

Roberta Braccia - Alberto Carrera - Aldo A. Cassi - Elisabetta Fusar Poli
Andrea Marchisello - Giovanni Rossi - Alberto Sciumè - Elio Tavilla

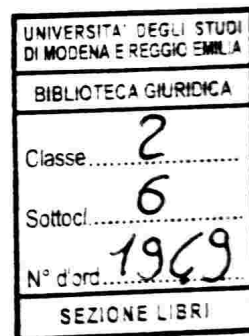


IL DIRITTO COME FORZA LA FORZA DEL DIRITTO

Le fonti in azione nel diritto europeo
tra medioevo ed età contemporanea

a cura di

Alberto Sciumè



G. Giappichelli Editore – Torino

ALDO ANDREA CASSI

DIRITTO E GUERRA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA EUROPEA TRA MEDIOEVO ED ETÀ CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le radici cristiane del dilemma. – 3. La formalizzazione *sub specie juris* della 'guerra giusta'. – 4. La 'sistematizzazione' della Scolastica. – 5. L'età moderna: da Erasmo alla Scuola di Salamanca. – 6. «*Silete theologi in munere alieno*»: il giusnaturalismo 'laico'. – 7. L'utopia illuminista per una 'pace perpetua'. – 8. Verso la 'criminalizzazione' della guerra.

1. Introduzione

La dialettica tra l'esperienza bellica (azimut dell'uso della 'forza') e la configurazione giuridica che di tale esperienza la *scientia iuris* europea cercò di offrire (il tentativo di allocare quella *forza* nell'alveo del *diritto*) si sviluppa lungo l'intero arco della civiltà occidentale (rappresentandone forse una peculiarità), dalle sue origini altomedievali al secolo dei Lumi ed oltre, attraverso percorsi assai differenti e talora confliggenti, pur intessuti nel medesimo ordito etico-giuridico.

L'estensione della diatriba *de iusto bello* non è solo cronologica ma anche geografica, assumendo, potremmo dire (accettando un termine del quale si fa spesso uso e talora abuso), una portata 'globale', che trovò il primo campo di applicazione extraeuropeo all'indomani della scoperta del Nuovo Mondo (mentre il laboratorio ove essa si svolgeva restava soprattutto europeo).

La questione *de bello* impegnò la civiltà europea fin dai suoi albori medievali (se è vero che S. Agostino rappresenta una delle sorgenti di quella civiltà, in lui si suole vedere, a torto o a ragione, il primo teorizzatore della 'dottrina della guerra giusta'), coinvolgendo energie intellettuali straordinarie, profuse da quelli che ai nostri giorni definiremmo di volta in volta filosofi, teologi, giuristi, mistici, scienziati, eruditi, ecc., ma che nell'età me-

dievale spesso incarnavano un unico tipo di 'intellettuale'. Soprattutto, *ratione materiae*, teologi (per tutti S. Tommaso) e giuristi (in entrambi i versanti dell'*utrumque ius*) si profusero nell'immane sforzo di 'problematicizzare' la questione *de bello* e di sistematizzarne le soluzioni, fino a far confluire le due prospettive nella riflessione altamente speculativa dei 'teologi-giuristi' della *Escuela* di Salamanca.

Tuttavia, la teorizzazione *sub specie iuris* del fenomeno bellico non rappresentò soltanto un'esperienza eminentemente speculativa, ma costituì anche un elemento fondamentale nella ricalibratura dell'assetto giusinternazionale europeo, se non anche – come propone parte della storiografia – il collante nell'edificazione del nascente Stato moderno, a cominciare proprio dalla Spagna a cavaliere tra XVI e XVII secolo, nella fucina intellettuale di Salamanca. Questo periodo vede consolidarsi l'assetto politico-diplomatico *inter nationes* e l'assurgere del diritto, appunto, inter-nazionale, ad un inedito rango scientifico. A partire dal XVI secolo, nelle università tedesche fa capolino una nuova materia autonoma di insegnamento, lo *ius inter gentium*, e nel secolo successivo la materia conosce un effervescente discussione nelle facoltà giuridiche europee. Tale dibattito, foriero di fondamentali rielaborazioni dell'assetto giusinternazionalista europeo (tutt'ora discussa in storiografia l'originalità o meno *in argumento* di Grozio), costituì la cinghia di trasmissione di un dibattito articolato e vivace (talora pugnace; pensiamo al '*silete theologi in munere alieno*' di Gentili o alla successiva 'libresca guerra dei mari' sul tema della libertà di navigazione), consegnando all'età contemporanea, attraverso la reinterpretazione tardogiusnaturalistica e preilluministica di Vattel, oramai tutta incentrata sullo Stato, una vera e propria 'dottrina della guerra giusta'.

Ripercorrere (pur nei limiti di una prospettiva sintetica) alcuni degli snodi concettuali dell'evoluzione di tale dottrina, tra i quali il passaggio da una concezione 'razionalistica' (la guerra può essere giusta per una sola delle parti belligeranti) ad una 'formalistica' (la guerra è giusta se indetta *iuste*, cioè proclamata secondo determinati criteri formali: la *guerre en forme*) e focalizzare altrettanti nodi storiografici che si sono stretti sull'argomento, offrirà allo studente l'occasione di tratteggiare una mappatura per un primo orientamento, anche metodologico, in un campo vasto e complesso della storia europea e in uno dei punti focali dell'antropologia (non solo) giuridica.

Nelle pagine che seguono, infatti, si assumerà la guerra intesa come fenomeno intrinseco alla cultura umana, inscritto nella sua antropologia; la guerra ha da sempre accompagnato l'uomo, e v'è da pensare che, purtroppo, continuerà a farlo, perché essa fa parte della sua Storia. Prospettive e discipline assai lontane ne hanno da tempo contezza: dalla filosofia (è cele-

bre un aforisma del primo filosofo della storia dell'Occidente, Eraclito, secondo il quale «la guerra è madre di tutte le cose e di tutte è re, e gli uni palese dei, gli altri uomini, e gli uni fa schiavi, gli altri liberi») alla psicoanalisi (la pulsione di morte venne indicata da Freud come il meccanismo principale della guerra e successivamente studiata da Fromm e da Fornari); dalla politica (Engels considerava la guerra «antica quanto la coesistenza degli uomini») all'etologia, e via scorrendo. Non ci si è nascosto, insomma, che la guerra è stata endemica in tutte le forme di società umana, dai primitivi gruppi di cacciatori-raccoglitori agli Stati industriali.

Da qui scaturisce – credo – la non irragionevole convinzione che le diverse forme della guerra ('giusta', 'santa', 'civile', 'criminale', 'umanitaria') storicamente succedutesi, e storiograficamente qualificate, costituiscano concetti afferenti a valori che devono essere storicamente ricomposti e compresi, prima ancora che sezionati in *abstracto* e giudicati sul metro di ideali (o ideologie) contemporanei (cioè storicamente condizionati) assunti a norma *absoluta*; parametri che non sono dogmi metastorici (quanto meno non lo sono per lo storico ...), non sono dati, pre-supposti, una volta per tutte. Ai nostri giorni la pace è un valore quasi sempre considerato strumentale per la fruizione di altri beni della vita, in primo luogo il benessere esistenziale; ma quando essa entra in collisione con beni e valori diversi che, in un determinato frangente storico, sono considerati più importanti del benessere o della vita stessa, come per esempio la libertà o la giustizia, senza le quali si ritiene che non vi sia autentica vita (secondo Platone «il più grande dei mali è l'ingiustizia ... e male ancora più grande ... è che chi ha commesso ingiustizia non sconti la pena»), allora la pace si prospetta come dis-valore («morire per Danzica», o per Sarajevo).

La guerra umanitaria, come la guerra 'santa', 'civile', 'en forme', sono fenomeni storici, la cui morfologia e metamorfosi vanno storicamente comprese; la 'guerra umanitaria', nel nome e nell'effettività, è l'irruzione sulla scena della Storia di una guerra con valori, o dis-valori specifici, che dobbiamo comprendere, non rimuovere. E non possiamo che farlo in una prospettiva storica.

2. Le radici cristiane del dilemma

L'incontro/scontro della cultura romana con il cristianesimo, che rappresentò una delle scintille della civiltà occidentale, avviò un profondo e travagliato processo di indagine etico-giuridica sull'uso della forza bellica e sulla sua disciplina *de jure*.

La questione del carattere 'giusto' della guerra e della sua legittimità si

compenetrava con il dilemma sulla sua moralità, ovvero sull'ammissibilità del combattere alla luce della dottrina cristiana. Fu un dilemma che spaccò l'intelligenza cristiana in due blocchi, e la faglia percorse lunghi secoli di dia-tribe. Già agli albori di una 'cultura cristiana' troviamo due poli ben distinti.

TERTULLIANO (160?-220), grande teologo e padre della Chiesa ma anche fine giurista che esercitò l'avvocatura nell'Urbe, impersonifica bene il primo tentativo di conciliazione tra il diritto romano e la morale cristiana. Egli può essere considerato a ragione il caposcuola dell'obiezione di coscienza: il discepolo di Cristo non può mai negare il Vangelo, nemmeno in caso di stato di necessità o di legittima difesa; pace, dunque, a costo del martirio. La guerra è sempre immorale, soprattutto (un accenno interessante, che riaffiorerà nel corso dei secoli) quella contro i barbari. Tertulliano, in effetti, esprime una spiccata sensibilità non solo per l'irriducibilità della scelta individuale, ma anche per le relazioni *inter-gentes*, circa le quali sembra vagheggiare ad una '*communitas*' ecumenica cementata dalla presenza di cristiani tra i popoli barbari (idea anche questa destinata a riaffiorare nel corso della storia).

Il rifiuto delle armi propugnato da Tertulliano viene recepito dalla Chiesa: nel III secolo troviamo l'obbligo per i catecumeni di formulare una dichiarazione di obiezione di coscienza contro l'uso della violenza militare e civile. La Chiesa delle origini era schierata; l'incompatibilità tra l'ordinamento giuridico statale e quello ecclesiastico appariva assoluta. Ma anche un laico come Lattanzio (?240-320) non ammetteva alcuna giustificazione alla violenza (Cfr. LATTANZIO, *Divinae Institutiones*, VI, 20, §§ 10-17).

Soltanto con il decreto del 416 di Teodosio II, i cristiani poterono entrare nell'esercito romano. Dal 250 al 416 si consuma in effetti il progressivo incontro di Chiesa e Impero, giocato anche sul terreno della comune lotta contro i barbari-infedeli.

Fu in occasione di uno di questi scontri (il sacco di Roma del 410 ad opera dei vandali di Alarico) che S. AGOSTINO (354-430) compose il *De Civitate Dei* (413-426), uno dei più profondi testi della cultura occidentale. Agostino respinge l'apertura di Tertulliano all'obiezione di coscienza, e ribadisce l'obbligo per i soldati di eseguire l'ordine impartito dal *princeps*, anche quando questi indica un *bellum iniustum*, del quale non potranno essere ritenuti responsabili.

S. Agostino individua tre requisiti della guerra lecita (che costituiranno il paradigma declinato dagli autori successivi) alla quale il seguace di Cristo può, ed anzi deve, prendere parte. La guerra deve essere dichiarata dall'autorità legittimamente costituita; deve costituire l'unico mezzo rimasto per rispondere ad una *iniuria* e per ripristinare la pace perduta; deve infine restare immune da maligni sentimenti.

Tuttavia, sarebbe un errore ricercare nel pensiero di Agostino una codificazione definitiva della 'guerra giusta'. Quella del *De Civitate* è anche una dottrina della pace, ove si afferma che è motivo di gloria più grande uccidere le guerre stesse con la parola che non uccidere gli uomini con la spada, e conquistare e conservare la pace con la pace e non con la guerra. Quando ciò non sia possibile, la pace deve essere comunque il fine auspicabile della guerra (*«Unde pacem constat belli esse optabilem finem»*; *De civitate*, XIX, 12, 1); pace che, ciò nonostante, S. Agostino qualifica realisticamente come '*incertum bonum*'.

La riflessione *de bello* condotta da S. Agostino risulta in effetti tutt'altro che sistematica; essa è tracciata lungo itinerari che si sviluppano attraverso interruzioni, dubbi, ripensamenti, contrasti (come, del resto, tutto il pensiero del grande Padre della Chiesa, che non si fa ridurre ad un 'sistema chiuso').

Agostino, insomma, non aveva chiuso la questione. L'aveva, anzi, aperta. E la questione continuò a dividere le coscienze medievali. S. Bernardo di Chiaravalle nella sua celebre *Lode dei nuovi soldati* del 1128, considera la morte inflitta al pagano in guerra una gloria per il cristiano. Sembra risuonare in controcanto, viceversa, il noto episodio che vide S. Francesco d'Assisi presentarsi disarmato a Damietta per incontrare il Sultano; queste circostanze, che coinvolgono il cuore della *Christianitas*, i suoi *optimi*, futuri Santi, denunciano una sofferta oscillazione all'interno della stessa Chiesa, e ne riflettono l'incertezza normativa. Se, infatti, il Concilio di Charrou del 989 propugnò un progetto di pace o tregua di Dio con un vero e proprio piano di disarmo controllato, e meno di un secolo dopo, il Concilio di Clermont del 1095 proclamò la pace tra i '*populi christiani*', lo stesso Urbano II, al termine del consesso, nel novembre del 1096 propugnò la 'crociata' per liberare i luoghi santi dalla «maledetta razza degli inferiori». Ed un altro concilio, quello Lateranense del 1139, scomunicò gli arcieri e i balestrieri che utilizzavano le rispettive armi nelle guerre *inter christianos* (con obliqua legittimazione del ben più cruento corpo a corpo ...).

Assistiamo quindi ad una crescente divaricazione del pensiero cristiano sulla questione *de bello*, che ha come elemento discriminante la fede professata dagli *hostes*, a seconda che essi siano cristiani o infedeli. Si scava, quasi impercettibilmente, una faglia, una fenditura, che diverrà un baratro, tra pacifismo intracristiano e guerra (santa e giusta) all'infedele, ribaltando lo spunto ecumenico di Tertulliano.

La progressiva santificazione della guerra *contra inimicos fidei*, innescata anche per reazione dalla valenza sacrale, e premiale, del *Jihad* islamico (già ben consolidato all'epoca), comportava l'attribuzione ai crociati di uno specifico *status*, consacrato dal Concilio Lateranense IV, che prevedeva in ultima istanza la promessa del Paradiso.

Questa prima sistematizzazione della guerra non assopì la diatriba sulla sua giustizia; il *bellum iustum* viene reso oggetto di esegesi, *distinguo* e disquisizioni, condotte sulle fonti romanistiche oltre che sui precetti scritturali, sottili e audaci come solo i *doctores in utroque iure* delle Università italiane sapevano imbastire attraverso il loro raffinato e caparbio tecnicismo.

3. La formalizzazione sub specie juris della 'guerra giusta'

La cristallizzazione giuridica dello *bellum iustum* inizia infatti con il 'rinascimento giuridico' del XII secolo.

Fu in particolare la canonistica ad offrire i primi contributi per una dottrina *sub specie juris* della guerra, e non poteva essere altrimenti, collocandosi la materia nell'alveo della teologia, per quanto non va dimenticato che, nonostante possano riscontrarsi differenze, talora marcate, tra 'civiltistica' e 'canonistica' nella terminologia (la locuzione *bellum iustum* è dimitrice canonista, mentre di *bellum licitum* preferisce parlare la civilistica), nell'impostazione sistematica (la diversità semantica ne costituisce, in parte, uno degli effetti) e nell'approccio ideologico, nella dottrina giuridica medievale sulla guerra va segnalata una contiguità ed una contaminazione delle *auctoritates* di canonisti e di civilisti, in piena sintonia del resto con il sistema di diritto comune fondato sull'*utrumque jus*. Al termine di differenti percorsi, che attraversavano i medesimi snodi concettuali, e pur ricorrendo ad una diversa mappatura del terreno giuridico, entrambe le compagini si schieravano su medesime (o quanto meno ravvicinate) posizioni circa i requisiti e gli effetti giuridici dello *bellum iustum*.

Il *Decretum* di GRAZIANO (1140-1142), primo nucleo del *Corpus iuris canonici*, costituisce una chiave di volta per la teoria della guerra giusta; anche circa tale questione, infatti, il monaco camaldolese si sforzò di raggiungere una *Concordia discordantium canonum*.

Alla *quaestio* «*an militare peccatum sit*» (causa XXIII, *quaestio* I) egli risponde negativamente, e nel precisare «*quid sit bellum iustum*» ne focalizza i requisiti fondamentali: la guerra deve essere ordinata dal legittimo principe; non deve coinvolgere i chierici; deve essere motivata da legittima difesa o recupero dei beni spogliati; deve infine escludere ogni violenza incontrollata ed essere «*bellum pacatum ex animo*». La configurazione graziana del requisito della *recta intentio* apre dunque un'indagine soggettivistica, tutta canonista (non piacerà a Bartolo), la quale troverà un vertice nel teologo e giurista salamantino Vitoria. Coerentemente ai due assunti relativi all'autorità legittima ed alla *recta intentio*, Graziano imputa ai sudditi «*qui sunt obligati ei principi qui bellum gerit*» non solo la liceità, ma

l'obbligatorietà del combattere, anche qualora la guerra sia *iniusta*, della quale il solo responsabile è il *princeps*. La *recta intentio* sembra, dunque, coincidere con la consapevolezza di ubbidire all'ordine dell'*auctoritas legitima*.

Tra i canonisti spicca l'*opinio* di ENRICO DA SUSA (?1200-1271), scelto da Dante come simbolo del diritto canonico (Par. XII, v. 82). Il Cardinal Ostiense dedica importanti pagine allo *jus ad bellum* sia nella celeberrima *Summa* delle *decretales* gregoriane, destinata a diventare, con il nome di '*Summa Aurea*', l'imprescindibile prontuario di ogni canonista, sia nella *Lectura* del medesimo *Liber Extra* di Gregorio IX. Egli conferma, in linea di principio, la peccaminosità della guerra, qualificandola come frutto di dannazione («*generaliter bellum iniustum est et damnatum*»), formulando tuttavia diverse ipotesi di liceità, sulla falsariga delle *auctoritates* e della tradizione patristica. In particolare, meritano attenzione due punti della riflessione dell'Ostiense, concernenti, l'uno, la presunzione sull'*iniustus hostis* e, l'altro, l'*auctoritas legitima*.

L'Ostiense, infatti, consacra in guisa di principio giuridico il corollario logicamente discendente dalla premessa relativa alla *iusta causa*: se essa sussiste per una delle parti («*is qui gladio utitur iuste*»), allora l'altra sarà un nemico *iniustus* («*per consequens is qui defendit se, temerarie se defendit*»). Principio che, resistendo ad alcune incrinature tardomedievali, verrà definitivamente superato – come vedremo – soltanto con il giusnaturalismo moderno di Alberico Gentili.

D'altro canto, il requisito dell'*auctoritas legitima*, che Enrico da Susa fa risalire direttamente alla *lex iulia maiestatis*, riceve dal canonista un'attenta elaborazione, destinata a costituire il punto di riferimento del dibattito in età moderna. In questa prospettiva, il *bellum iustum* viene riconnesso al *bellum romanum*, inteso ora come quello mosso *contra inimicos fidei* dal *populus christianus*, compiuta e perfetta trasfigurazione del *populus romanus*.

La riflessione circa il *bellum iustum* si dipana infatti sul tessuto dell'intensa e dibattuta questione medievale relativa alla sovranità, sulla quale si esercitarono i migliori giuristi. Il requisito della *legittima auctoritas* quale unico soggetto deputato alla dichiarazione di 'giusta guerra' esclude che come tale possa essere qualificata la guerra civile, ove entrambi i contendenti si autopercepiscono come *cives* di una medesima *natio*, facenti capo all'unica *vera legitima auctoritas*; la condizione in parola escludeva pertanto la legittimazione delle guerre interne al Sacro Romano Impero ed escludeva le guerre civili teorizzate nel XVIII secolo dai monarcomachi.

La questione impegnava i civilisti: dall'assunto, tratto da un passo di Ermogeniano, in base al quale la guerra assume valenza giuridica in virtù dello *ius gentium* («*ex hoc iure gentium introducta bella*»; Digestum, 1, 1,

ni, in contrapposizione a quella di gladio materiale, che sta ad indicare la reazione del principe nei confronti dei perturbatori interni), ritornandovi con alcuni cenni nelle *quaestiones* 42 e 108. La 'questio 40' costituirà per almeno tre secoli il terreno di confronto per coloro che affrontarono l'argomento *de iusto bello*. S. Tommaso codifica definitivamente le condizioni già richieste dalla patristica (in particolare da S. Agostino), riaffermando *in primis* il requisito dell'autorità legittimamente costituita: «*ad bellum iustum requiritur. primo, Auctoritas principis, cuius mandatum bellum est gerendum*».

Il secondo requisito è rappresentato dalla giusta causa, che costituirà la categoria entro la quale confluiranno, nel corso dei secoli e delle pagine in argomento, ipotesi di diversa matrice (religiosa, politica, economica). Tale interpretazione polivalente dell'*auctoritas* dell'Aquinate fu facilitata dalla indeterminazione del suo dettato, che si limita a richiamare la necessità di punire l'offesa ricevuta, connotata ancora sotto il profilo religioso come peccato: «*poena non infligitur enim nisi peccato*». S. Tommaso richiede, infine, il requisito della *recta intentio*, accentuando l'indagine psicologica: desiderare la vendetta fine a se stessa ed il male di chi va punito, pur legittimamente, è illecito; lodevole, al contrario, è imporre una riparazione per correggere i vizi e per conservare il bene della giustizia.

In S. Tommaso riscontriamo solo un accenno alla distinzione tra guerra difensiva e guerra offensiva, contenuta nella *quaestio* 108; essa non era del resto cruciale. La dicotomia si poneva piuttosto tra guerre *inter christianos* e guerre tra cristiani e nemici della fede (musulmani ed ebrei); le crociate erano sante e giuste *in re ipsa*.

La distinzione tra guerra di offesa e guerra di difesa è introdotta nella *Summula de peccatis* di Tommaso de Vio detto GAETANO (1496-1535), autorevole commentatore di S. Tommaso, la cui opera, non scevra di diversi aspetti innovativi, costituisce uno dei principali canali di diffusione della morale tomista. La dialettica tra guerra di difesa e guerra di offesa non è l'unico punto sul quale il Gaetano si distingue nella coeva riflessione *de jure belli*. Egli, infatti, è tra i primi ad attribuire uno statuto giuridico ai non cristiani che permetta loro di avere il *dominium* sulle loro terre e non esserne privati a cagione della loro infedeltà, individuando così quello che sarà il tema centrale della speculazione di Vitoria (il *dominium*) ed il principio (illegittimità di una guerra di espropriazione) che il teologo di Salamanca farà proprio (oscurando nella storiografia coeva, ed odierna, la paternità del Gaetano).

Si trattava della prima confutazione *sub specie juris* di uno dei titoli più accreditati per la giustificazione della 'guerra en las Indias' e della *Conquista* del Nuovo Mondo. Sviluppando alcuni punti chiave della diatriba (legittimità della guerra difensiva; legittimità del *dominium* degli *infideles* sulle terre da essi abitate; illegittimità di una guerra offensiva degli spagnoli

per motivi religiosi), sembra darsi una conclusione 'forte', che il Gaetano si guarda bene dall'esplicitare, ma che discende *per tabulas*: il vero *bellum iustum* è quello con il quale gli indios si difendono dall'ingiustificata, e pertanto *iniusta*, aggressione spagnola.

Un ulteriore aspetto del giurista di Gaeta merita attenzione. Egli, ribadito che sulla legittimità della guerra difensiva *nulla quaestio*, riconosce come 'giusta' la guerra intrapresa per punire una grave ingiuria perpetrata a danno di un popolo *extraneus*. Tale titolo gioca un ruolo di primo piano nella coeva diatriba circa la legittimazione della *Conquista*, qualificata da molti *doctores* e *letrados* come guerra punitiva per i crimini *contra naturam* commessi da indios caribes o incas nei confronti di altre popolazioni pacifiche (una guerra 'umanitaria', diremmo oggi), ed il Gaetano fu appunto una della *auctoritates* cui si fece ricorso con maggior frequenza.

5. L'età moderna: da Erasmo alla Scuola di Salamanca

L'impianto dottrinale costruito dai medievali sarà destinato a resistere a lungo, pur subendo alcune metamorfosi; durante l'età moderna, in particolare, la forma della 'guerra giusta' viene plasmata dall'*utilitas oeconomica*.

Si pensi, in effetti, alla famosa *Utopia* di TOMMASO MORO (1478-1535), pubblicata nel 1516, nella quale il filosofo giurista londinese immagina che il governo dell'isola di Utopia, a causa della sovrappopolazione, invii propri abitanti a colonizzare nuove terre, che si rivelano non fertili, ma che essi, in virtù della loro conoscenza e capacità tecnica, sanno coltivare e sfruttare. Ebbene, secondo Moro, i nativi che si rifiutano di lavorare in base alla tecnica dei coloni e di obbedire alle loro leggi, vengono legittimamente esiliati, e le loro terre sono confiscate; e se oppongono resistenza, commettono una *iusta causa* di guerra, perché impediscono ad altri uomini più civilizzati lo sfruttamento delle risorse naturali. La scienza e la tecnica europee si intrecciano nella configurazione di un'etica naturale e di un diritto internazionale.

A distanza di un anno, nell'opera intitolata *Querela pacis*, il grande umanista ERASMO DA ROTTERDAM (1496-1536) definisce la guerra 'il grande macello', ed il suo celeberrimo '*dulce bellum inespertis*' è chiosa ad ogni ragionamento *de bello*. (Ragionamento che tuttavia contiene ancora l'ammissione della minor gravità della guerra condotta contro i Turchi, ponendosi nel solco dei canonisti medievali). In Erasmo, figlio del suo tempo, attento spettatore delle lotte tra i nascenti grandi Stati moderni europei, due dubbi, due tarli cominciano ad erodere l'edificio della dottrina medievale del *bellum iustum*.

Il primo coinvolge lo stesso requisito dell'autorità legittima: nella *Quaestio pacis* del 1517 Erasmo denuncia la circostanza che molti principi cristiani «ben sapendo che il loro potere si sfascia se il popolo è concorde e si rafforza se è diviso, con sottigliezza tirannica istigano gente che susciti a bella posta la guerra, col duplice scopo di seminare discordia e di tagliare più liberamente gli sventurati sudditi».

Il secondo dubbio sovverte radicalmente il principio fissato dal cardinal Ostiense: chi non sarà convinto della giustizia della propria causa? La domanda retorica conteneva una forte carica scettica e relativista (che sembra prefigurare alcuni tratti di Montaigne o di Charron), e tale fu il rimprovero mossogli da Lutero, che proprio in quel medesimo anno affiggeva le 95 tesi sulla porta della cattedrale di Wittenberg dando origine al scisma protestante.

MARTIN LUTERO (1483-1546), infatti, si espresse a favore della giustificazione della guerra nei due libelli *Sull'autorità secolare* del 1523 (salvo schierarsi avverso le crociate cattoliche contro i Turchi) e *Contro le empie scellerate bande dei contadini* del 1525, con il quale esortava i principi a soffocare nel sangue le rivolte dei contadini.

La Riforma protestante provocò la Controriforma, che seppe mobilitare straordinarie energie intellettuali e reimpostare un poderoso 'sistema culturale' ancora fondato sulla tradizione aristotelico-tomista, ma innervato di nuova linfa.

Il secolo XVI vide il fiorire della Scuola di Salamanca, nelle cui aule si formulò con rinnovata gravità la domanda sulla legittimità della guerra dei conquistadores, e si proposero risposte che coniugarono spesso rigore sistematico, profonda tensione morale e raffinata argomentazione giuridica. È l'epoca dei grandi 'teologi-giuristi', che seppero imprimere alla dottrina *de iusto bello* uno spessore teoretico ed una tensione morale che non saranno eguagliati.

La figura di FRANCISCO DE VITORIA (1485-1546), fondatore della Scuola di Salamanca, ha impegnato un'imponente letteratura, e tuttavia sul suo contributo alla dottrina della guerra giusta, fondativo del moderno *jus gentium*, restano ancora alcuni punti da chiarire. Del resto, egli sviluppò le proprie argomentazioni *de jure belli* con mille cautele e *distinguo*, che (a fronte di una vera e propria *vulgata* storiografica che ne fa *de plano* l'inventore del diritto internazionale, l'ideatore dell'Onu, il precursore dei diritti umani, ecc.) rendono tutt'ora difficoltosa una ricostruzione unitaria e coerente della sua posizione. Ne sono derivati alcuni fraintendimenti ed una lettura distorta, dimentica di un avvertimento che lo stesso Vitoria aveva *expressis verbis* indirizzato al suo lettore, ovvero che le pagine *de bello* non intendevano costituire *ex professo* una sistematica trattazione sulla

guerra e sulla giustizia della Conquista, e che esse non volevano farsi carico dei molti dubbi nutriti dal teologo.

In Vitoria la distinzione tra guerra difensiva e guerra offensiva risulta ormai netta; *nulla quaestio* sulla liceità della prima; la guerra offensiva è legittima in presenza di tre requisiti, sul ricalco di quelli aristotelici; deve essere dichiarata dall'autorità legittimamente preposta al governo dello Stato; deve ricorrere una *iusta causa* di guerra, che egli identifica con l'ingiuria ricevuta e, infine, il principe deve agire con *recta intentio*, 'tamquam iudex', limitandosi al recupero del maltolto ed alla moderata punizione dell'*inuria* subita, senza eccedere in violenze.

Nel valutare concretamente le ipotesi di 'giusta causa', Vitoria affronta, con la *Relectio de Temperantia*, la questione se i principi cristiani possano, per autorità propria o delegata dal Pontefice, muovere guerra a quei popoli che commettono delitti *contra naturam*. Vitoria si riferisce qui ad un caso specifico: la pratica dell'antropofagia e dei sacrifici umani e cui erano dediti gli indios dello Yucatan, ma era in gioco una delle principali cause di guerra giusta invocate nella Conquista. Come si è visto, la risposta era per la maggior parte dei *doctores*, a cominciare dal grande commentatore di S. Tommaso, il Gaetano, affermativa. Vitoria formula senza indugi una conclusione che accoglie sostanzialmente l'*opinio communis*. Le tredici *Conclusiones* nelle quali si articola la *Relectio* assumono quale punto focale la relazione intercorrente tra indios e spagnoli; questi ultimi, in linea di principio, non possono muovere guerra per punire i crimini *contra naturam* dei primi, in quanto solo i *principes* che li governano ne hanno l'autoritas. Nondimeno, Vitoria, alla luce delle sacre Scritture, giustifica la guerra mossa contro coloro che «*vescuntur carnibus humanis et sacrificant homines*». Inoltre, egli afferma *en passant* che «*aliae possunt esse rationes inferendi bellum barbaris*», come il rifiuto di ricevere i «*praedicatores fidei*», e «*aliae iustae causae belli*»; tuttavia dichiara di non volerle trattare, rimandando implicitamente la questione ad altra occasione.

Dunque, due anni prima delle *Relectiones de Indis*, Vitoria frequentava la fitta schiera di teologi e giuristi che argomentavano la sussistenza del *bellum iustum* condotto contro gli indios *cannibales* o provocato dalla mancata accoglienza degli evangelizzatori, anticipando la dottrina che avrebbe formulato nel 1539 [*Relectio de indis prior*, rispettz. 1, 3, 14; 1, 3, 17].

Nella *Relectio prior* Vitoria demolisce i tradizionali sette titoli di possesso invocati dai giuristi per legittimare la Conquista e la guerra contro gli indios, proponendone altrettanti, per la maggior parte informati all'*utilitas oeconomica* ed all'evangelizzazione, con l'appendice di un ottavo possibile ('*alius titulus*'), sul quale Vitoria non se la sente di esprimere un giudizio definitivo, relativo allo stato di minorità degli indios (uno degli 'argomenti

forti' dei sostenitori della *Conquista*, che Vitoria, pur con insistita incertezza, dimostra sostanzialmente di condividere).

Egli rivela una profonda attenzione nei confronti della dimensione psicologica del *bellum iustum*, che egli esprime sotto un duplice profilo. In primo, il teologo sancisce, pur con qualche oscillazione, il diritto (*rectus*: dovere) di obiezione di coscienza («si subito constat de iniustitia belli, non licet ei militare etiam de precepto principis» [cfr. *De iure Belli*, IV, II, 7; ed. 2005, p. 44]), discostandosi dal *dictum* graziano.

Inoltre, abbattendo l'inferenza logica dell'Ostiense, Vitoria in più occasioni ammette la possibilità che la guerra sia 'giusta' per entrambi i contendenti: colui che ha la 'vera iustitia' e colui che ignora di essere nel torto. Non esiste più, in altri termini, un criterio oggettivo o *absolutum*, una *iusta causa* che funga da invalicabile confine tra chi è in torto e chi in ragione.

Tale assunto, che in Vitoria è ancora intriso di valenza spirituale (non si rinuncia alla 'vera iustitia'), verrà portato alle estreme conseguenze dalla successiva riflessione giusnaturalista, nella quale si indagherà non più sui parametri in base ai quali valutare chi sia la *pars bellum iustum movens*, bensì sui requisiti formali della (appunto) *guerre en forme* tra parti poste sul medesimo piano. Con Vitoria, dunque, il punto focale della dottrina giuridica *de bello* comincia a spostarsi sulle modalità con le quali il *bellum iustum* deve essere condotto: attraverso il requisito della *recta intentio* (sviluppatosi in verso contrario a quanto fece S. Agostino) si consuma il passaggio dallo *ius ad bellum* allo *ius in bello* che connoterà la manualistica bellica (si ricordi almeno il *De re militari et bello* di PIERINO BELLI pubblicato nel 1563) e la riflessione groziana.

L'opera di Vitoria ci ha infine trasmesso la pregnante presenza di una 'comunità internazionale' (*totius orbis; civitas maxima*), già vagheggiata dai tempi di Tertulliano e destinata ad avere una permanente presenza nelle aspirazioni del giusinternazionalista contemporaneo, come luogo privilegiato per la composizione dei conflitti.

DIEGO DE COVARRUBIAS (1512-1577), insigne canonista, giudice all'Audiencia di Granada e cattedratico a Salamanca, si cimentò *ex professo* nella *quaestio de Indis*, che risolve, sulle orme di Aristotele, intersecando i profili della guerra giusta con quelli della schiavitù.

Covarrubias, infatti, si pronuncia nel senso della legittimità della guerra in nome della civilizzazione e dell'evangelizzazione dei 'barbari' indios; costoro, se riconosciuti 'cattivi per natura' (*mali intentione naturae*) possono essere puniti *de jure gentium* con la prigionia di guerra e la riduzione in schiavitù. Sulla falsariga del principio aristotelico in forza del quale i più sapienti devono governare gli incapaci, il maestro salamantino giustifica il ricorso alle armi contro coloro che, nati per essere governati, rifiutano di

porsi sotto l'autorità dei *sapientes*: è lo stesso diritto di natura che qualifica tale guerra come *iustum bellum* (*De iustitia belli*, ed. 1981, p. 348).

La guerra intrapresa 'ad utilitatem' di popoli incivili deve essere tendere *non tamen ad eos puniendos* quanto piuttosto *ad eos in moribus corrigendos*; in questo senso Covarrubias afferma che, qualora essi si ribellino e debbano essere uccisi 'per il bene di ogni comunità', il *bellum iustum* che ne deriverà «non tamen erit proprie bellum, sed correctio».

Covarrubias rappresenta, in definitiva, il paladino dell'*opinio* che, a sequela dell'*autoritas* aristotelica, riformulata alla luce della *lex Christi*, giustificava la guerra indetta per assoggettare un popolo di *natura servi*, incapaci di autogovernarsi.

Sullo sfondo di questa teoria stava l'immenso scenario della *Conquista* di un Nuovo Mondo.

La dottrina della 'guerra giusta' si arricchisce con il contributo di LUIS DE MOLINA (1535-1600), il grande teologo della libertà umana e caposcuola di una corrente che prenderà il nome di 'molinismo'. Molina, infatti, dedica nel trattato *De iustitia et iure* ampio spazio al tema della guerra giusta e la sua indagine *de bello* si distingue per molti aspetti di rilevante interesse.

In *primis* egli rivendica la dimensione giuridica dell'argomento: la questione del *bellum iustum* attiene ai principi della giustizia ancor prima che a quelli della teologia e, conseguentemente, di essa si deve argomentare *sub specie juris*. Che sia proprio un teologo a rivendicare la specificità giuridica della dottrina sulla guerra giusta costituisce uno dei numerosi aspetti affascinanti che riserva la Scuola di Salamanca.

Molina, inoltre, nella disamina delle *justae causae belli*, opera una distinzione all'interno della categoria dell'*iniuria*, contrapponendo alla '*iniuria formaliter*' (l'*iniuria* cui tradizionalmente si riferisce la dottrina *de iusto bello*) una '*iniuria materialiter*', quella perpetrata '*sine culpa*', per errore o ignoranza invincibile; entrambe costituiscono un'oggettiva giusta causa di guerra, ma la parte che si trovi ad aver commesso un'*iniuria materialiter* è soggettivamente '*non iniusta*'. Egli sembra ammettere in proposito che «*bellum illud ex utraque parte fuisse iustum*».

La divaricazione tra un criterio 'oggettivo' ed uno 'soggettivo' per determinare il carattere giusto o ingiusto della guerra, rappresenta senza dubbio uno snodo cruciale nella storia del *bellum iustum*: essa apre la possibilità di configurare una 'guerra giusta' (soggettivamente) per entrambe le parti; il che vuole anche dire che una 'guerra giusta' (oggettivamente) non esiste.

Il teologo della libertà umana, infine, si oppone radicalmente al principio di obiezione di coscienza formulato da Vitoria, ed afferma l'obbligo per il cristiano, in specifiche situazioni, di prendere le armi. (*De iustitia et*

Iure tomis sex (*De bello, Disputatio I, 2*), ed Amberg 1615, I, III, p. 171].

FRANCISCO SUAREZ (1548-1617), altro grande campione della Seconda Scolastica e del pensiero giusinternazionalista, di cui il suo *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* del 1612 costituisce una pietra miliare, scrisse pagine importanti sull'argomento di nostro interesse nei due trattati *De bello* e *De charitate*.

Dopo aver ribadito la necessità, per muovere un *bellum iustum*, che sia stata perpetrata un'*iniuria*, e aver distinto la guerra difensiva dal *bellum aggressivum*, egli ammette la *iustitia* della guerra intrapresa per difendere gli innocenti dalla violenza o dall'ingiustizia, affiancando la propria autorevole opinione a quella del Gaetano e di Vitoria.

Suarez, inoltre, sembra rilanciare l'approccio giuridico-economico (inaugurato da Tommaso Moro e da Vitoria) al tema del *bellum iustum*, inserendo nel *De bello* la violazione dei diritti fondamentali di commercio e di transito quale *iusta causa belli*. Nel *De charitate* egli ribadisce l'opportunità di porre le *gentes* che vivono in stato di 'minorità' sotto la tutela di un popolo 'civile', il cui protettorato è da Suarez inteso come un dovere caritatevole nei confronti di un popolo fanciullo, che deve essere educato e portato al giusto grado di civilizzazione e di emancipazione. Due precisazioni si rendono in merito opportune.

Suarez affronta in modo deciso la questione del '*bellum iustum in utraque parte*', osservando che quella di una guerra giusta per entrambe le parti è una «tesi che è completamente assurda, poiché *due diritti contrari* non possono essere giusti simultaneamente» (*De bello, sectio IV*). Con l'*absurdissimum* dei 'due diritti contrari' l'inferenza logica di Enrico da Susa è riaffermata e suggellata da Suarez; la Seconda Scolastica dispiega il proprio potenziale teoretico contro lo scetticismo che, da Montaigne a Charron cominciava ad innervare, o incancrenire, la cultura europea dell'età moderna.

In Suarez, inoltre, l'intervento bellico a difesa degli innocenti sembra configurarsi non tanto come *bellum iustum in sé*, quanto piuttosto come dovere *ex Charitate* di fronte alla disumanità di chi perpetra *iniuria* contro gli innocenti; disumanità che in questo caso eccezionale, costituisce, *ex opinione magis commune*, un '*titulus legitimus*' di *bellum iustum*. Potremmo forse dire: una 'guerra umanitaria' *contra inhumanos*. Si tratta, sotto un certo profilo, dell'altra faccia dell'*iniuria*: il '*bellum iustum*' è la risposta che scaturisce da una *iniuria* perpetrata *contra alios*, a tutela di un soggetto terzo al quale si riconosce una specifica protezione.

6. «Silete theologi in munere alieno»: il giusnaturalismo 'laico'

La possente riflessione dei teologi-giuristi costituì la piattaforma teorica del moderno diritto giusinternazionalista; e tuttavia essa non era accettata da tutti gli intellettuali dell'età moderna.

«*Silete theologi in munere alieno*» ('tacete, teologi, nelle questioni a voi estranee'), risuonò la celebre invettiva di ALBERICO GENTILI (1552-1608), uno dei fondatori, con il trattato *De iure belli* del 1589, del giusnaturalismo e dello *jus gentium* moderno; essa valeva senza dubbio anche per la riflessione *de iusto bello*.

In Gentili si è oramai esplicitata la rinuncia epistemologica (predicata dallo scetticismo moderno) alla possibilità di pervenire alla conoscenza della *Veritas*, con la (decisiva) conseguenza che la '*iusta causa*' verosimilmente può essere ravvisata in ciascuno degli antagonisti. Conseguenza che ne comporta un'altra: il *bellum* può essere '*iustum*' per *entrambe* le parti: «*bellum iuste geri utrinque potest*», come recita il titolo del capitolo VI del primo dei *De iure belli tres libri* gentiliani. Si tratta di una svolta epocale, consumata al termine di un lungo percorso esegetico-giuridico condotto sul filo del rasoio tra l'indagine 'soggettivistica' di matrice e formulazione canonistica, e la statuizione 'oggettivistica', formalistica dei requisiti *de bello iusto* rinvenibile nel c.d. 'giusnaturalismo moderno'.

Gentili non crede nella matrice religiosa delle guerre, che respinge con fermezza (*De iure belli*, I, VIII).

Per Gentili, che pure citava l'opinione di Vitoria contraria alla guerra di religione, viceversa il rifiuto di accogliere i missionari, e tanto meno quello di accogliere la fede cristiana, non costituivano giuste cause di guerra.

Se nel capitolo XII del primo libro Alberico era già stato sul punto molto chiaro, affermando che 'gli spagnoli poterono giustificare la guerra contro gli Indios con il pretesto religioso', nel capitolo XXV il diritto di missione, per quanto accreditato dall'opinione *communis*, è fermamente respinto, ancora una volta con specifico riferimento alla *Conquista* del Nuovo Mondo. Nemmeno l'ipotesi del principe che voglia cambiare la religione dei propri sudditi, rappresenta per il nostro un legittimo *titulus ad bellum*. Gentili sembra comprimere, come forse mai fu argomentato prima d'ora, la valenza giustificatrice della difesa della *Christianitas*, e della *recta religio*, sembrando quasi presagire la tempesta della Guerra dei Trent'anni che da lì a poco, nel 1618, sarebbe deflagrata, almeno ufficialmente, per motivi religiosi.

Tuttavia Gentili si affrettava ad apporre una clausola: «E dico ciò sempre con la riserva 'che la comunità politica non ne riceva alcun danno' ...». La *res publica*, lo Stato, la sue ragioni, la 'ragione di Stato', qualora sia minac-

ciata da questioni religiose e quindi *sit servanda*, sia bisognosa di protezione, costituisce il valore, o quanto meno il *titulus legitimus*, idoneo ad iustum bellum.

La religio espulsa dal novero delle *justae cause belli*, vi rientra attraverso la categoria del *politicum*; la 'ragione di Stato' ricomprende trasversalmente i tradizionali casi di guerra difensiva e guerra offensiva, quest'ultima nei casi in cui sia necessaria, quando non v'è altro modo per sopravvivere, e utile, per vendicare l'*iniuria accepta*. Si noti che quest'ultima può risultare costituita dai *delicta contra naturam* (cavallo di Troia di una 'guerra umanitaria'), tra i quali Gentili considera il mancato sfruttamento delle risorse economiche del territorio conquistando (*De jure belli*, I, XVII, 131).

Con Gentili nella riflessione sulla 'guerra giusta' la religio dei teologi perde definitivamente il proprio peso specifico a vantaggio della dimensione economica.

Grande protagonista del dibattito *de iure belli ac pacis* (questo il titolo dell'opera pubblicata nel 1625) e caposcuola del giusnaturalismo, UGO GROZIO (1583-1645) cercò di individuare criteri razionali e 'secolarizzati' (validi anche nell'ipotesi in cui Dio non esistesse: '*tamquam daremus Deus non esset*') di legittimazione della guerra; criteri che potessero *ex ante* rivelare quale dei contendenti fosse nel pieno diritto.

Nei *Prolegomena* al *De jure belli ac pacis*, opera a lungo considerata all'origine del moderno diritto internazionale, Grozio accenna all'efficacia *de facto*, sul piano psicologico, della consapevolezza di agire secondo *iusta causa*; l'efficacia *de jure*, alla quale faceva riferimento Vitoria, sembra sfumare; essa non è indefettibile, e passa decisamente in secondo piano.

Con Grozio, anche una guerra ingiusta, se condotta in forma ufficiale (*en forme*) tra Stati che si riconoscono reciprocamente, è una guerra *de jure gentium*, tanto che il vincitore, anche se non è in possesso di una *iusta causa ad bellum*, diviene legittimo proprietario del bottino [*De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. VI, § 2, 1].

Si tratta di una svolta cruciale, che ne comporta una seconda: il definitivo passaggio (dopo i passi compiuti da Vitoria) dallo *jus ad bellum* allo *jus in bello*. Quest'ultimo, come si è avuto occasione di rilevare, era certamente presente nella trattatistica precedente, ma esso era conseguenziale alle *justae cause belli*; ora invece diventa autonomo (cfr. *De jure belli ac pacis*, lib. III, capp. VI-VIII).

La riflessione groziana è complessa ed articolata. Ciò che rileva in questa sede è il duplice spostamento di prospettiva (da connettersi con le istanze politico-istituzionali coeve) compiuto dal giurista olandese: da una parte verso la formalizzazione giuridica della guerra, che pone in primo piano alcuni requisiti procedurali necessari e sufficienti per conferire il ca-



rattere *iustum* al *bellum* ('guerre en forme'), lasciando sullo sfondo l'indagine circa *vera iustitia, iniuria* e *recta intentio*, e, dall'altra, il dichiarato interesse per il diritto di guerra, lo *ius in bello*, destinato a divenire il baricentro della riflessione giuridica sulla guerra.

La pariteticità dei belligeranti, e l'affermazione 'paradossale' che entrambi possano condurre un *bellum iustum* sono presenti anche in THOMAS HOBBES (1588-1679), pur in una prospettiva assai differente, legata alla qualificazione di stato di natura come condizione di perenne lotta [*De cive*, ed. Roma 1979, pp. 86-87].

La configurazione del *bellum iustum* in Hobbes, invero, risulta alquanto problematica. Il pensiero dell'inglese sembra, in effetti, atteggiarsi in maniera differente nel *De cive* e negli *Elements*, ove il carattere *iustum* del *bellum* precontrattuale ha la propria fonte nello *jus naturale*, rispetto a quanto argomentato nel *Leviathan*, ove il diritto naturale non giustifica la guerra, ma la presuppone, ed è quest'ultima a fondare lo *jus naturale*. Ai nostri fini interessa qui rilevare come l'idea del *bellum iustum* in *utroque parte* sia ormai visibilmente affiorata nelle pagine della trattatistica giuridica e filosofica.

Il processo si compie con SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), primo titolare della cattedra di '*jus naturale et gentium*' ad Heidelberg. Nel *De jure naturae ac gentium* (1672) egli, pur con qualche incertezza, considera ormai pacifico il diritto al bottino in capo a chi risulti vincitore '*in bello solenni*', prescindendo ormai dal requisito della *iusta causa* [*De jure naturae ac gentium*, lib. VIII, cap. VI, spec. §§ 16-21]. Lo *jus praedae* è divenuto ormai argomento principe dello *jus inter nationes*, in evidente relazione con le acquisizioni territoriali che furono causa ed effetto delle guerre seicentesche.

L'anno successivo, nel celebre *De officio hominis et civis*, Pufendorf cristallizza tre giuste cause di guerra; essa è legittima quando viene indetta per difendersi, per ridurre alla ragione chi rifiuti di rendere il dovuto o per ottenere risarcimento di un torto [*De officio hominis et civis*, lib. II, cap. XVI, § III].

Uno dei più fortunati commentatori e divulgatori del giusnaturalismo di Grozio e di Pufendorf fu JEAN JACQUES BURLAMAQUI (1681-1741), autore di un trattato sui *Principes du droit naturel* che ebbe ampia diffusione, la cui quarta ed ultima parte è interamente dedicata al *de jure belli*.

Nel ripetere le classiche *iustae causae belli*, egli, tuttavia, condanna con vigore l'aggressione di un popolo motivata con la sua presunta inferiorità culturale o incapacità ad autogovernarsi.

Si rende ormai esplicito il contrasto con le *autoritates*, da Aristotele al Gaetano a Vitoria, che, con diverse sfumature, affermavano l'opportunità per un popolo 'incapace' di essere governato da una nazione più 'saggia'.

Il tramonto della *iusta causa* provoca a cascata altri rivolgimenti nel nascente diritto internazionale moderno: CORNELIO VAN BYNKERSHOEK (1673-1743) nella sua opera *De rebus bellicis* del 1737 studia in particolare lo statuto giuridico della stato neutrale, affermando che esso resta amico di entrambi i belligeranti in virtù di un vincolo di *aequalitas amicitiae*; la neutralità presuppone e comporta la pariteticità: il discrimine della *iusta causa* scompare.

Il suo certificato di morte è sottoscritto dal diplomatico sassone EMERICH DE VATTEL (1714-1767) nel suo *Droit de gens* del 1758 (cfr. il contributo dedicatogli in questo stesso manuale). Egli ritiene ormai esplicitamente che il requisito unico richiesto alla guerra dallo *jus gentium* è quello di essere 'guerre en forme' (*Droit des gens*, III, cap. XII, § 190), svolta ufficialmente tra Stati territoriali sovrani uguali tra loro.

Il principio dell'uguaglianza tra Stati rende inapplicabile il criterio del *bellum iustum*, che, nell'identificare il belligerante 'giusto', necessariamente (Enrico da Susa lo aveva ben detto) indica a contrario quello 'ingiusto', in una situazione di disuguaglianza giuridica non più accettabile dal sistema politico europeo, basato sulle grandi conferenze di pace (i precedenti erano costituiti dai trattati di Westfalia del 1648 e di Utrecht 1713; seguiranno poi Vienna 1814-1815; Parigi 1856; Berlino 1878), nelle quali gli Stati, vincitori e vinti, si riconoscevano reciprocamente.

Si stempera la tensione della riflessione sulla *iusta causa ad bellum*; ogni guerra europea è per definizione 'giusta'. Lo *ius in bello* prende definitivamente il sopravvento, per rappresentare la *sedes materiae* ove codificare l'umanitarismo illuminista.

I riferimenti, ed i limiti, in relazione ai quali la guerra possa dirsi giusta o ingiusta, vengono meno perfino nel pensiero JOHN LOCKE (1632-1704), forse il primo teorizzatore dello Stato di diritto, ovvero dello Stato sottoposto alle proprie stesse leggi.

Nei *Two treatises of government* del 1690 egli dovette riconoscere che l'uso della forza esterna, «per quanto il suo cattivo o buon uso abbia grande importanza per lo Stato, è però assai meno regolabile sulla base di leggi preesistenti, stabili e positive». Locke si dimostra scettico nei riguardi di uno *jus inter gentes* di origine consensuale ed attesta come l'unico *ordo juris* applicabile al diritto bellico sia lo *jus naturale*.

Ciò che caratterizza il pensiero di Locke in argomento è la tendenza a erodere le distinzioni assiologiche tra guerre pubbliche e private, in polemica con Grozio, lambendo così il delicato aspetto dello scontro con il sovrano. Appunto in nome del diritto naturale (attraverso una serie di passaggi concettuali non sempre lineari, che hanno legittimato letture storiograficamente differenti delle sue pagine), Locke dilata la sfera di legittimità

dello *jus resistentiae* nei confronti del sovrano despota, configurando, nell'ultimo capitolo del Secondo Trattato, un difficile raffronto tra l'esigenza di giustizia e quella di ordine.

La guerra è in sostanza un dato di fatto, non di diritto.

Rousseau poteva asserire, nel primo capitolo del *Contrat social* (1762), che «la guerre est une relation d'Etat à Etat».

7. L'utopia illuminista per una 'pace perpetua'

Fu proprio questo approccio 'realistico' a rafforzare, quasi per reazione, il cosmopolitismo illuminista, non privo di una dimensione utopistica, e la ricerca di una 'pace perpetua' (locuzione che avrà molta fortuna nei *pamphlet* e sarà consacrata da Kant), attraverso l'elaborazione di progetti di pace universale (o, appunto, 'perpetua') che garantissero la comune felicità.

Si può ricordare in proposito la dichiarazione del deputato Costantin François Volney (1757-1820) pronunciata nel 1790 all'Assemblea Nazionale nel 1790, che indicava l'umanità come «una sola e stessa società, il cui fine è la pace e la felicità di tutti e di ognuno dei suoi membri».

Senza scendere nei dettagli di una dottrina assai articolata, possiamo accennare al celebre progetto redatto tra il 1713 e il 1717 da Charles Irénée Castel, ABBÈ DE SAINT PIERRE (1658-1743), basato sull'idea di una Unione di Sovrani (non Stati, ma principi cristiani) che i singoli membri dovevano investire delle questioni controverse, rimettendosi al giudizio arbitrale; un arbitrato obbligatorio per sovvenire agli svantaggi politici ed economici di una guerra. Fu il principio sul quale si basò la Santa Alleanza della Restaurazione.

Il progetto fu sostanzialmente accolto nelle *Osservazioni sul progetto di pace perpetua dell'Abate di Saint Pierre*, 1715 di LEIBNIZ (1646-1716), per essere poi discusso e rilanciato da ROUSSEAU (1712-1778), il quale diede voce e inchiostro all'aspirazione verso una *Respublica Christiana*; aspirazione peraltro controbilanciata dalla sfiducia, condivisa con Erasmo e con Locke, nella capacità dello Stato dispotico e patrimoniale (quello che Rousseau aveva sotto gli occhi) di evitare la guerra. Rousseau considera la confederazione di Stati con ordinamenti democratici come rimedio al dispotismo assoluto militarista, vera causa delle guerre. La guerra è dunque un male anche politico.

Saint Pierre fu, invece, criticato da VOLTAIRE (1694-1778), secondo il quale la pace così mantenuta sarebbe durata quanto quella conclusa tra animali carnivori pronti a sbranarsi; François Marie Arouet lo respinge in nome di un utopismo radicale: «il solo modo di restituire la pace agli uo-

mini è quello di distruggere tutti i dogmi che li dividono e di ristabilire la verità che li unisce».

Non immune da venature utopistiche appare anche la politica estera pacificatrice di JEREMY BENTHAM (1748-1832), autore di *A Plan for an Universal and Perpetual Peace* (1786-89) ove l'approccio è reso più concreto dall'utilitarismo che caratterizza il pensiero del giurista inglese. La guerra è comunque nociva; ciò viene compreso dalle Nazioni attraverso un preciso calcolo costi-benefici. I cittadini non possono divenire più ricchi od acquisire maggior sicurezza attraverso una guerra, latrice solo di miseria e dolori.

È interessante notare come Bentham, coerentemente alla matrice individualista del suo utilitarismo giuridico, individui la parte lesa dall'azione bellica non nello Stato, bensì nei suoi cittadini, dei danni dei quali lo Stato aggressore deve rispondere.

Egli, inoltre, diversamente da Locke, non rinuncia alla piena fiducia dello Stato di diritto: i responsabili della politica estera devono attenersi in modo trasparente a norme giuridiche prestabilite la cui attuazione deve essere verificabile. Bentham propugna pertanto piena trasparenza e pubblicità nell'attività del Ministero degli Affari Esteri.

È il sovvertimento della secolare diplomazia d'*Ancien Régime*, tradizionalmente segreta e insindacabile; in tempi e formule diverse, l'idea di Bentham troverà alcune clamorose (perché premature) affermazioni. Per fare solo due esempi, la Costituzione francese del 1791, che sanciva l'obbligo di ratifica dei trattati da parte del corpo legislativo, ed i famosi 14 punti del presidente USA Wilson del 1919 che si ripromettevano, appunto, di realizzare la trasparenza e la pubblicità della diplomazia internazionale.

Il testo del 1791, al titolo VI, prevedeva inoltre la rinuncia alla guerra di offesa e di conquista. La guerra assurge così a fatto costituzionalmente rilevante; essa viene (pur se parzialmente, con riferimento alla guerra di aggressione e di conquista) costituzionalmente bandita. Anche l'art. 11 dell'Atto per la Costituzione federativa della Germania, in applicazione dell'art. 53 dell'Atto finale del Congresso di Vienna del 1814, proibiva le guerre di aggressione.

E proprio nello stesso anno 1814 veniva pubblicato il saggio *De la réorganisation européenne* di CLAUDE HENRI SAINT-SIMON (1760-1825), nel quale, quasi a suggello del nuovo assetto politico-diplomatico, si auspicava l'istituzione di un Parlamento europeo competente anche per le controversie relative a modificazioni territoriali.

La riflessione sulla guerra nella cultura di lingua tedesca a cavaliere tra XVIII e XIX secolo è dominata dalla figura di IMANUEL KANT (1724-1804), il cui scritto *Per la pace perpetua* del 1795 ne costituisce un anello fondamentale.

Il progetto, nei suoi 'articoli preliminari', formula i divieti da imporre agli Stati, alcuni sorprendentemente attuali: il divieto di concludere trattati o successione o permuta (con implicita condanna dello 'stato patrimoniale'); il divieto, attualissimo, di contrarre debito pubblico in vista di conflitti; il divieto di ingerenza, con la significativa eccezione della secessione, e infine il divieto di compiere quegli atti che oggi definiremmo terroristici, (istigazione al tradimento, infrazione di trattati e ingaggio di sicari) i quali, minando la fiducia nella pace futura, porterebbero alla guerra di sterminio, il 'grande cimitero del genere umano'.

I tre 'articoli definitivi' delineano invece i principi a garanzia della 'pace perpetua'. Tra essi Kant indica, sotto il profilo dell'assenso alla guerra, la forma repubblicana dello Stato; il federalismo di Stati liberi; i diritti cosmopolitici di visita e di ospitalità – la configurazione dei quali deve molto alle formulazioni delle Seconda Scolastica – che devono essere assicurati da ogni Stato ad ogni persona; i diritti inviolabili ('umani' diremmo ora), opponibili dal singolo ad ogni Stato.

Va infine rammentato uno spunto particolarmente interessante. Nei *Principi metafisici della dottrina del diritto* (che costituiscono la prima parte della *Metafisica dei costumi* del 1797) egli afferma che «l'idea razionale di una comunità perpetua pacifica [...] di tutti i popoli della terra che possono venire tra loro in rapporti effettivi non è tanto un principio filantropico (un principio etico), quanto un principio giuridico».

Dopo la constatazione di Rousseau, secondo la quale la guerra è un «rapporto di fatto tra stati», con Kant la pace e la guerra tornano ad essere pensati *sub specie juris*.

(Assume un tragico rilievo la circostanza che vide il progetto kantiano di 'pace perpetua' esplicitamente criticato proprio da uno dei principali artefici del tremendo secondo conflitto mondiale; B. MUSSOLINI [*Scritti e discorsi*, Milano 1934-39, vol. III, p. 54] alla proposta kantiana contrappone la risoluzione armata dei conflitti che sorgono tra i popoli per motivi di razza o di sviluppo).

Il programma '*Zum ewigen Frieden*' (per una pace perpetua) fu ripreso da uno dei maggiori epigoni del 'kantismo giuridico', HANS Kelsen (1881-1973), che, coerentemente all'assunto del 'monopolio della forza' da parte dell'ordinamento giuridico, propugnò la concezione di una pace garantita dal diritto, che egli concepiva come una specifica organizzazione di forza [cfr. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed. Torino 2000]. Kelsen auspicava una giurisdizione obbligatoria delle controversie internazionali, attraverso la quale si potesse anche accertare le responsabilità personali degli statisti che provocassero conflitti in violazione del diritto internazionale.

La ricostruzione della sua riflessione *de bello* è tuttora discussa; ciò che in questa sede va rilevato è il suo fondamentale contributo alla (re)diviva giuridificazione della guerra, prodromica al successivo processo di criminalizzazione progressivamente attuato dal diritto internazionale contemporaneo.

8. Verso la 'criminalizzazione' della guerra

Fu il drammatico bilancio della Prima guerra mondiale a riproporre prepotentemente la necessità di una disciplina giuridica della guerra; oggetto della quale torna ad essere, accanto allo *jus in bello*, lo *jus ad bellum*, o meglio (nelle intenzioni) lo *jus contra bellum*.

Si fa strada l'idea che la guerra, in determinate circostanze (guerra di aggressione; uso di armi 'non convenzionali') sia *absolute* ingiusta; che essa, anzi, costituisca un crimine.

Il Trattato di Versailles del 1919, con il famoso art. 227, dichiarava Guglielmo II 'criminale di guerra', in quanto Capo di Stato responsabile di guerra di aggressione; il successivo art. 228 imponeva allo stato vinto la consegna di quanti fossero criminali di guerra, autori di atti contrari allo *jus in bello*.

Il trattato istitutivo della Società delle Nazioni prevedeva la comminazione di sanzioni allo stato che avesse fatto ricorso alla guerra senza sottoporre il *casus belli* alla Corte permanente di giustizia internazionale (istituita nel 1922) o alla risoluzione della Società delle Nazioni. Il Protocollo di Ginevra del 2 ottobre 1924 intendeva dichiarare la guerra di aggressione 'crimine internazionale'; sottoscritto da 19 Stati, fu ratificato solo dalla Cecoslovacchia (quasi presaga dell'aggressione del 1939 ...).

La guerra viene solennemente condannata dal patto Briand-Kellog siglato a Parigi il 27 agosto 1928 e poi sottoscritto da 63 Stati. Come sappiamo, ciò non impedì la conflagrazione del secondo conflitto mondiale.

L'art. 6, lett. a), dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, con il quale venne istituito il Tribunale di Norimberga, qualifica la guerra di aggressione come 'crimine internazionale contro la pace' (la sentenza del 1° ottobre 1946 accertò che la guerra era da qualificarsi come crimine già in base al patto Briand-Kellog). La guerra di aggressione viene vietata, le altre forme belliche non sono contemplate da questi testi.

Il rovesciamento di prospettiva (tutte le guerre sono vietate, ad eccezione di quella difensiva) arriva con la Carta delle Nazioni Unite del 12 ottobre 1945: l'art. 2, n. 4 recita che «i membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza» con la sola ec-

cezione della legittima difesa (prevista dall'art. 51 che riconosce il diritto naturale di autodifesa individuale e collettiva nel caso di attacco armato): la guerra difensiva è tollerata; ogni altra guerra è vietata. La violazione di tale divieto sembra costituire un vero e proprio crimine: «un crimine internazionale di importanza essenziale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, come quello che vieta l'aggressione» [N.U. *Annuaire* 1976, II, 1, pp. 26-27].

La dicotomia guerra difensiva-guerra offensiva, che aveva mantenuto a lungo un basso profilo nelle diatribe *de iusto bello*, è dunque posta alla radice della contemporanea configurazione giusinternazionalista della 'guerra giusta'.

L'obiezione di coscienza, che nel corso dei secoli ha avuto pochi ma poderosi paladini (del calibro di Tertulliano e di Vitoria), è oramai divenuta un vero e proprio diritto in quasi tutti gli stati dell'Unione Europea, mentre l'intervento armato in difesa di popolazioni ingiustamente aggredite, e la conseguente 'guerra umanitaria' che ne deriva, a lungo considerata legittima da quasi tutti i *doctores iuris*, sembra ora essere alla ricerca di un preciso statuto (politico)giuridico.

Le riflessioni *de iusto bello* condotte da giuristi e da filosofi hanno spesso guardato a quel 'giudice superiore', costantemente postulato o vagheggiato, in termini e profili differenti, dai giuristi del medioevo come da quelli dell'età moderna, quale organo di una giurisdizione *inter-nationes* esercitata da una '*communitas maxima*', garante di una '*executio iuris*' dalla quale sia bandito il conflitto bellico.

Va detto che esso sembra a molti, ancora oggi, una chimera, della quale gli attuali Tribunali e Corti Internazionali sarebbero una pallida immagine, carenti di un'effettiva incidenza nell'ordinamento internazionale.

Ma con ciò si è giunti alle soglie dei giorni nostri, e non è compito dello storico del diritto formulare progetti o elaborare teorie *pro futuro*. Il suo ruolo è, piuttosto, (in)formare alla luce della nostra Storia le coscienze dei giuristi di domani – cui è destinato questo volume – chiamati a svolgere quel compito.

Fonti

Si indicano di seguito, in ordine alfabetico, le edizioni di alcune delle fonti citate nel testo più facilmente reperibili e consultabili dallo studente italiano.

- GENTILI A., *Il diritto di guerra*, Milano, 2008.
- GROZIO U., *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, Padova, 2010.
- HOBBS TH., *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, 2005.
- KANT I., *Per la pace perpetua*, Roma, 1991.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.
- LOCKE J., *Due Trattati sul governo*, Torino, 2010.
- VITORIA F. DE, *De jure belli*, Roma-Bari, 2005.

Bibliografia

Si indicano di séguito, in ordine alfabetico, soltanto alcuni dei contributi più recenti, a partire dai quali lo studente potrà rinvenire ulteriori copiose indicazioni bibliografiche, ricostruire i profili del dibattito storiografico e giusfilosofico e individuare le attuali prospettive di indagine *in argomento*.

- AA.VV., *Pace e guerra nella cultura italiana ed europea del Settecento*, 'Studi Settecenteschi', 22, Napoli, 2002.
- AA.VV., *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna* (a cura di M. SCATTOLA), Milano, 2003.
- AA.VV., *'Guerra giusta'? Le metamorfosi di un concetto antico* (a cura di A. CALORE), Milano, 2003.
- AA.VV., *Guerra e Diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea* (a cura di A.A. CASSI), Soveria Mannelli, 2009.
- CASSI A.A., *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine*, in *Quaderni fiorentini*, 38, 2009, t. II, pp. 1141 ss.
- STAICO U., *La guerra giusta. Fine di un'ideologia?*, Roma, 2006.
- ZOLO D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, 2000.