Santa Catarina*, una caracca di mille e cinquecento tonnellate, con circa cinquecento uomini e cento donne a bordo, che tornava dal Giappone e dalla Cina con un carico eccezionalmente ricco, comprendente sete, porcellane, zucchero, cotone e altre mercanzie. Le donne erano tutte di colore e in maggioranza schiave<sup>6</sup>.

La *Santa Catarina*, dopo essersi fermata a Macao, sulla costa cinese, aveva effettuato un'altra sosta nello stretto di Singapore in attesa della flotta che la scortasse fino a Goa (base commerciale portoghese sulla costa occidentale dell'India). Il capitano della nave era Sebastião Serrão, che iniziò ad approntare le proprie forze al combattimento non appena avvistò le due navi olandesi<sup>7</sup>.

zione fu utilizzata per indicare le *caracche* dei secoli XV, XVI e XVII. Ma la distinzione fra "Náos" e "galeoni" o "fregate", in pratica, è molto difficile da stabilire. Intanto, molte navi erano chiamate indifferentemente *Náo* o galeone (o *Náo* e fregata); inoltre, alcune navi che erano state costruite inizialmente come caracche (e quindi *Náos*), potevano concludere la propria esistenza sotto la denominazione di galeone (o viceversa)

5. Analisi interessanti della disputa fra Freitas e Grozio si trovano in ALEXANDROWICZ: *Freitas versus Grotius*, in *The British Yearbook of International Law*, 1959, pp. 162 s.; AMZALAK: *Trois précurseurs portugais*, Paris, 1935 e LARANJO: *Uma questão de direito internacional entre Portugal e a Hollanda no século XVII*, in *O Instituto*, 1884-1885, pp.130 s.; Alfredo Perez Gonzales, *Doctrina internacionalista de Serafin de Freitas*, in *Estudios*, 1963, pp. 22 s. Interessanti riflessioni sono anche presenti nelle introduzioni all'edizione spagnola dell'opera di Freitas (*De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico, obra de Fray Serafim de Freitas, O Merc.*, reimpressa a costa de la Universidad de Valladolid in virtud de acuerdo de su rector Calixto Valverde y Valverde con un prologo del Señor Joaquín Fernandez Prida, Valladolid, 1925), a quella portoghese più recente (*O justo imperio asiatico dos portugueses*, Lisboa, 1965) e a quella francese (*Freitas contre Grotius. Justificación de la Dominación portuguesa en Asia*, Lille, 1862).

6. BOXER: *The Carreira da India*, Lisboa, 1961, p. 51. *Contra*: CORREIA: *História da colonização portuguesa na India*, Lisboa, 1948-1958, secondo il quale la Santa Catarina era una nave che veniva da Lisbona con più di 100 donne portoghesi a bordo.

7. In attesa della battaglia, i preparativi che venivano compiuti a bordo delle navi nel XVII secolo erano molti e complessi; per evitare lo scoppio di incendi a bordo, si mandavano uomini sul sartame per bagnare le vele; nei punti strategici si stendevano pelli bagnate; i carpentieri preparavano lastre di piombo per riparare falle; si provvedeva alla distribuzione di picche, asce e moschetti e il medico-chirurgo (spesso

Possiamo immaginare che le prime schermaglie della battaglia navale fra Heemskerck e Serrão si siano svolte come tutte le altre. Di certo, sappiamo che le due navi olandesi, più leggere e maneggevoli della *Santa Catarina*, non ebbero difficoltà ad avvicinarla e iniziarono a fare fuoco con l'artiglieria pesante, colpendone lo scafo su ambo i lati.

I cannoni della Santa Catarina erano posti troppo in alto rispetto alle navi avversarie e così provocarono solamente danni marginali al ponte. Al contrario, le artiglierie olandesi erano poste più in basso; in questo modo poterono danneggiare seriamente la nave portoghese, che iniziò presto ad imbarcare acqua. In queste condizioni, dopo essersi difesi fino al pomeriggio e aver perso settanta uomini, i Portoghesi furono obbligati ad arrendersi. La nave offrì la propria capitolazione a condizione che fossero risparmiate la vita e la libertà all'equipaggio e fosse consentito di sbarcare i passeggeri<sup>8</sup>.

Dopo la cattura, Heemskerck trattò bene i prigionieri portoghesi, che lasciò proseguire, secondo gli accordi, per Malacca, e questo gli valse il riconoscimento da parte del comandante Serrão<sup>9</sup>. Costui, bloccato in quel porto a causa della sopravvenuta mancanza di mezzi, ringraziò l'avversario con una lettera molto eloquente, che il giurista portoghese Caetano<sup>10</sup> definisce "veramente deplorabile" per le lamentele e l'umile richiesta di una elemosina ivi contenute.

un semplice barbiere) si preparava ad amputare con sega e coltelli; i soldati prendevano il loro posto presso i cannoni, dove si preparavano scorte di proiettili; venivano distribuiti alcolici soprattutto alle giovani leve, più impressionabili. Le battaglie navali cominciavano per lo più con un duello di artiglieria per poi passare alla fase dell'arrembaggio. In realtà, la prima fase soleva durare a lungo, dato che le procedure di caricamento e puntamento erano così complicate da rendere impossibile sparare più di dieci colpi all'ora (anche a causa del surriscaldamento delle bocche da fuoco). Informazioni tratte da MATZ: *Il Vasa*, Stockholm, 1991, p. 41.

8. DE SOUSA: *Subsídios para a História militar marítima da Índia*, Lisboa, 1930-1956, p. 231.

9. In CAETANO (Introduzione a *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico*, traduzione portoghese, Lisboa, 1961, p. 21) si fa riferimento al fatto che l'avvenimento costituì motivo di ammirazione e lode; dal che, l'Autore deduce che non si trattasse di comportamento usuale. Esempi di crudeltà da parte portoghese su detenuti olandesi sono, invece, richiamati da Grozio proprio nel primo capitolo del *De Iure Praedae*.

10. Marcelo Caetano (1906-1980), fu studioso di diritto amministrativo e storico del diritto portoghese; più volte ministro del regime salazarista, succedette al dittatore nel 1968; fu deposto dal colpo di Stato del 25 aprile 1974 e costretto a riparare in Brasile. Questi si interessò per tutta la vita a Freitas e alla sua opera e, nel 1961, riuscì a farla tradurre da Miguel Pinto de Meneses, curandone egli stesso l'edizione corredata da una lunga Introduzione.

Heemskerck si diresse dapprima a Jor, dove fu ricevuto festosamente dal re, che vedeva negli olandesi alleati provvidenziali per liberarsi dal giogo portoghese; in seguito, l'ammiraglio olandese partì per Bantam, portandosi dietro la *Santa Catarina*. In questa città, la calafatò per iniziare il lungo viaggio di ritorno verso l'Olanda<sup>11</sup>.

3. Appena prima del suo arrivo, però, iniziarono i problemi: la notizia di tutte quelle ricchezze precedette la nave in Olanda e il fatto che il bottino fosse stato catturato su una nave commerciale appartenente al Portogallo, nazione formalmente distinta dalla Spagna e con cui le Provincie Unite non erano in guerra, suscitò seri scrupoli di coscienza in molti azionisti della Compagnia delle Indie Orientali. A questo proposito è necessario ricordare brevemente le relazioni che intercorrevano fra Spagna e Portogallo in quel periodo. La sconfitta e la morte sul campo del re Sebastiano, senza figli, nella battaglia di Alcaçer Kebir il 4 agosto 1578 avevano portato alla conquista della corona portoghese da parte di Filippo II di Spagna; le corone di Portogallo e Spagna, e così i loro destini militari, rimasero uniti per i successivi sessanta anni (dal 1580 al 1640, anno in cui Giovanni di Bragança si incoronò nuovo re del Portogallo). L'unione delle due corone era meramente personale e Filippo II di Spagna (e I di Portogallo) assicurò che le due potenze coloniali sarebbero rimaste entità amministrativamente indipendenti: giurò di mantenere le leggi e la lingua portoghesi, di consultare i consiglieri portoghesi in tutti gli affari riguardanti il Portogallo e i suoi possedimenti oltreoceano, di assegnare al comando di quelle regioni solamente Portoghesi. In ultimo, agli Spagnoli era assolutamente proibito commerciare e stabilirsi nell'impero portoghese e viceversa.

Alcuni degli azionisti animati da scrupoli di coscienza erano *mennoniti*, anabattisti puritani che rifiutavano qualsiasi azione bellica<sup>12</sup>; altri si opponevano ad una attitudine ostile nei confronti di un Paese con cui da moltissimi anni si mantenevano relazioni commerciali in grande amicizia, temendo per la propria reputazione; altri ancora ritenevano ingiusto un atto di aggressione

11. MONTEIRO: *Batalhas e combates da marinha portuguesa*, Lisboa, 1993, p. 403.

12. All'interno del movimento anabattista finì per prevalere, nella seconda metà del secolo XVI, la tendenza pacifista dell'olandese Menno Simmons (1496-1561), i cui seguaci furono chiamati, appunto, mennoniti e costituirono l'elemento di passaggio dagli anabattisti ai battisti. Molti di essi si trasferirono, in seguito, nel Nuovo Mondo e, oggi, le maggiori comunità mennonite (fra cui spiccano gli *Amish*, una corrente particolarmente tradizionalista) si trovano in Pennsylvania (USA) e Ontario (Canada)

praticato contro una nazione comunque non formalmente nemica. Bisogna infatti ricordare che la legge olandese (*Edictum Ordinum Foederatorum*, del 2 aprile 1599) che regolava le catture e le susseguenti suddivisioni delle ricchezze si riferiva solamente alla Spagna<sup>13</sup>.

Un fatto forse ancora più clamoroso fu che alcuni azionisti iniziarono a vendere le proprie quote azionarie, rifiutandosi di partecipare dei guadagni della cattura; altri, addirittura, pensarono di separarsi e costituire una nuova compagnia commerciale autonoma. Dal momento che, nelle Provincie Unite, la VOC (*Verenigde Oostindische Compagnie* o Compagnia Unita per le Indie Orientali) manteneva per legge il monopolio del commercio con l'oriente, questi intraprendenti azionisti si rivolsero a Enrico IV di Francia (in quel momento in pace con la Corona spagnola) per avere l'autorizzazione a fondare su territorio francese una nuova compagnia che si dedicasse esclusivamente al commercio pacifico, con rinuncia assoluta ad ogni tipo di atto di guerra<sup>14</sup>. In realtà, la nuova società non venne mai ad esistenza, soprattutto per le pressioni degli Stati Generali sul sovrano francese<sup>15</sup>. Evidentemente, data la situazione politica ancora instabile del Paese (ancora non completamente libero dal giogo spagnolo), i ricchi commercianti ritenevano pericolosa una spaccatura netta nell'opinione pubblica su un problema in qualche modo di politica estera; la richiesta a Grozio di intervenire nella questione può essere letta come un tentativo di mettere a tacere da un punto di vista dottrinale le voci dissenzienti<sup>16</sup>.

Comunque sia, la cattura della *Santa Catarina* fu estremamente gradita alla maggioranza degli azionisti della VOC. Se il bottino equivaleva a mille e duecento (o forse anche mille e cinquecento) tonnellate, bisogna ricordare che la tonnellata veniva utilizzata non come misura di peso, bensì di capacità,

13. La legge è interamente riprodotta in VAN GROOT: *De Iure Praedae Commentarius*, Den Haag, 1868, p. 346. Vi si legge: “[...]Itaque de sententia Principis Mauritii, praefecti classium nostri, jubemus omnes homines omnesque res, quae in regno Hispaniae inveniuntur, quocunque loco eas in potestatem nostram redegerimus, praedam nostram esse.[...] jubemus mercem omnes et bona cum navibus, carris et equis, quibus imposita sint, detineri et publicari, ita ut pars una cedat delatori, sive magistratus sit reip., sive privatus, partes vero duae inserviant rei communi, indeque solvatur quaesitori, qui rem apud iudices prosequetur” (corsivo aggiunto).

14. CAETANO (Introduzione a *De Iusto* ..., cit., p. 22).

15. Enrico IV di Francia ricevette in regalo dagli Stati Generali alcune fra le stoviglie più preziose catturate insieme alla *Santa Catarina*, su suggerimento diretto del proprio ambasciatore all'Aia. Vide in CAETANO: Introduzione a *De Iusto*, cit., p. 24.

16. CAETANO: *Serafim de Freitas: um grande jurista português*, in *Nação Portuguesa*, 1924, p. 233.

corrispondendo a sessanta piedi cubi l'una. Boxer sostiene che la perdita della *Santa Catarina* equivalse ad una perdita di “*um conto de ouro*” —traducibile in un milione di *cruzados*— anche se ammette che questo possa trattarsi di una semplice espressione figurata<sup>17</sup>. Secondo altre fonti, non necessariamente in contrasto con le precedenti, la quantità di pezzi di stoviglie che dovevano essere contenute in quelle sessanta “tonnellate” si aggirava intorno alle 100.000 unità<sup>18</sup>. E' comunque degno di nota che, per molti anni a seguire, in Olanda, le porcellane Ming che costituivano gran parte del bottino della *Santa Catarina*, furono chiamate *Kraakporselein*, cioè “porcellane della caracca”. Il bottino rese, in ogni caso, circa tre milioni e mezzo di fiorini.

Come è noto, per assicurare la legittimità di una cattura, il diritto internazionale impone generalmente il ricorso ad un *giudizio della preda*; è evidente che anche, e soprattutto, in un caso che così tanto interesse aveva riscosso nell'opinione pubblica del tempo fosse necessario “rispettare le forme” e celebrare il processo con le formalità previste. Nonostante si possa dubitare dell'effettiva imparzialità del tribunale dell'Ammiragliato di Amsterdam nel trattare la causa (per di più, come vedremo, con i convenuti contumaci), è importante esaminarne la sentenza per cogliere alcuni aspetti<sup>19</sup>.

Il primo argomento di cui si occupa la sentenza è la comparizione delle parti. Davanti al collegio, infatti, sedevano l'avvocato fiscale e i difensori della Compagnia delle Indie Orientali. Alcuni<sup>20</sup> sostengono possa essere stato il giovane Grozio in persona, solamente ventiduenne<sup>21</sup>, ma dal momento che l'archivio dell'Arsenale di Amsterdam andò perduto in un incendio non è possibile avvalorare la suggestiva ipotesi, che, comunque, spiegherebbe almeno in parte il motivo dell'interesse del giurista per il caso. Né il comandante

17. Nonostante sia molto arduo comparare fra loro le monete antiche e ancora più difficile valutare il loro valore rispetto all'economia attuale, basti sapere che un “*cruzado*” (moneta aurea portoghese, che si suddivideva in 400 *reis* di rame) teoricamente doveva corrispondere al valore di un “*peso*” d'argento spagnolo, cioè circa 25 grammi d'argento nella seconda metà del secolo XVI; questo farebbe supporre un ammontare del bottino della Santa Catarina di circa 25.000 chilogrammi d'argento! (I valori delle monete sono tratti da BOXER: *The Great Ship from Amaçon*, Lisboa, 1959)

18. VOLKER: *Porcelain and the Dutch East India Company*, p. 22, cit. in CAETANO: Introduzione a *De Iusto*, cit., p. 24.

19. La sentenza è pubblicata in latino nell'appendice documentale di VAN GROOT: *De Iure Praedae*, cit., p. 350.

20. DE MICHELIS: *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio*, Firenze, 1967, p. 92 e ALEXANDROWICZ: *Treaty and Diplomatic Relations between European and South Asian Powers in the XVII and XVIII Centuries*, in *Recueil des Cours*, vol. 100, 1960, p. 219.

21. Grozio nacque il 10 aprile 1583.

Serrão, né altri rappresentanti della Corona iberica (“*tamen citati*”, si può leggere nel dispositivo) si presentarono al processo né presentarono alcuna eccezione contro la domanda giudiziale, col risultato che la Corte li considerò contumaci (“*ideo contumaces censendi sunt*”).

L’asta del carico della nave portoghese iniziò il 29 luglio 1604, ancora prima che la sentenza (del 9 settembre successivo) fosse pronunciata, a causa dell’interesse suscitato dal bottino sia all’interno che all’esterno dell’Olanda.

Nella sentenza venne probabilmente ripresa l’esposizione degli attori; essi, in primo luogo, dimostrarono che la VOC aveva mandato otto navi nelle Indie Orientali, sotto il comando di Heemskerck, per stipulare negozi commerciali; inoltre, all’ammiraglio erano stati forniti documenti (“*codicilli*”) secondo i quali il principe Maurizio di Nassau non solo consentiva, ma ordinava ai suoi emissari in Estremo Oriente di difendersi contro chiunque li avesse attaccati (“*qui in itinere molestias creent vel noceant*”) e dava loro la potestà di chiedere i danni. Proseguendo la lettura della sentenza scopriamo che i suddetti attacchi erano iniziati subito dopo la partenza, già presso le isole Canarie, e che, una volta giunti in Oriente, la lotta per la sopravvivenza si era fatta costante.

Per giustificare il successivo comportamento di Heemskerck, la sentenza passa quindi in rassegna una serie di episodi che vedono i Portoghesi protagonisti di efferatezze e crudeltà.

L’ammiraglio, sostiene insomma la sentenza, era preavvertito delle efferatezze tipiche perpetrate dai Portoghesi, che trattavano in modo particolarmente crudele i prigionieri olandesi. E fu proprio per questi motivi che egli, in un consiglio di guerra con i suoi ufficiali, decise non solamente di difendersi, ma piuttosto di attaccare e causare il maggior danno possibile ai nemici, conformemente a ciò che gli era consentito dal diritto naturale e dagli ordini del principe Maurizio; tutto ciò, sostenne la Corte, perché “il mare deve essere libero”, in primo luogo per poter continuare a commerciare con le Indie (e, qui, l’influenza di Grozio nella stesura della sentenza potrebbe spiegare l’accenno al concetto di “*mare liberum*”)<sup>22</sup>. Seguendo questa linea d’azione aggressiva, abbiamo visto che l’ammiraglio olandese si avvicinò alla *Santa Catarina* e se ne appropriò, lasciando liberi i prigionieri illesi.

La sentenza solleva un problema di diritto internazionale in qualche modo attuale anche agli occhi di un giurista contemporaneo, e cioè la legitti-

22. Grozio, a riguardo, sostiene che “*malum est injuriam facere, sed et pati malum est*”. In VAN GROOT: *De Jure Praedae*, cit., p. 3.

mità della cattura di una nave portoghese, quando la legge olandese prevedeva, come abbiamo visto, la possibilità di considerare "buona preda" solo persone o cose "*quae in regno Hispaniae inveniuntur*".

Nonostante ciò, il Consiglio dell'Ammiragliato, ponderando tutti gli avvenimenti e le allegazioni, dichiarò che Heemskerck aveva effettuato la cattura basandosi su un "giusto titolo", dal momento che la caracca e i beni appartenevano a Portoghesi, pur sempre sudditi del re di Spagna, nemici delle Provincie Unite e ostili al commercio da queste esercitato, commercio che "quel sovrano cerca in tutti i modi di impedire nelle Indie Orientali e Occidentali".

La decisione della Corte è, nella sostanza (se non nella forma), ineccepibile, poiché, nonostante le ampie autonomie assicurate ai vari regni riuniti sotto la Corona di Castiglia, è inconfutabile che, di fatto, vi fosse un solo sovrano a decidere le sorti dell'impero iberico nella politica estera e negli affari militari (nonostante le resistenze localistiche permanessero molto forti). Ciò si oppone ad una eventuale difesa della Santa Catarina basata sulla distinzione formale fra il Regno di Castiglia e quello di Portogallo. Se è innegabile, infatti, che i sovrani di Castiglia assumevano una denominazione diversa a seconda che si facesse loro riferimento come re lusitani piuttosto che spagnoli (all'epoca della cattura della Santa Catarina, infatti, Filippo era II di Portogallo e III di Spagna), è pur vero che essi si consideravano, e di fatto erano, padroni dello sterminato impero iberico, le cui casse sostanzialmente controllavano. Ancora oggi, la dottrina ritiene comunemente che per le entità aventi solo l'apparenza nominale di uno Stato, ma che di fatto sono totalmente dipendenti da un altro, non si possa parlare di soggettività internazionale; analoga soluzione viene proposta per quegli enti territoriali che esercitano funzioni di governo ma che si trovino, nel contempo, in situazioni di subordinazione<sup>23</sup>.

Si potrebbe aggiungere che, inoltre, il maggior ostacolo ad una difesa della Santa Catarina che si fondasse su una distinzione fra Portogallo e Spagna fosse forse costituito dall'inesistenza della difesa stessa, la mancata comparizione in giudizio di un avvocato di parte portoghese che potesse eccepire la legittimità della preda.

La conclusione della sentenza (datata 9 settembre 1604) è dunque lapidaria:

23. Vide, ad es., CONFORTI: *Diritto Internazionale*, Napoli, 1992, pp.14-15 e GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES: *Diritto Internazionale, parte generale*, Milano, 1991, pp. 97-99.

“Collegium Admiralis [...] decrevit *caraccam* cum omnibus, quae inerant, bonis, publicam praedam esse et *iure captam* videri; et insuper eam publica auctione *vendi debere*, ut pecunia, quae inde redeat, dividatur ex edicto Ordinum foederatum”<sup>24</sup>.

Le vicende della *Santa Catarina*, da questo momento in poi, ci sono sconosciute. La cattura del carico portoghese, però, apriva una difficile questione giuridica circa la libertà di commercio e navigazione e il diritto di preda (di importanza vitale per l'organizzazione economica delle Provincie Unite) e Grozio decise di affrontare tali temi in maniera sistematica e approfondita.

Nacque così, tra il 1604 e il 1606, un'opera che, tranne per un capitolo, rimarrà inedita per due secoli e mezzo e che, secondo il parere di molti studiosi<sup>25</sup>, sta alla base di molte elaborazioni giuridiche successive di Grozio: il *De Iure Praedae Commentarius*; esso si presenta come un tentativo di svolgere un sistema giuridico completo che serva a sostegno delle Provincie Unite per reclamare il (presunto) diritto essenziale al commercio libero. Per raggiungere tale obiettivo, il giurista olandese si oppone con tutte le armi a propria disposizione alle pretese portoghesi e spagnole di dominio sui mari e si eleva sopra il momento contingente per indicare un principio che egli ritiene valido in eterno (e ciò nonostante la ragione d'essere della disputa sia rintracciabile in un caso eminentemente pratico).

4. Innanzi tutto, per comprendere le opere di Grozio e Freitas, è necessario un breve *excursus* sul regime del mare fra i secoli XVI e il XVII.

Nella lunga storia delle scoperte geografiche portoghesi, un tratto comune può essere rintracciato nella espressa volontà dei re lusitani di rivendicare la *giurisdizione esclusiva* dei mari come delle terre da loro scoperti. Questa attitudine si concretava, in primo luogo, attraverso atti normativi interni, che ovviamente obbligavano solamente i sudditi del re del Portogallo; per escludere gli stranieri dalla possibilità di navigare liberamente nei mari scoperti dai Portoghesi e di commerciare con le terre da quelli bagnate, però, era necessario ben più della legislazione interna; non sarebbe neppure stata sufficiente la forza navale per un controllo di quei mari e di

24. Corsivo aggiunto.

25. KNIGHT: *The Life and Work of Hugo Grotius*, London, 1923, pp. 79 s.

quei porti, perché queste misure, implicanti l'uso della forza, avrebbero comunque dovuto basarsi su un diritto non oppugnabile<sup>26</sup>.

I sovrani portoghesi, dunque, si rivolsero, per vedere affermati con maggior certezza i loro diritti, al *Papato*, sollecitando il riconoscimento giuridico sia del potere di fatto esercitato sulle terre e sui mari scoperti, sia della proibizione per le altre Potenze di navigarvi e commerciarvi. Queste concessioni pontificie, secondo molti autori di quell'epoca, si basavano sul potere che competeva al papa di promuovere e affidare ad un principe cristiano la guerra contro i popoli che si opponevano alla libera propaganda della fede cristiana e, come conseguenza, di proibire il commercio con gli infedeli<sup>27</sup>. Il “*potere indiretto*” del papa sugli affari temporali assegnava alla Chiesa il privilegio di intervenire “*in ordinem ad bonum spirituale*” e “*quatenus necesse ad finem supernaturalem*”.

Il papa dichiarò con la Bolla *Romanus Pontifex*, dell'8 gennaio 1454 (diretta dal pontefice Nicolò V ad Alfonso V di Portogallo) che le terre già scoperte sarebbero appartenute al re del Portogallo e ai suoi successori e che agli stessi venivano concesse e attribuite, in proprietà perpetua “le provincie, le isole, i porti, i luoghi e i mari già acquisiti o che in futuro verranno ad acquisire, qualunque sia la loro quantità, grandezza e qualità”. Basandosi proprio su questa Bolla pontificia, venti anni più tardi (il 31 agosto 1474) Alfonso V promulgò una legge comminante la pena di morte e la confisca di tutti i beni per il crimine di navigazione, commercio o guerra senza licenza regia nei mari o nelle terre scoperte, oltre che per l'assalto o rapina di navi o carichi che navigassero per mandato o con licenza del re<sup>28</sup>.

A questo decreto e alle numerose leggi che seguirono (nella stessa logica e con sostanza non dissimile) si aggiunsero la Bolla di Sisto IV *Aeterni regis clementia* (del 21 luglio 1481) che omologava il trattato di pace di Toledo (fra Alfonso V per il Portogallo e Fernando e Isabella per il regno di Castiglia, riguardante i diritti sulle isole dell'Atlantico e le coste di Guinea) e

26. CAETANO: Introduzione a *De Iusto*, cit., pp. 9 s.

27. MERÊA: *Os juriconsultos portugueses e a doutrina do “Mare Clausum”*, in *Novos Estudos de História do Direito*, Barcelos, 1937, pp. 40-41.

28. In MERÊA: *Os Juriconsultos*, cit., pp. 43-44: “Dom Afonso per graça de Deos Rey de portugall e dos algarues daaqueem e daalem mar em africa [...] fazemos saber [...] que nenhua pessoa pera elles nom vaa nem mamde trautar nem guerrear sem licença e autoridade nossa sob pena de grandes escomunhoes [...]. [...] Determinamos e declaramos e poemos por ley qualquer pessoa de qualquer estado e comdiçom que seja que aas ditas partes e terras e mares de guinea for *sem licença e autoridade nossa, morra por ello e per esse mesmo dito perca todollos bees que teuer* [...].” (Corsivo aggiunto).

la Bolla *Ea quae pro bono pacis* del 1505 che confermava il Trattato di Tordesillas del 1494 e sostanzialmente divise il mondo (terre e mari) in vere e proprie sfere di influenza fra Spagna e Portogallo<sup>29</sup>. Questo trattato fu il celeberrimo atto bilaterale di divisione dell'Atlantico e delle terre che ivi si incontrano, un accordo fra monarchi che, in questo modo, escludevano ogni diritto di qualsiasi altra nazione. In altre parole, nel Trattato di Tordesillas si menzionarono le zone appartenenti all'una e all'altra nazione, specificando i diritti appartenenti al Portogallo, da un lato, e alla Spagna, dall'altro, e tutto questo per prevenire uno scontro militare fra le due principali Potenze marittime dell'epoca<sup>30</sup>. Dopo aver disegnato quella linea, fu stabilito un vero e proprio monopolio: a nessuna altra Nazione era permesso viaggiare nelle aree di nuova scoperta, né tantomeno commerciarvi. Il principio di "*mare clausum*" prendeva il sopravvento.

Per quanto riguarda gli Stati europei che non parteciparono alla spartizione, è necessario aggiungere che essi, in particolare Francia e Inghilterra (seguiti dopo breve dall'Olanda), non riconobbero l'efficacia del Trattato nei loro confronti; da un lato queste nazioni affermarono che, essendo l'accordo *res inter alios acta*, il Trattato non potesse essere loro opposto; dall'altro, venne criticata (persino da giuristi iberici) la logica su cui implicitamente si basava l'accordo: il potere pontificio di concedere mari e terre e, più in generale, la dottrina del *mare clausum*, secondo cui l'oceano era suscettibile di appropriazione e, eventualmente, di suddivisione<sup>31</sup>.

E' opportuno tenere a mente che, per quanto oggi possa apparire assurdo, il principio di dominio del mare non può essere considerato bizzarro, né i titoli su cui esso si basava completamente illogici; da secoli, in Europa e nel Mediterraneo, infatti, era in corso un'aspra contesa fra i sostenitori del *mare clausum* e coloro che propendevano per il *mare liberum*. Le prime dispute riguardanti i diritti degli Stati (o, meglio, di entità politiche in senso lato) sul mare risalgono, nell'Europa meridionale, all'epoca in cui le città marinare italiane, avendo consolidato il proprio potere marittimo, iniziarono a voler giustificare legalmente le proprie pretese di sovranità sulle acque del Mediterraneo; nel fare questo, i giureconsulti dell'epoca, rispettosi, almeno formalmente, del diritto romano, dovettero operare da fini esegeti per adattare

29. CAETANO: introduzione a *De Iusto*, cit.

30. DE ARMAS: *O Tratado de Tordesillas*, in AA.VV., *Tratado de Tordesillas*, Lisboa, 1994, pp. 194 s.

31. JOHNSTON: *The International Law of Fisheries*, Dordrecht, 1987, pp. 164-169.

i testi latini alle loro necessità, forzando, quando era necessario, il pensiero degli antichi giurisperiti.

Le pretese più famose erano quelle di Venezia sul Mar Adriatico, di Genova sul Mar Ligure, oltre che di Pisa e dello Stato Pontificio su alcune zone del Mar Tirreno. Inizialmente, questi Stati aspiravano ad assicurarsi la mera giurisdizione criminale (in modo simile alla concezione romana di *mare nostrum* emersa nello scontro con i pirati), ma ben presto esigettero il diritto di imporre tributi alle navi che transitavano per i rispettivi mari e ancora di riservarsi l'esclusiva della pesca.

Tali pretese non si limitavano al Mar Mediterraneo; le ritroviamo anche, di una certa rilevanza, nei paesi dei mari settentrionali, per esempio in Inghilterra e Norvegia. Questi regni, solitamente, si attenevano ad una duplice visione, a seconda che il mare di cui si trattasse fosse quello intorno alle loro coste (nel qual caso la politica era orientata, comprensibilmente, ad un uso esclusivo delle acque da parte dello Stato costiero), oppure quello costituente le grandi estensioni oceaniche (in cui vigeva il principio di libertà di navigazione).

Analizzando brevemente il caso della Norvegia bisogna riconoscere che, secondo alcuni studiosi<sup>32</sup>, essa fu lo Stato precursore dei Regni Iberici per quanto riguarda le aspirazioni di dominio sull'Oceano. Le sue pretese sul mare chiamato *settentrionale* o *norvegese* si manifestavano nella proibizione di accesso, di navigazione e di commercio estesa a tutti gli stranieri<sup>33</sup>, risultando quindi molto simili a quelle che, successivamente, furono avanzate da Spagna e Portogallo con riguardo al "*mare oceano*".

Di notevole interesse per la nostra indagine è che ambedue queste posizioni si basavano su differenti interpretazioni dei medesimi istituti di diritto romano. Questi pochi e generici principi furono studiati, ne fu ampliata o ristretta la portata a seconda delle esigenze, ne furono messi in discussione o rigettati i presupposti; eppure, sono proprio queste le operazioni considerate alla base delle norme giuridiche che hanno poi costituito il regime del mare nei secoli successivi, fino al nostro<sup>34</sup>. Inoltre, proprio la genericità di questi

32. Vide RAESTAD: *La mer territoriale*, in *Etudes Historiques et juridiques*, Paris, 1913, p. 6.

33. Tali pretese si basavano, però, sulla convinzione che questo mare fosse chiuso, insieme al Mar Bianco, in un ampio golfo delimitato a nord da un continente artico congiunto alla Nóvaia Zemliá, di cui la Groenlandia sarebbe stata l'estremità occidentale.

34. Sulle posizione dei diversi Stati europei riguardo alla libertà di navigazione, Vide ANAND: *Origin and Development of the Law of the Sea: History and Interna-*

principi può contribuire a spiegare il motivo per cui, pur basandosi apparentemente sugli stessi testi, Grozio e Freitas giungano a posizioni tutt'affatto differenti all'interno della celebre "battaglia dei libri" che occupò gran parte del secolo XVII con riguardo alla libertà dei mari.

5. I. Il *Mare Liberum* e il *De Iusto Imperio* sono opere complesse e numerosi sarebbero gli argomenti degni di nota esposti dai due giuristi; per quanto riguarda la disputa sorta a causa della cattura della *Santa Catarina*, però, tre appaiono i punti maggiormente rilevanti, e cioè i *fondamenti della libertà di navigazione*, i *poteri del pontefice* e il problema della *libertà di commercio*.

Il primo capitolo del *Mare Liberum* enuncia e sviluppa il fondamento teorico su cui poggia la costruzione dell'intera opera. Grozio riconosce che i prodotti necessari alla sussistenza dell'uomo sono inegualmente suddivisi fra i diversi popoli del mondo e deduce che la Divina Provvidenza abbia disposto in questo modo cosicché i vari Stati siano costretti a commerciare e a scambiarsi questi beni; sostiene che, se ogni Nazione si ritenesse autosufficiente, nulla le impedirebbe di ritirarsi dal consorzio con le altre. Dal momento che l'oceano appare con tutta evidenza destinato da Dio stesso ad essere la grande via per compiere questi scambi con maggiore rapidità, sicurezza ed economia, esso certamente appartiene a tutti, o meglio a nessuno in particolare; quale motivo vi sarebbe, altrimenti, perché esso sia navigabile in tutte le sue parti, con il vento che soffia ora da una parte ora dalla parte opposta? Da tutto ciò ne consegue che la libertà dell'utilizzo dell'oceano da parte di tutti è sicuramente un volere divino<sup>35</sup>.

Grozio rafforza questa propria tesi con alcuni esempi. Molte guerre sono state scatenate e combattute conformemente al diritto perché un popolo aveva impedito ad un altro di navigare o commerciare in talune terre: le guerre fra Spagnoli e Americani, fra Ateniesi e Megaresi, fra Romani e Germani e fra Israeliti e Amorrei, quando questi si opposero all'attraversamento del proprio

*tional Law Revisited*, Den Haag, 1983; CIALDEA: *La formazione dell'ordinamento marittimo nelle relazioni internazionali*, Milano, 1959; SCOVAZZI: *La pesca nell'evoluzione del diritto del mare*, Milano, 1979; THEUTENBERG: *The Evolution of the Law of the Sea*, Dublin, 1984.

35. Molti commentatori hanno notato una decisiva differenza fra queste affermazioni, contenute nelle opere giovanili di Grozio, e le sue successive riflessioni, in cui le fondamentali nozioni giuridiche sono dall'autore ritenute valide "*etiamsi daremus non esse Deus*". Vide, ad es., HAGGENMACHER: *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983, p. 501.

Paese da parte dei figli di Abramo; quest'ultimo conflitto, sottolinea Grozio, fu ritenuto giusto da Agostino sulla base di uno *ius humanae societatis*.

Sulla base di questi ed altri esempi, l'autore trae la conclusione che, anche qualora i Portoghesi fossero padroni delle Indie, essi non potrebbero impedire agli Olandesi di recarvisi; a maggior ragione, dal momento che non ne sono reggenti in alcun modo, non possono pretendere di assicurarsi il diritto esclusivo di commercio con quelle terre.

Queste riflessioni mostrano il metodo di analisi di Grozio, il quale, pur basandosi su *auctoritates* bibliche (il libro dei Numeri), latine (Virgilio, Seneca, Tacito), greche (Plutarco) e su autori a lui più vicini (Vitoria, Covarrubias, Gentili), non si fermi alle aride considerazioni giuridiche, ma è piuttosto guidato dal riferimento a principi e da ragioni logiche eminentemente pratiche; qui, come in altre parti della sua opera, il giovane avvocato olandese tende a subordinare al fine dichiarato della libertà di navigazione e commercio ogni massima giuridica da lui analizzata e, in questo, è possibile notare una estrema differenza con Freitas.

5. II. Nel terzo capitolo della propria opera, Grozio analizza un titolo che i Portoghesi invocavano per pretendere la sovranità sulle Indie, e cioè la "donazione" effettuata dal pontefice Alessandro VI con le Bolle *Inter Caetera*.

Innanzitutto, sostiene l'autore, la divisione compiuta dal papa doveva essere intesa solamente a porre fine alla contesa fra Portoghesi e Spagnoli; seguendo questa teoria, il pontefice, in qualità di arbitro scelto dalle parti, non ha certamente inteso pregiudicare i diritti delle nazioni diverse da quelle governate dai monarchi di Spagna e Portogallo. Inoltre, anche se Alessandro VI avesse in effetti espresso la propria volontà di donare oltre un terzo del mondo a questi due popoli, questa volontà non avrebbe potuto dispiegare gli effetti desiderati per la mancanza di *traditio*, ritenuta necessaria dalla migliore dottrina.

Soprattutto, però, Grozio sottolinea come una simile *donazione di beni altrui* non abbia assolutamente alcun valore, e ciò a prescindere dall'autorità e dai poteri del vescovo di Roma; è sufficiente sottolineare che, da un lato, Gesù non si considerò sicuramente proprietario del mondo e certamente non trasmise un simile diritto di proprietà a Pietro e ai suoi successori e che, dall'altro, se gli Indiani non riconoscono la signoria spirituale del pontefice su di loro, questa non può esser loro imposta.

Secondo una parte della dottrina internazionalista appare strano che Grozio, nella valutazione dell'efficacia nei confronti dei terzi di questa spartizione, non prenda in alcuna considerazione il fatto che al tempo della "donazione", il pontefice era considerato (da tutte le Potenze dell'Europa occidentale che potevano nutrire interessi per l'Estremo Oriente) come titolare in fatto, se non in diritto, del potere di agire in questo modo e che nessuna Nazione protestò formalmente al momento del fatto<sup>36</sup>.

Grozio comunque ritiene, in definitiva, le Bolle papali semplicemente una forma di transazione fra le due Corone per intermediazione di un terzo arbitro, il pontefice (nessun altro che il vescovo di Roma, come si preoccupa di precisare Grozio)<sup>37</sup>. In base al principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, l'autore esclude che questi documenti abbiano avuto l'autorità per pregiudicare in alcun modo un diritto di altri popoli<sup>38</sup>, tanto più che il mare e il diritto di navigarvi riguardano un profitto meramente temporale e non la religione o la pietà.

5. III. Nel Capitolo VIII del *Mare Liberum*, Grozio si oppone risolutamente alla pretesa dei Portoghesi, i quali ritengono che il *diritto di commerciare* con le popolazioni delle Indie appartenga a loro in esclusiva.

Secondo il diritto delle genti, tutti gli uomini hanno la libertà di commerciare e nessuno può privarli di questa libertà; infatti, benché sia stata la divisione dei beni successiva alla cacciata dal Paradiso Terrestre (o alla fine dell'Età dell'Oro, come la chiamavano gli antichi) a rendere *necessario* il commercio, questo esisteva anche prima, non potendo ogni terra produrre tutto ciò che è necessario per la sopravvivenza del popolo che la abita. Prima della suddivisione dei beni, bisognava che gli uomini andassero da un luogo ad un altro per trovare ciò che loro mancava, pur non praticando ancora scambi. Ciascuno, indifferentemente, usava ciò che trovava utile per sé, senza che nessuno glielo impedisse. Ma quando i beni mobili vennero divisi, e formarono la proprietà di ciascuno, fu inventato lo scambio, cosicché ciò che

36. KNIGHT: *cit.*, p. 98. L'autore riporta, tra l'altro, un brano in cui appare chiaro che Re Edoardo IV d'Inghilterra accettò in un trattato del 1482 i titoli di signoria che i Portoghesi avevano sulla Guinea (Africa) in base alla Bolla *Romanus Pontifex*.

37. Per una concezione delle Bolle *Inter Caetera* come di una sorta di suddivisione del mondo in "sfere di influenza" fra Spagna e Portogallo, *vide* anche WALKER: *A History of the Law of Nations*, vol. I, Cambridge, 1899, pp. 278-284.

38. "[...] et hoc si ita est (se, cioè, il pontefice volle solamente dirimere una controversia fra Spagnoli e Portoghesi), *cum res inter alios acta sit, ad caeteras gentes non pertinebit [...]*", in VAN GROOT: *De Iure Praedae*, *cit.*, p. 210.

manca agli uni veniva supplito con ciò che avevano gli altri. Ecco come, anche secondo Plinio, le necessità della vita hanno fatto nascere il commercio; dopo che le terre vennero divise fra gli uomini e che quella comunanza primitiva scomparve, il commercio divenne, appunto, necessario non solo fra gli uomini che vivono lontani, ma anche fra i vicini. Per rendere tutto ciò più facile, fu inventata la moneta (in latino *nummus*), che, secondo una incerta etimologia che lo stesso Grozio accetta, deriva dalla parola greca “legge” (*nomos*), in quanto è una istituzione civile, come lo sono tutti i modi di contrattare (mentre il commercio —la fonte dei contratti in generale— deriva dalla natura stessa, conformemente al pensiero di Aristotele).

Così, sostiene Grozio, è dimostrato che la libertà di commercio deriva da un diritto primitivo delle genti, il quale ha una causa naturale e perpetua; in quanto tale, questa libertà non può essere negata a nessuno, se non, forse, con un accordo fra tutti gli Stati. Da tutto ciò risulta chiaro come un popolo non possa avere il diritto di impedire a due altri popoli di commerciare fra loro.

Nessun popolo può sostenere di aver acquisito il diritto di commercio esclusivo per scoperta o occupazione<sup>39</sup>; infatti, da un lato, il diritto di commercio non ha nulla di materiale di cui ci si possa impadronire e certamente i Portoghesi non possono in alcun modo sostenere di averne acquisito l'esclusiva. Dall'altro, siccome in principio i popoli sono andati e hanno commerciato dappertutto, è evidente che se anche in ogni luogo c'è stato qualcuno che ha esercitato il commercio, non si può certo affermare che questi abbia acquisito maggiori diritti degli altri. La conclusione del ragionamento è che, se i Portoghesi reclamano il diritto esclusivo di commerciare con gli Indiani, ciò si potrà ammettere solo tramite una servitù in conseguenza di una concessione espressa o tacita, e non altrimenti.

Il Capitolo X si occupa, invece, di confutare la possibilità che l'esclusiva del commercio con le Indie sia stata concessa ai Portoghesi dal papa. In questo caso, Grozio afferma che ciò sarebbe potuto avvenire solo se si ammettesse che il pontefice sia il signore temporale di tutto il mondo, cosa che i più saggi studiosi, pur credenti, contestano risolutamente. Infatti, dal

39. Grozio aveva già peraltro affrontato, nel Capitolo II del *De Jure Predae Commentarius*, la questione dei diritti dei Portoghesi basati sulla scoperta delle Indie, negando che ciò fosse possibile per terre e popoli già conosciuti fin dal tempo dei Romani. Questo argomento, però, non aveva valenza universale (l'esempio del continente americano doveva essere ben presente nella mente dei giuristi dell'epoca). Grozio dovette rinforzarlo con un ulteriore argomento, tratto peraltro dai lavori di Francisco de Vitoria (*De Indis*), secondo cui non poteva esservi scoperta e appropriazione di terre già governate da popoli e regni locali. *Vide* ALEXANDROWICZ: *Treaty and Diplomatic Relations, cit.*, 220-21.

momento che il commercio mira solamente ad un profitto materiale, ed esula completamente dal “profitto spirituale” (ciò che “*ad spiritualem procuratio-nem pertinet*”), il potere del papa, in quel campo, è sicuramente inesistente.

Del resto, se anche il papa avesse inteso concedere questo diritto esclusivo ai Portoghesi, escludendo perciò tutti gli altri uomini, avrebbe commesso una doppia ingiustizia; in parte contro gli Indiani stessi, i quali essendo fuori dalla Chiesa non sono affatto sottomessi alla sua autorità; e anche nei confronti di tutti gli altri, cristiani o meno, che egli non poteva legittimamente privare di questo diritto senza una valida ragione (“*sine causa*”). Infine, c'è da ricordare che neppure i principi temporali possono impedire la libertà di commercio nei loro stessi Stati e che l'autorità del papa non può derogare al diritto naturale o al diritto primitivo delle genti, dal quale ha origine questa libertà.

5. IV. L'opera con cui il giurista e frate portoghese risponde all'“anonimo”<sup>40</sup> avversario è sostanzialmente una risposta polemica; Freitas replica a Grozio capitolo per capitolo, quasi pagina per pagina e argomento per argomento, ciò che, da un lato, non permette una costruzione originale dell'opera; dall'altra, però, grazie a questa serrata confutazione, il portoghese può meglio stigmatizzare le debolezze dell'opera dell'olandese. Il *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico* è anche molto più completo e almeno quattro volte più lungo del *Mare Liberum*.

Il libro di Freitas è opera di un erudito di talento, profondo conoscitore del diritto romano e dei grandi commentatori, che si muove a proprio agio nei complessi problemi giuridici e politici del suo tempo (come erano, ad esempio, la questione del potere temporale dei papi e dell'origine del potere civile), citando profusamente gli autori antichi e quelli più vicini alla sua epoca. Gli argomenti filosofici non lo attirano e, in difesa dello *status quo*, si sforza di ricercare citazioni e di architettare sottili sillogismi; molto spesso è più rigoroso di Grozio nell'interpretazione delle fonti, anche se, come il giurista olandese, cade spesso nella tendenza (comune a quei tempi) di

40. E' necessario tenere a mente che, fino all'edizione in olandese del 1614, il *Mare Liberum* circolò come opera anonima; Freitas si riferisce sempre a Grozio come a “quel certo anonimo”. Ciò ha indotto KNIGHT (*Seraphim de Freitas: Critic of Mare Liberum*, in *Revista de historia*, 1928, p. 208) a ritenere che tale denominazione da parte del portoghese fosse un espediente polemico per sottolineare l'oscurità di Grozio dal punto di vista della reputazione internazionale. A riguardo, vide anche TRELLES: *Fray Serafim de Freitas y el problema de la libertad oceánica*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1946, pp. 78-79.

attribuire al diritto giustiniano una portata pubblicistica che esso certo non ha<sup>41</sup>. In nessun caso, inoltre, Freitas considera nel suo insieme la tesi di Grozio favorevole alla libertà di navigazione, ma preferisce l'analisi puntuale delle singole ragioni addotte dall'olandese, estrapolandole spesso dal contesto e dalla visione generale cui tutto, invece, Grozio subordinava<sup>42</sup>.

Nei primi capitoli del *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico*, Freitas denuncia la volontà del giurista olandese di confondere e nascondere le cause dei fatti e le circostanze dei tempi. Per opporsi a tale modo di fare, Freitas si propone di distinguere, nella discussione della questione, tre ipotesi chiare e ben definite. Appare, infatti, evidente agli occhi del portoghese che tutta la causa si riassume essenzialmente nella seguente alternativa: o si sta discutendo di un mero passaggio attraverso un territorio straniero; oppure, di una estrema necessità di viaggiare per ricercare beni indispensabili al sostentamento; o, infine, di un diritto di viaggiare liberamente verso provincie altrui e lì dedicarsi al commercio.

Nel primo caso, il passaggio è sicuramente dovuto, e, se rifiutato, può essere assicurato per mezzo del ricorso alla forza<sup>43</sup>.

Nel secondo caso, bisogna tenere presente che l'uso delle cose indispensabili non può essere legittimamente interdetto, sia per disposto della carità cristiana, sia perché la divisione dei beni non può impedire a nessuno l'uso di un bene assolutamente necessario<sup>44</sup>.

Quanto al terzo caso, proprio come un privato può proibire agli altri l'uso delle proprie ricchezze, e anche rifiutarsi di commerciare con altre persone, nello stesso modo appare logico a Freitas che uno Stato possa legittimamente proibire agli stranieri l'uso delle cose comuni dei propri cittadini e persino lecitamente desiderare che nessun cittadino commerci con stranieri. Egualmente, come una persona può concedere ad alcuni stranieri l'uso di certi beni e rifiutarlo ad altri, così potrà comportarsi uno Stato; il quale, inoltre, può chiudere i propri porti e le proprie città agli stranieri potenti, per il giusto timore di essere, un giorno, da questi soggiogato.

41. MERÊA: *Um aspecto da questão Hugo Grocio-Serafim de Freitas*, in *Boletim de la Faculdade de direito de Coimbra*, 1916, p. 46.

42. MIAJA: *Las ideas fundamentales del derecho de gentes en la obra de Fray Serafim de Freitas*, in *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1932, pp. 178.

43. E' interessante notare che Freitas utilizza, a questo proposito, lo stesso esempio (riguardante la guerra fra Israeliti e Amorrei) di Grozio.

44. "*Non potest illo licite prohiberi, tam quia charitatis lex id postulat, tam etiam quia rerum divisio prejudicare non potuit, quominus unusquisque, etiam invitis, ea re utatur qua extreme indiget*", in FREITAS: *De Iusto*, cit., Cap. II, p. 10.

D'altra parte, precisa il giurista portoghese, è necessario distinguere fra gli stranieri che sono già stati ammessi al commercio e quelli che chiedono di esserne ammessi per il futuro. Infatti, se per escludere i primi è necessario invocare una giusta causa (essendo il diritto già acquisito)<sup>45</sup>, per non ammettere i secondi non è necessario addurre alcuna motivazione.

5. V. Il Capitolo VI è quasi certamente il più interessante del libro e, secondo alcuni, quello che fu causa del lungo oblio in cui il *De Iusto Impero Lusitanorum Asiatico* è caduto per tanto tempo<sup>46</sup>.

Prima di iniziare a trattare il *fundus* della propria tesi, Freitas si propone di trattare brevemente della forma di governo della Chiesa; essa, fra le tre specie di governo conosciute fin dall'antichità — democrazia, aristocrazia e monarchia<sup>47</sup> — può, con sicurezza, essere identificata in questa ultima. Freitas cita una serie di *auctoritates*<sup>48</sup> su cui basa il proprio convincimento che la monarchia sia il miglior sistema per reggere un corpo sociale, adducendo come prova definitiva il fatto che fu scelta da Cristo per la propria Chiesa. Questi, non desiderando assistere nel corpo la Chiesa visibile sulla terra, ritenne necessario affidarne la cura ad una persona, scegliendo Pietro fra i propri discepoli per reggerla al proprio posto; a questo proposito, non solo Cristo, prima della propria Passione, decise di edificare la propria Chiesa Universale su Pietro<sup>49</sup>, ma, dopo la Resurrezione, gli affidò esplicitamente la cura delle proprie “pecorelle”<sup>50</sup>, senza escluderne nessuna (né i re, né gli imperatori). La Chiesa di Cristo, conclude Freitas, è una sola e lo può essere solamente grazie all'esistenza di un unico principe, che altri non è se non il pontefice romano. Conseguenza ulteriore di questo ragionamento è che, essendo la Chiesa una sola, i cristiani devono rimanere in una unità inscindibile.

45. Freitas si riferisce alle popolazioni delle Indie Orientali, che, egli sostiene, avevano espulso per frode e con dolo i Portoghesi dal commercio colà acquisito per mezzo di validi trattati; per questo motivo, la guerre che ne erano scaturite risultavano perfettamente legittime.

46. CAETANO: *Serafim de Freitas*, cit., p. 243.

47. Freitas li distingue in “governo del popolo”, “governo dei magnati” e “governo del re” (che egli sostiene, rifacendosi a Seneca, debba essere “giusto”).

48. Fra cui Aristotele, Plutarco, Seneca, S. Agostino, S. Tommaso, Bartolo, Suarez.

49. Vide MATTEO: *Vangelo*, Cap. XVII, v. 18.

50. Vide GIOVANNI: *Vangelo*, Cap. XXI, v. 17.

A questo punto, Freitas entra *in medias res*, passando allo studio del *potere spirituale*; esso promana da Cristo e produce effetti soprannaturali. Nonostante tutti i tipi di potere (spirituale e temporale) vengano in qualche modo da Dio<sup>51</sup>, quello spirituale viene più direttamente da Dio, che, nella persona del Figlio, lo trasmise a Pietro senza mediazione alcuna. Il potere temporale, invece, fu dato da Dio (creatore della natura) a tutti gli uomini, che si riuniscono in Stati (*Respublicae*) diversi; dal momento che gli Stati non possono esercitare da soli questo potere, devono trasmetterlo, in forza della ragione e del diritto naturale, a un singolo o a vari, a seconda del sistema di governo scelto. Una volta delegato ad un principe, per mezzo di una concessione mediata realizzata dai sudditi stessi, il potere promana da quello, come da una fonte, verso i magistrati inferiori<sup>52</sup>. Il popolo sceglie il re<sup>53</sup>, mentre, se Dio alcune volte sceglie direttamente il sovrano —come fece con Saul e con Davide—, un tale privilegio non è certo accordato a tutti.

Inoltre, i poteri si distinguono anche per quanto riguarda i loro fini principali; il fine del potere spirituale, infatti, è soprannaturale ed esso si avvale di mezzi propri, stabiliti in vista della vita spirituale degli uomini, della loro anima e della vita eterna. Al contrario, il potere politico è principalmente istituito per un fine naturale, che consiste nell'assicurare una buona esistenza terrena nelle sue condizioni esteriori. Proseguendo con questo ragionamento, Freitas giunge alla conclusione che, se al pontefice non spetta un potere *principale* di carattere secolare, nondimeno egli ha un *certo potere* su *alcuni* affari secolari.

Posti questi principi, il giurista portoghese passa al tentativo di dimostrare che il papa è depositario della *autorità spirituale*. Infatti, i poteri conferiti a Pietro sono stati trasmessi ai suoi successori (come Freitas ha spiegato precedentemente, accertando che la Chiesa deve durare in eterno); inoltre, poiché il governo della Chiesa è di ordine soprannaturale, esso può essere esercitato da chi sia stato espressamente indicato (da Dio), oltre che, ovviamente, dai suoi successori (essendo stati nominati per l'utilità della Chiesa stessa). Freitas sottolinea che tale potere non fu espressamente mai

51. Vide PAOLO: *Lettera ai Romani*, Cap. XIII, v. 1.

52. Vide MIAJA: *Las ideas fundamentales del derecho de gentes*, cit., p. 185.

53. Secondo alcuni autori, questo brano può essere interpretato come espressione di un desiderio indipendentista, molto velato, di Freitas nei confronti della Corona spagnola. Vide MERÉA: *Desenvolvimento da ideia da soberania popular nos seculos XVI e XVII*, in *Revista da Universidade de Coimbra*, 1915, p. 48.

concesso a principi laici o a una comunità secolare. Inoltre, persino nell'Antico Testamento i due poteri (ecclesiastico e secolare) risultavano divisi<sup>54</sup>.

Da ciò è possibile concludere che il potere spirituale è superiore a quello temporale, in quanto il suo fine è la vita eterna alla quale tutte le cose temporali devono essere subordinate. Infatti, dal momento che è esperienza comune che ogni arte e potere con un fine diretto possa disporre delle cose che tendono a questo fine<sup>55</sup>, il potere temporale è inferiore e subordinato al potere spirituale.

Se un principe cattolico, figlio della Chiesa, abbandona gli interessi di questa o la combatte, "svia" il proprio popolo dalla vita eterna, incompatibilmente con il proprio incarico e ai propri doveri; è quindi legittimo che, in questi casi, il pontefice possa correggerlo e guidarlo. Inoltre, dal momento che è meglio e più facile prevenire che rimediare, il papa potrà anche impedire a un tale personaggio di ascendere all'autorità reggente, quando giudichi che così debba essere<sup>56</sup>.

Tutte queste considerazioni persuadono il giurista portoghese del fatto che il romano pontefice aveva pieno diritto di concedere ai re di Spagna il diritto di navigare verso le Indie, persino escludendo gli altri principi, dal momento che egli, nel fare ciò, aveva in mente un fine e un bene soprannaturali, consoni, come tali, alla sua autorità.

Il Capitolo VII si occupa più specificamente del quesito se i Portoghesi abbiano un diritto di dominio sulle Indie a titolo di donazione pontificia. In questo capitolo, è stato notato che Freitas esprime pienamente la propria duplice appartenenza all'Impero spagnolo e alla Chiesa cattolica romana; come portoghese soggetto al sovrano di Castiglia, difende le pretese del proprio Paese e sogna che questo si sostituisca all'Impero romano, ma, come monaco e cristiano, prova profondo disprezzo nei confronti di Grozio più come protestante che come avversario del re di Spagna<sup>57</sup>.

In primo luogo, Freitas dimostra che al pontefice spetta il diritto di inviare missionari per annunciare il Vangelo, dal momento che nel proprio titolo egli riassume anche quello di vescovo *urbi et orbi*; infatti, più che un

54. *Vide* Il Libro delle Cronache, Cap. XIX, v. 11.

55. Freitas riporta l'esempio delle arti del fabbricante di selle e del costruttore di navi, che sono, rispettivamente, subordinate alle arti dell'equitazione e della navigazione.

56. A proposito, *vide* MIAJA: *Las ideas fundamentales del derecho de gentes*, cit., p. 182.

57. KNIGHT: *Seraphim de Freitas*, cit., p. 211.

diritto, data la sua carica, l'apostolato si configura per il papa come un preciso dovere non solo per conservare la Chiesa, ma in modo da renderla più forte ed estesa. Di conseguenza, egli ha il *dovere* di inviare propri messaggeri per invitare gli infedeli al banchetto evangelico. Una questione interessante che Freitas affronta è quella riguardante i poteri che possono esercitare questi missionari; il giurista portoghese è convinto che essi possano statuire sugli affari temporali, sempre che ciò si renda necessario per la propagazione della fede. Da quanto detto, si deduce che il papa poté legittimamente affidare l'incarico di annunciare la fede ai re di Spagna, esprimendo una propria preferenza, a riguardo, rispetto ad altri sovrani.

L'interrogativo che, a questo punto, sorge spontaneo è se il papa abbia la facoltà di proibire la navigazione e il commercio a questi altri sovrani, interrogativo che può essere analizzato secondo tre possibili ordini di risposta. Questa eventuale facoltà concessa alla Spagna, infatti, può basarsi su un diritto di dominazione diretta sui popoli delle Indie, o su un diritto di navigare e viaggiare per raggiungerle, o, ancora, su un diritto di "missione" in vista della conversione degli infedeli che lì abitano. Nei primi due casi, il pontefice non avrebbe sicuramente potuto trasmettere tale facoltà, in quanto si tratterebbe di diritti istituiti esclusivamente in vista di interessi temporali.

Il terzo caso è diverso; dimostrato che al capo della Chiesa appartiene il dovere di inviare missionari verso le regioni degli infedeli, è facile giungere alla conclusione che, da un lato, i mezzi per assicurare tali missioni devono essere assicurati a chi ne sopporta il prezzo (da qui, il diritto di commercio esclusivo), e, dall'altro lato, lo stesso diritto di navigazione, "ancillare" al raggiungimento delle Indie, può essere concesso ad un soggetto particolare. Infine, aggiunge Freitas, i Portoghesi, col pretesto di commerciare, cercano altre occasioni per convertire gli infedeli e parlare loro della vera religione.

Quindi, in vista di fini eminentemente spirituali, il pontefice può concedere ai propri delegati, scelti da lui, i diritti di navigazione e commercio, e può, allo stesso modo, impedirli a coloro che teme possano impedire la conversione degli infedeli.

Freitas, verso la fine del Capitolo VII, puntualizza anche che, leggendo attentamente le Bolle (fin da quelle emesse a favore del Portogallo), si scopre che i vari pontefici non hanno mai concesso diritti di navigazione e commercio isolatamente, ma sempre in collegamento con un diritto di inviare missionari per convertire gli infedeli. La discussione, rispetto all'ordine con cui era stata affrontata da Grozio, appare rovesciata; se il giurista olandese l'aveva cominciata con il diritto di navigazione, da cui tutto discendeva,

Freitas comincia dai fini spirituali, per giungere in un secondo tempo ai mezzi temporali occorrenti per la loro realizzazione.

Egli conclude, quindi, che il re di Portogallo (e di Spagna) possa proibire il commercio con le altre popolazioni, per lo meno fino al momento in cui non decida di smettere di inviare egli stesso i missionari; a questo punto, appare ovvio, perderebbe ogni diritto ulteriore.

Dimostrato che il papa poteva (doveva) inviare missionari verso le regioni abitate da infedeli, il Capitolo VIII è destinato a mostrare perché sia stato giusto affidare tale incarico proprio ai Portoghesi. I motivi addotti dal giurista lusitano sono molteplici, ma spiccano la necessità di grandi flotte e risorse<sup>58</sup>, la priorità di scoperta del “cammino per le Indie”, lo zelo e la superiorità tecnica dimostrati nella navigazione, la necessità di limitare i contatti degli infedeli che si ribellino con le altre Potenze europee (le quali potrebbero favorirne la resistenza, commerciando armi)<sup>59</sup>.

Il fatto che Alessandro VI abbia suddiviso il mondo conosciuto con una Bolla pubblicata a Roma<sup>60</sup>, secondo l’opinione di molti studiosi, obbliga all’obbedienza tutto il mondo cristiano; inoltre, riporta Freitas, tutti quelli che hanno navigato nell’Oceano Indiano dopo l’occupazione dei Portoghesi si sono spontaneamente sottomessi alla regola di poter navigare solamente con un *cartaz*, una sorta di permesso scritto che assicurava un trattamento da alleati e amici.

Gli ultimi paragrafi del Capitolo VIII sono occupati dalla prova che Freitas ritiene decisiva, per quanto riguarda i diritti esclusivi di Spagna e Portogallo sulle nuove terre scoperte. Freitas ricorda come Grozio stesso convenga, nel *Mare Liberum*, che Alessandro VI abbia regolato le questioni fra Portoghesi e Spagnoli in qualità di arbitro; l’obbligazione di rispettare la divisione, quindi, per questi sovrani derivava direttamente dal vincolo dell’arbitrato reso e dalla forza del susseguente trattato di Tordesillas; appare, inoltre, ovvio che i trattati che obbligano fra loro i sovrani, obbligano anche i rispettivi sudditi<sup>61</sup>. Orbene, è necessario ricordare che a Fernando di Castiglia succedette Filippo I, cui succedette Carlo V, e a questi Filippo II, e tutti

58. Freitas ricorda che, in Cina e Giappone, ci furono già massacri di cattolici, istigati da nobili locali e dagli Olandesi stessi.

59. Si proporrebbe qui una sorta di “embargo commerciale” *ante litteram*.

60. Torna, qui, l’interpretazione che la Bolla *Inter Caetera* avrebbe suddiviso fra Spagna e Portogallo le terre e i mari non ancora scoperti.

61. Vide MIAJA: *Las ideas fundamentales del derecho de gentes*, cit., p. 189, secondo cui lo *ius gentium*, per Freitas, è un ordinamento normativo che obbliga principalmente i Sovrani, e solo in secondo luogo i sudditi.

osservarono le disposizioni dei trattati. Filippo I era conte delle Fiandre, di cui l'Olanda faceva parte ed egli trasmise quella contea ai propri discendenti; se, dunque, Filippo I era obbligato dalle disposizioni di quei trattati, conseguentemente ogni suo discendente lo divenne. E, dal momento che il Senato dell'Olanda si è autoproclamato successore dei diritti che la Corona di Castiglia godeva sulla stessa Olanda, esso deve conseguentemente osservare i doveri e le obbligazioni, inerenti a quel territorio, che sono sorti sotto il precedente governo<sup>62</sup>. Da questo ragionamento, che rivela un implicito rigetto per la teoria della *tabula rasa*<sup>63</sup>, Freitas deduce l'ingiustizia delle lamentele dell'anonimo olandese sui diritti difesi da Spagnoli e Portoghesi.

Bisogna notare che il ragionamento secondo cui le Bolle papali sono pertinenti all'esistenza o meno di diritti di Stati su determinate porzioni di terra o mare non deve apparire avulso dalla realtà e dalla mentalità contemporanea, se, per esempio, almeno fino a qualche anno fa, la Repubblica Argentina giustificava le proprie rivendicazioni sulle isole Falkland-Malvinas facendo riferimento (oltre che agli accordi bilaterali fra Spagna e Gran Bretagna) all'investitura pontificia e alla propria successione nei diritti della Corona di Castiglia<sup>64</sup>.

6. Lo studioso —storico o internazionalista— deve affrontare la questione stessa della cattura della caracca portoghese e chiedersi se la controversia internazionale che sorse a causa della sua cattura sia stata in qualche modo risolta all'epoca, e, se sì, in quale modo. A questo riguardo, sembra importante tenere a mente che le controversie internazionali, per la maggior parte della storia, sono state legittimamente risolte in modi tutt'altro che pacifici, e ciò è stato vero per lo meno fino alla metà di questo secolo; è, dunque, in questo senso che va ricercata una eventuale soluzione per il caso della *Santa Catarina*. Si è visto che, dopo la cattura della caracca portoghese, il Tribunale delle Prede di Amsterdam diede ragione all'ammiraglio Heemskerck, ciò che fu contestato, negli anni seguenti, dalla Corona di

62. Il ragionamento appare piuttosto debole a TRELLES (*Fray Serafin de Freitas y el problema de la libertad oceánica*, cit., p. 81), che fa notare come esso possa essere applicato solo nei confronti dell'Olanda e non per gli altri paesi interessati alla questione (*Inghilterra in primis*).

63. Vide AMZALAK: *Trois précurseurs*, cit., p. 78. Per le varie teorie sulla successione dei trattati, vide, fra gli altri, GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, cit., pp. 399 s.

64. Vide MARSICO, CONETTI: *L'evoluzione della controversia e il problema della sovranità*, in RONZITTI (a cura di), *La questione della Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, Milano, 1984, p. 8.

Castiglia, la quale non si limitò certo ad sfruttare argomenti giuridici. A questo riguardo, va anche ricordato che, se il *Mare Liberum* di Grozio (o, meglio, il *De Iure Praedae*, anche se quest'ultimo non fu reso pubblico nella sua interezza) fu scritto sostanzialmente per difendere le azioni della VOC con riguardo alla cattura dell'imbarcazione lusitana, nell'opera di Freitas, invece, si giustifica la reazione iberica in opposizione alle pretese olandesi, ben più ampie, di libertà di navigazione e commercio nelle Indie Orientali. Appare, quindi, possibile affermare che il *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico* non ha la pretesa di dire un'ultima parola sul caso specifico della *Santa Catarina*, quanto, piuttosto, di contribuire a riaffermare una dottrina, una (supposta) situazione di fatto: il *mare clausum*, appunto.

Quanto alla effettiva "vittoria" nella questione di cui si tratta, è evidente che, sia a breve che a lungo termine, le Provincie Unite risultano prevalere. A breve termine, in quanto la *Santa Catarina* fu considerata "buona presa", il suo carico venduto e i proventi distribuiti fra gli azionisti della compagnia commerciale olandese: le proteste dei pacifisti olandesi e della Corona castigliana non sortirono alcun effetto pratico. Lo stesso può essere affermato se si considera la questione nel lungo periodo; le Provincie Unite imposero una prima tregua alla Spagna nel 1609, la quale, dopo alterne vicende (nel 1648, alla fine della Guerra dei Trent'anni), fu costretta a riconoscere formalmente l'esistenza e l'indipendenza della Repubblica, oltre che il suo diritto di commerciare e navigare con le popolazioni che abitavano le Indie.

Una diatriba come questa sul mare (*liberum* o *clausum*), deve inoltre far riflettere, perlomeno in breve, su una questione che, grossolanamente, può essere riassunta dalla seguente domanda: rispetto alle concezioni contemporanee sul regime del mare, è possibile dire che abbia "vinto" la posizione di Grozio o che abbia prevalso Freitas? E in che senso può essere data la palma della vittoria ad uno piuttosto che all'altro dei due giuristi?

La questione è ben più complessa di come, a prima vista, potrebbe sembrare. Da un lato, infatti, la libertà dell'*alto mare* è stata considerata un principio cardine del regime marittimo per più di trecento anni, se pensiamo che, per gran parte della dottrina, le tesi che Grozio espresse nel suo *Mare Liberum* devono essere considerate alla base dello sviluppo del diritto internazionale degli oceani. Il giurista olandese parlò, come abbiamo visto, a favore di un mare "aperto e libero per tutti" in contrapposizione alle smodate pretese di dominio avanzate da alcuni Stati (Spagna e Portogallo *in primis*). Nonostante questo, però, negli ultimi decenni il principio di mare libero ha subito due tipi di limitazioni estremamente rilevanti.

E' vero, infatti, che, se si eccettuano un *mare territoriale* e una *zona contigua* di estensione limitata, fino a pochi decenni fa il principio generale che governava la maggior parte dell'estensione degli oceani era una sostanziale libertà di navigazione e di sfruttamento. D'altra parte, fin dagli anni '50 di questo Secolo una tendenza verso una *creeping jurisdiction* è stata proposta prima da minoranza di Stati e, in seguito, fatta propria dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare del 1982 (UNCLOS). Punto di approdo di questa tendenza è stata l'istituzione delle *Zona Economica Esclusiva*, che, nonostante non pregiudichi in modo essenziale la tradizionale libertà di navigazione, crea un nuovo regime che può estendersi<sup>65</sup> fino a 200 miglia marittime, entro cui lo Stato costiero gode di rilevanti diritti in materie di sfruttamento economico<sup>66</sup>. Senza entrare nel merito dei problemi posti dalla Zona Economica Esclusiva (come, ad esempio, quello della sua delimitazione o quello sulle cosiddette "attività residuali"), bisogna inoltre ricordare che la UNCLOS riprende e perfeziona la regolamentazione dello sfruttamento di altre risorse marine (o sottomarine) sulla *Piattaforma Continentale*, accettata a livello internazionale, per la prima volta, nel 1958<sup>67</sup> e nell'Area, la parte dei fondi marini al di là della giurisdizione statale<sup>68</sup>.

Inoltre, persino nell'*alto mare*, dove i principi di libertà di navigazione e libertà di sfruttamento vengono spesso, erroneamente, considerati assoluti, sono accettate alcune limitazioni (la repressione della pirateria, il diritto di inseguimento, il diritto di arrestare i responsabili di trasmissioni radiofoniche o televisive non autorizzate, il diritto di visita per accertare l'eventuale tratta

65. I diritti sulla Zona Economica Esclusiva, al contrario di quelli sulla Piattaforma Continentale, non sorgono *ipso iure*, ma da un atto esplicito dello Stato costiero.

66. Il risultato della dichiarazione di Zone Economiche Esclusive da parte di tutti gli Stati costieri del mondo sottrarrebbe almeno il 36% dello spazio oceanico dall'area dell'alto mare (ALEXANDER, HODGSON: *The Impact of the 200-Mile Economic Zone on the Law of the Sea*, in *San Diego Law Review*, 1975, p. 573).

67. Ma i diritti degli Stati sul mare non si limitano a queste pretese, ormai accettate dalla comunità internazionale; in tema di *creeping jurisdiction* è da evidenziarsi la tendenza (per ora isolata, del Cile) a proporre un nuovo concetto di *mar presencial*, che sostanzialmente dovrebbe trattarsi di una parte di alto mare adiacente alla Zona Economica Esclusiva dove lo Stato costiero (*rectius*, il Cile), senza escludere le attività legittime di altri Paesi, pretende di "essere presente" con una relazione sulla pesca e programmi di controllo ambientale. A questo proposito, *vide*, fra gli altri, SCOVAZZI: *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 1994, pp. 40-41.

68. A questo proposito, è stato suggerito che l'originario doppio regime di sfruttamento dei fondi marini - uno 'pubblico' da parte dell'Autorità e uno 'privato' da parte degli Stati e di persone giuridiche - poi modificato dall'*Agreement relating to the Implementation of Part XI of the Convention* del 28 luglio 1994, fosse paragonabile alla *summa divisio* fra Spagna e Portogallo operata con la Bolla di Alessandro VI e con il Trattato di Tordesillas. *Vide* RIPHAGEN: *cit.*, p. 428-29.

di schiavi); per quanto riguarda la pesca, essa deve essere esercitata ragionevolmente, in modo da permettere agli altri Paesi di sfruttare anch'essi le risorse ittiche. A questo proposito, parte della dottrina contemporanea ritiene sia improprio (anzi "assurdo") che la Convenzione di Montego Bay continui a denominare *alto mare* gli spazi marittimi situati oltre la zona economica esclusiva, in quanto tale denominazione veniva utilizzata quando era impensabile un controllo penetrante degli Stati nelle attività marittime fino alle 200 miglia dalla costa o persino oltre; si proporrebbe, di conseguenza, l'espressione *mare internazionale*<sup>69</sup>.

Infine è necessario sottolineare che, se la maggiore estensione di giurisdizione da parte degli Stati sul mare non muta, di per sé, il regime di libertà del mare nella sua essenza, limitandosi ad "erodere" alcune porzioni di alto mare a favore degli Stati costieri, un recentissimo sviluppo del diritto internazionale pattizio, invece, potrebbe essere considerato una svolta *sostanziale* del regime degli oceani; si tratta dell' *Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982, relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, adottato il 4 agosto 1995 alla sesta sessione della "UN Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks"<sup>70</sup>. Tale accordo, innovativo sotto molti punti di vista rispetto al tradizionale regime del mare, viene addirittura considerato rivoluzionario soprattutto in riferimento all' articolo 8, intitolato "Cooperazione per la conservazione e la gestione".

Il terzo paragrafo di questo articolo si occupa di chiarire che l'obbligo di cooperazione per la conservazione e la gestione delle specie transzonali e altamente migratorie deve essere inteso da parte degli Stati come un obbligo a divenire membri di organizzazioni regionali già esistenti e competenti in materia o, ove tali enti non siano ancora sorti, come un obbligo di cooperazione al fine di istituirli e renderli operativi con la partecipazione degli Stati stessi<sup>71</sup>! Questa è, senza alcun dubbio, una radicale limitazione delle libertà

69. Vide CONFORTI, cit., p. 260; nonostante ciò, il fatto che la UNCLOS continui a parlare di "high seas" induce a negare l'opportunità di un mutamento di denominazione.

70. Per un interessante commento dell'accordo, vide JAYE ELLIS: *The Straddling Stocks Agreement and the Precautionary Principle as Interpretive Device and Rule of Law*, in *Ocean Development and International Law*, vol. 32, 2001, p. 289.

71. Vide art. 8(3): "Where a subregional or regional fisheries management organization or arrangement has the competence to establish conservation and management measures for particular straddling fish stocks or highly migratory fish stocks, States fishing for the stocks on the high seas and relevant coastal States shall give effect to

dell'alto mare; nei confronti di Stati che non intendano entrare a far parte di organizzazioni o accordi per la gestione delle specie in questione si configurerebbe un divieto di pesca relativo a determinate specie, ed è stato notato che tali limiti indicano una deviazione significativa rispetto al diritto internazionale del mare come espresso nel diritto consuetudinario e nella UNCLOS; non solo, a questo punto, l'estensione dell'alto mare va vieppiù restringendosi, ma persino dove esso sussiste, la libertà degli Stati di sfruttare le risorse ittiche è fortemente limitata da un obbligo *de contrahendo*<sup>72</sup>. E' pur vero che, sulla base del diritto dei trattati e in virtù del principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, in teoria questa disposizione non può applicarsi agli Stati che non ratifichino l'Accordo<sup>73</sup>, ma essa rimane perlomeno un evidente tentativo di sviluppo progressivo del diritto nell'area dello sfruttamento delle risorse marine.

Quanto detto fa ritenere come sia difficile sostenere che la libertà di navigazione e di sfruttamento delle risorse marine abbiano in assoluto prevalso a discapito della sovranità dei singoli Paesi sul mare; invero, sarebbe più corretto affermare che la battaglia per un equo temperamento degli opposti interessi sul mare e sulle sue risorse continua tuttora e vede i Paesi interessati schierati su posizioni differenti, oggi come nel Secolo XVII; agli Stati che hanno una lunga tradizione di navigazione e grandi capacità economiche se ne oppongono altri, il numero degli appartenenti alle due categorie varia continuamente e si formano alleanze nuove e inedite.

Certamente, non è più sostenibile una posizione fortemente monopolista quale quella fatta valere da Spagna e Portogallo per bocca di Freitas; d'altro lato, la passione del giovane Grozio non ha convinto gli Stati della necessità

their duty to cooperate by becoming members of such organization or participants in such arrangement, or by agreeing to apply the conservation and management measures established by such organization or arrangement" e art. 8(5): "Where there is no subregional or regional fisheries management organization [...] States [...] shall cooperate to establish such an organization or enter into other appropriate arrangements to ensure conservation and management of such stocks and shall participate in the work of the organization or arrangement." (Corsivo aggiunto). Il testo completo dell'accordo può essere trovato in *International Legal Materials* (Numero 1 del gennaio 1995), pp. 1542 ss.

72. Vide TAHINDRO: *Conservation of Transboundary Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, in *Ocean Development and International Law*, 1997, pp 1 s.

73. Così, fra gli altri, Günther HANDL: *Regional Arrangements and Third State Vessels: Is the Pacta Tertiis Principle Being Modified?*, in *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection*, 1997, p. 217; Erik FRANCKX: *Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2000, p. 49 s..

di lasciare assolutamente liberi navigazione, commercio e sfruttamento delle risorse degli oceani. E' stato notato come la libertà del mare, come concetto assoluto, sia morta; al suo posto, le ultime conferenze internazionali ricercano invece un approccio globale al problema dell'attuazione del "patrimonio comune dell'umanità" e della distribuzione delle sue risorse<sup>74</sup>.

74. ANAND: *Origin and Development of the Law of the Sea*, cit., p. 240. La questione dell'erosione sostanziale dell'alto mare e di un ritorno al principio del *Mare Clausum*, in realtà, era stata posta già da tempo; vide, ad es., FRIEDMAN: *Selden Redivivus - towards a Partition of the Seas?*, in *American Journal of International Law*, 1971-II, p. 763 e MUSKIE: *Address to the Law of the Sea Institute*, in GAMBLE, PONTECORVO: *Law of the Sea: The Emerging Regime of the Oceans* (Proceedings of the Law of the Sea Institute 8<sup>th</sup> Annual Conference), Cambridge (Mass.), 1974, pp. 358-9.