

L'America, la conquista, il diritto.
L'idea di sovranità nel mondo moderno*

di Luigi Ferrajoli

1. *La conquista e l'inizio dell'età moderna.*

Secondo un'ipotesi di lavoro formulata più di sessanta anni fa da James Brown Scott e recentemente ripresa da François Rigaux, la nascita del diritto internazionale moderno e, insieme, della teoria dello stato come soggetto sovrano di una comunità internazionale di stati, può essere fatta risalire alle riflessioni sulla conquista sviluppate dai teologi e dai giuristi spagnoli del secolo XVI: innanzitutto da Francisco de Vitoria, poi da Balthazar de Ayala e da Francisco Suárez, che anticiparono la riflessione più matura di Ugo Grozio¹. Il diritto delle genti, quale fu disegnato in queste prime grandi teorizzazioni, fu infatti, al di là delle sue molte ambiguità, diritto di conquista e di giusta guerra: legittimazione *ex post* di quanto avevano fatto e stavano facendo gli spagnoli nel continente americano e, al tempo stesso, definizione delle nuove strutture istituzionali del mondo civile, dopo la crisi di entrambi gli universalismi, quello papale e quello impe-

* Testo della relazione presentata alla sessione del Tribunale permanente dei popoli su «La conquista dell'America e il diritto internazionale», tenuto in occasione del V centenario della conquista, Padova-Venezia, 5-9 ottobre 1992.

¹ J. B. Scott, *El origen español del derecho internacional moderno*, Cuesta, Valladolid 1928. Brown Scott ricorda che la fondazione del diritto internazionale ad opera di Vitoria, anziché di Grozio o di Alberico Gentili, era già stata sostenuta un secolo prima, nel 1816, dal filosofo scozzese Sir James Mackintosh, e pochi anni prima, in una serie di lezioni tenute a New York nel 1925, dall'olandese C. van Vellenhoven. Su questa «bataille des fondateurs», cfr. P. Hagenmacher, *La place de Francisco Vitoria parmi les fondateurs du droit international*, in Aa.Vv., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria. Atti delle Giornate di studio organizzate a Lovanio il 5 dicembre 1986*, Bruylant, Bruxelles 1988, pp. 27-36. L'ipotesi dell'origine del diritto internazionale moderno dalle riflessioni di Vitoria sulla conquista è stata ripresa, in chiave critica, da F. Rigaux, *Préface a Actualité cit.*; Id., *Introduzione alla sessione del Tribunale permanente dei popoli sul V centenario della Conquista dell'America*, Padova-Venezia, 5-9 ottobre 1992.

riale, che avevano segnato la cultura medioevale.

Sotto questo aspetto la conquista segna davvero l'inizio dell'età moderna. Essa è la forma che assume l'incontro del vecchio mondo con il nuovo mondo; ed inaugura un modello di relazioni internazionali con i popoli «scoperti» che si protrarrà per cinquecento anni, estendendosi dall'America all'Africa e poi all'Asia, e che perdura tuttora: il modello dapprima cristianocentrico, poi etnocentrico ed eurocentrico, volto a distruggere o comunque a negare il diverso, facendolo oggetto di assimilazione o di esclusione o di distruzione, e in tutti i casi di dominio.

Alle origini della modernità sta dunque, quale atto fondativo, un genocidio: il genocidio forse più grave della storia, lungamente rimosso e occultato dalla coscienza europea, forse perché ne rappresenta il fondo oscuro e criminoso. Nello spazio di mezzo secolo, quasi il 90 per cento degli indios fu sterminato: da ottanta milioni — un quinto dell'umanità — quanti erano al momento della «scoperta», essi furono ridotti a dieci milioni a metà del Cinquecento². Questo genocidio-etnocidio, unitamente al sistema di dominio di cui fu il prodotto — questa è la novità rispetto ad altre conquiste e genocidi del passato — fu legittimato dalla religione e dal diritto, grazie all'invenzione di un paradigma di legittimazione specificamente moderno, basato sulla copertura degli interessi dei conquistatori dietro «valori» proclamati come universali: la missione di evangelizzazione prima, poi lo *ius communicationis* e lo *ius commercii* teorizzati da Francisco de Vitoria come diritti naturali, poi ancora la «missione di civilizzazione» durante l'epoca coloniale, fino all'odierna mondializzazione dei «valori occidentali» — e in primo luogo del mercato — quali valori oggettivi e universali.

2. *La communitas orbis di Francisco de Vitoria.*

Un fatto è certo: la scoperta del nuovo mondo, nonostante la sua portata innovatrice, non incrina affatto la centralità del vecchio mondo. Il nuovo mondo viene pensato, fin dall'inizio, come un allargamento e un'appendice del vecchio, destinato ad essere in esso integrato e ad esso sottomesso.

² Questi dati sono riportati da T. Todorov, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Editions de Seuil, Paris 1982 (trad. it. Einaudi, Torino 1992, p. 162). «Limitando il discorso al Messico — aggiunge Todorov — alla vigilia della conquista la popolazione era di circa 25 milioni di abitanti; nel 1600 era ridotta a un milione».

Le forme iniziali dell'integrazione sono ancora imperfette. Le basi giuridiche su cui viene fondata la conquista sono ancora di tipo pre-moderno — privatistico e teocratico — in accordo con la natura ancora patrimoniale degli stati, con il carattere ancora incerto della loro soggettività sovrana, con il fondamento teologico della potestà regia e con l'ancora non compiuta differenziazione tra sovranità e proprietà. La conquista — dai primi insediamenti e dalle prime spoliazioni di Colombo, fino alle violenze e alle rapine di Cortes — è insomma, inizialmente, una conquista privata dei re di Spagna legittimata dal principio dell'*inventio*, cioè del diritto di occupazione di terre e cose considerate *res nullius*, e insieme dalla copertura offerta da bolle papali e da commende.

C'è tuttavia, fin dall'inizio, una novità. La Spagna, che nella prima metà del secolo XVI è senz'altro la massima potenza europea, avverte immediatamente la necessità di affiancare i conquistatori con uomini di diritto; e di legittimare la conquista con argomenti giuridici e religiosi. E fin dall'inizio affronta, in dotti dibattiti tenuti a Salamanca, a Valladolid e a Madrid, la questione se la guerra di conquista fosse «giusta» o «ingiusta»¹.

All'inizio i titoli di legittimazione accampati sono ancora, come si è detto, quelli tramandati dalla tradizione medioevale: titoli privatistici, come il diritto di occupazione delle terre scoperte, concepite come *nullius*, o la finzione di una cessione contrattuale dagli indios al re di Spagna; e titoli parapubblicistici, come la sovranità universale dell'impero e della chiesa, le bolle di Alessandro VI del 3 e del 4 maggio 1493 — che «donano e concedono» ai re «cattolicissimi» di Spagna e ai «loro eredi e successori», in «pieno diritto e sotto completa giurisdizione [...] tutte le isole e le terreferme con tutti i loro domini, città, fortezze, luoghi abitati trovati e da trovare, scoperti e da scoprire verso occidente e mezzogiorno», con l'impegno che essi mandino «uomini probi, timorosi di Dio [ad] istruire gli abitanti nella fede cattolica ed a indirizzarli verso una fede morigerata»²; l'atto di notificazione e requisizione redatto da Juan López de Palacios

¹ Si ricordino gli scontri sostenuti da Bartolomeo de Las Casas con gli *encomenderos*, nel 1542 dinanzi al Consiglio delle Indie alla presenza di Carlo V; nel 1547 con le sue trenta proposizioni contro il fondamento giuridico della conquista, basate sul fatto che l'autorità del re di Spagna deriva dalla chiesa e dalla sua conformità ai precetti cristiani, i quali erano stati sistematicamente violati dai conquistadores e dagli *encomenderos*; nel 1550 in occasione della disputa con Sepúlveda.

² Dal testo della Bolla *Inter coetera* del 4 maggio 1493, pubblicata in 1992-1492. *Dalla realtà alla storia*, a cura di D. Mazzon, Isonomia, Padova 1992, pp. 115-8.

nel 1514³. Non essendosi ancora affermato il principio della sovranità dello stato, ed essendo ancora vitale l'idea dell'universalismo papale e imperiale, la conquista viene insomma a configurarsi, inizialmente, come appropriazione materiale di tipo privatistico, avallata dall'autorità universale del Papa in nome della necessità di convertire al cristianesimo i nuovi popoli «per natura, barbari», cioè «privi di ragione», oltre che «senza scrittura, senza senno e macchiati di molti vizi»⁴.

Ma è proprio il dibattito giuridico e teologico provocato dalla conquista che fa emergere la fragilità di questi titoli di legittimazione e costringe la cultura spagnola del tempo a trovarne di nuovi e a ripensare radicalmente i termini del problema. È quanto fece il teologo Francisco de Vitoria — e dietro di lui Gabriel Vazquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suárez — che impostò per la prima

³ Si veda il testo di questo documento in F. Tenorio Tagle, *El Control Social del las Drogas en México*, Inacipe, México 1991, pp. 102-5. Cfr. anche S. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América* (1935), 2ª ed. accresciuta, Editorial Porrúa, México 1971; Id., *Filosofía de la Conquista*, 3ª ed., F.C.E., México 1984, ove viene illustrato il progetto cristiano della conquista come appropriazione insieme materiale e spirituale del nuovo mondo, attraverso la demonizzazione delle religioni indigene, la conversione coatta e l'affermazione del postulato dell'inferiorità degli indios, destinati ad obbedire e a servire. Come ricorda Fernando Tenorio (*El Control Social* cit., p. 109), occorrerà attendere il concilio del 1585, dopo che la popolazione indigena era stata decimata, perché fosse decretata dalla chiesa, almeno in via di principio, l'uguaglianza tra indios e spagnoli.

⁴ Sono le parole di J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis*, trad. it. per estratto in 1992-1492 cit., p. 120: «Vengono infatti chiamati barbari — prosegue Sepúlveda — coloro che sono privi di ragione o a causa della posizione naturale della zona in cui la maggior parte degli abitanti è ottusa, o a causa di qualche cattiva consuetudine, per cui gli uomini diventano quasi bruti. Le popolazioni di tal fatta per diritto naturale devono obbedire agli uomini più civili, più assennati, per essere governati da costumi e abitudini migliori. Ma, qualora ammoniti, rifiutino il comando, possono essere costretti con le armi, e tale guerra sarà giusta per diritto naturale, come testimoniano Aristotele, Tommaso e Agostino». A questo argomento Sepúlveda aggiunge quello della potestà universale del Papa: «Ugualmente, con un altro ragionamento, si prova che è stato concesso ai cristiani di perseguitare con la guerra gli adoratori degli idoli per autorità pubblica e pontificia. A Cristo infatti per la sua natura umana è stato dato ogni potere in cielo e in terra. Così è stato insegnato a Matteo per ultimo. Cristo comunicò questo potere a Pietro suo vicario e ai successori di questo, come insegna Tommaso [...]. Perciò il Papa ha ovunque la potestà sulle genti non solo di predicare il Vangelo ma anche di costringere i popoli a osservare la legge di natura alla quale tutti gli uomini sono sottoposti [...]. Perché poi gli infedeli siano costretti ad ascoltare la predicazione del Vangelo e ad osservare la legge di natura è necessario che siano sottomessi al governo dei cristiani. Dunque giustamente gli idolatri possono essere puniti dai cristiani con la guerra perché siano costretti, sottomessi al loro dominio, a vivere secondo la legge di natura, e perché Dio non sia bestemmiato o offeso dai medesimi a causa di culti idolatri [...]. Perciò dalle testimonianze tratte dalla storia sacra e dai sacri dottori si deduce che, se l'agire doveva essere regolato secondo il sommo diritto, si è potuto privare questi barbari a causa della loro empietà della vita, della terra e di tutti i loro beni per infliggere una giusta punizione». Più diffusamente questi argomenti erano stati esposti da Sepúlveda nell'opera maggiore *Democrates secundus de iustis belli causis*, scritto in polemica con le tesi di Bartolomeo de Las Casas.

volta la questione della fondazione della conquista su basi giuridiche moderne, a partire dal riconoscimento del deficit di diritto e degli abusi del diritto nella condotta degli spagnoli nel nuovo mondo.

Francisco de Vitoria, il cui ruolo preminente nella fondazione del diritto internazionale è stato ormai acquisito dalla critica storiografica⁵, è autore di straordinaria modernità, per molti aspetti più avanzato di molti suoi successori, incluso Grozio. Nelle sue *Relectiones* svolte all'Università di Salamanca tra il 1528 e il 1539, egli contesta, come è noto, tutti i vecchi titoli di legittimazione accampati dagli spagnoli a sostegno della conquista: lo *ius inventionis* o di scoperta, che era stato invocato da Colombo sul presupposto che le terre scoperte fossero *nullius o derelictae*, mentre invece erano degli indios che possono considerarsi «scoperti» «non plus quam si illi invenissent nos»⁶; l'idea di un dominio universale dell'imperatore, dato che «imperator non est totius orbis dominus»⁷, e comunque non può impadronirsi delle terre dei barbari⁸; l'analoga pretesa di un universale potere temporale del Papa, che invece «nullam potestatem temporalem habet in barbaros Indos neque in alios infideles»⁹; il fatto che gli indios fossero «infideles», dato che essi non avevano mai sentito parlare della fede cristiana¹⁰, l'infedeltà non è comunque un impedimento alla proprietà¹¹ e uno stato di infedeli è legittimo al pari de-

⁵ Sul ruolo di Vitoria nella fondazione del diritto internazionale moderno, cfr., oltre al volume di J. Brown Scott e J. Barthelemy, *François de Vitoria. Les fondateurs du droit international*, Paris 1904; C. Barcia-Trelles, *Francisco de Vitoria et l'École moderne du droit international*, in «Recueil des Cours de l'Académie du droit international», (1927), II, pp. 196-200; A. Nussbaum, *A concise History of the Law of Nations*, 2^a ed., Macmillan, New York 1954; A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, Unam, México 1989. Si veda inoltre, per un approccio critico e assai meno apologetico, la raccolta di scritti *Actualité* cit., con prefazione di François Rigaux e scritti di Antonio Truyol Serra, Henry Mechoulan, Peter Haggemacher, Antonio Ortiz-Arce, Primitivo Marino e Joe Verhoeven.

⁶ Francisco de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, a cura di Ernest Nys, Oceana, New York 1964, sect. II, 7, p. 244.

⁷ *Ibid.*, 1, pp. 233 e 235.

⁸ *Ibid.*, 2, pp. 233 e 238: «Imperator, licet esset dominus mundi, non ob id posset occupare provincias barbarorum et constituere novos dominos et veteres deponere vel vectigalia capere».

⁹ *Ibid.*, 6, pp. 233 e 243. La conclusione è: «Principes Christiani non possunt, etiam auctoritate Papae, coercere barbaros a peccatis contra legem naturae nec ratione illorum eos punire» (*ibid.*, 16, pp. 233 e 252).

¹⁰ *Ibid.*, 8, p. 246: «Barbari, priusquam aliquid audissent de fide Christi, non peccabant peccato infidelitatis».

¹¹ «Infidelitas non est impedimentum, quominus aliquis sit verus dominus» (*ibid.*, 7, p. 226).

gli altri¹²; il rifiuto degli indios di ricevere la legge di Cristo, che secondo Vitoria non è peccato dato che essi ignoravano l'esistenza del cristianesimo né si poteva pretendere che si convertissero al suo semplice annuncio anziché dopo un'opera lunga di persuasione¹³; i supposti peccati degli aborigeni, che i cristiani — non meno peccatori di loro — non erano comunque legittimati a giudicare¹⁴; la sottomissione volontaria degli indios, della cui spontaneità ed autenticità è lecito dubitare¹⁵; l'idea infine di una speciale concessione divina fatta da Dio agli spagnoli che, ironizza Vitoria, appare alquanto improbabile per il suo contrasto con il diritto comune e con le Sacre Scritture¹⁶.

A questi titoli illegittimi, Vitoria contrappone quelli che ritiene i soli titoli legittimi della conquista. E a tal fine rielabora alle radici la dottrina giuridica tradizionale, gettando le fondamenta del moderno diritto internazionale e insieme della concezione moderna dello stato come soggetto sovrano. Le idee basilari di questa imponente costruzione sono essenzialmente tre: a) la concezione dell'ordine mondiale come società naturale di stati sovrani, ugualmente liberi e indipendenti; b) la teorizzazione di una serie di diritti naturali attribuiti a tutti i popoli e a tutti gli stati; c) la riformulazione della dottrina cristiana della «guerra giusta», ridefinita come riparazione delle *iniuriae* e quindi come strumento di attuazione del diritto.

¹² «Et probatur etiam primo, quia Scriptura vocat reges aliquos infideles, ut Sennacherib et Pharaonem et multos alios reges [...]. Item Paulus et Petrus iubent praestare oboedientiam principibus, qui tunc erant omnes infideles, et servos oboedire dominis» (*ibid.*). Vitoria nega inoltre che i barbari non fossero padroni delle loro terre per mancanza della ragione: innanzitutto perché questo è quanto meno dubbio; in secondo luogo perché la mancanza di ragione non priva un soggetto della sua proprietà (*ibid.*, I, 20-4, pp. 229-32). E conclude: «Restat ergo ex omnibus dictis quod sine dubio barbari erant et publice et privatim veri domini, sicut Christiani; nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus suis, quod non essent veri domini. Et grave esset negare illis, qui nihil iniuriae unquam fecerunt, quod concedimus Saracenis et Iudaeis, perpetuis hostibus religionis Christianae, quos non negamus habere vera dominia rerum suarum» (*ibid.*, 24, p. 232).

¹³ *Ibid.*, II, 10, p. 248: «Barbari non ad primum nuntium fidei Christianae tenentur credere [...] sine miraculis aut quacumque alia probatione aut suasionem». Ma è proprio qui che Vitoria anticipa la pretesa di un diritto degli spagnoli a convertire anche forzatamente gli indios: «Ex qua propositione sequitur quod, si solum illo modo proponatur fides barbaris et non recipiant, non hac ratione possunt Hispani inferre illis bellum neque iure belli contra eos agere» (*ibid.*, 11, p. 249). Ma inversamente, «si barbari, rogati et admoniti ut audiant pacifice loquentes de religione, nollent audire, non excusarentur a peccato mortali» (*ibid.*, 12, p. 250); e «si fides Christiana proponatur barbaris [...] cum argumentis probabilibus et rationalibus et cum vita honesta et secundum legem naturae studiosa [...] barbari tenentur recipere fidem Christi sub poena peccati mortali» (*ibid.*, 13, p. 250). Cfr. anche il passo richiamato alla nota 37 e le tesi, simmetricamente opposte) di Sepúlveda e di Las Casas richiamate alle note 38 e 39.

¹⁴ *Ibid.*, 16, pp. 252-4.

¹⁵ *Ibid.*, 16, p. 254.

¹⁶ *Ibid.*, 16, pp. 254-5.

a) La prima e più importante di queste tesi è quella dell'esistenza di una società naturale di *respublicae* quale *communitas orbis*: in altre parole di «una comunità di stati liberi, indipendenti e quindi uguali, soggetti all'esterno ad un medesimo diritto delle genti e all'interno alle leggi costituzionali che essi stessi si sono date»¹⁷. Si tratta di un'idea rivoluzionaria, che sarà ripresa da tutti i trattatisti successivi: da Francisco Suárez, secondo cui esiste «aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem» che accomuna il «genus humanum»¹⁸, e poi da Alberico Gentili e da Ugo Grozio, che teorizzeranno la soggezione dell'intero genere umano allo «ius gentium»¹⁹. La vecchia idea universalistica della *communitas me-*

¹⁷ Sono le parole con cui Brown Scott definisce il concetto vitoriano di «communitas orbis» (*El origen español del derecho* cit., p. 131). Sui confini assegnati da Vitoria a questa comunità universale la critica è divisa. Secondo Brown Scott (*ibid.*, p. 127), essa includerebbe non solo gli stati cristiani, ma tutte le società organizzate di esseri umani, e quindi anche le comunità degli indios prima della scoperta alle quali Vitoria riconosce i medesimi diritti di quelle del vecchio. La stessa opinione fu sostenuta da A. Truyol Serra, *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria*, Ediciones cultura hispánica, Madrid 1946, pp. 55-7. Mechoulan, *Vitoria, père du droit international?*, in *Actualité* cit., pp. 15-7, ha invece mostrato che questa «communitas orbis» di Vitoria non era affatto universale e altro non era che la «società spagnola» del suo tempo convenientemente universalizzata: da essa restavano esclusi i giudei e i Saraceni, «eterni nemici della religione cristiana» (Vitoria, *De Indis* cit., I, 24, p. 232) e, sia pure in maniera problematica, anche gli indios dell'America, raffigurati come «natura meticulosi et alias stolidi et stulti» (*ibid.*, III, 8, p. 261), a proposito dei quali Vitoria dichiara che né «affirmare audeo, sed nec omnino condemnare» la tesi secondo cui «barbari enim isti, licet (ut supra dictum est) non omnino sint amentes, tamen parum distant ab amentibus, ita videtur quod non sint idonei ad constituendam vel administrandam legitimam et ordinatam Rempublicam etiam inter terminos hamanos et civiles» (*ibid.*, 18, p. 267). Sul «totus orbis» di Vitoria, si vedano anche le considerazioni analitiche di Hagenmacher, *La place de Francisco Vitoria* cit., pp. 36-48.

¹⁸ F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* (1612), ex typis Fibrenianis, Napoli 1872, lib. II, cap. XIX, 5, pp. 155-6: «Ratio autem huius partis et iuris est, quia humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos, et cuiuscumque nationis. Quapropter licet unaquaeque civitas perfecta, respublica, aut regnum, sit in se communitas perfecta, et suis membris constans, nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo huius universi, prout ad genus humanum spectat; nunquam enim illae communitates adeo sunt sibi sufficientes singillatim, quin indigeant aliquo mutuo iuvamine, et societate ac communicatione, interdum ad melius esse maioremque utilitatem, ut ex ipso usu constat. Hac ergo ratione indigent aliquo iure, quo dirigantur, et recte ordinentur in hoc genere communicationis et societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem, non tamen sufficienter et immediate quoad omnia; ideoque aliqua specialia iura potuerunt usu earumdem gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducitur ius, ita in universo humano genere potuerunt iura gentium moribus introduci».

¹⁹ Gentili, *De iure belli libri tres* (1588), a cura di Brown Scott, at the Clarendon Press, Oxford 1933, lib. I, cap. I, p. 13: «Imo ut rectio civitatis et legis latio est penes civitatis partem maiorem: ita orbis rectio est penes congregationem maioris partis orbis»; H. Grozio, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), a cura di P.C. Molhuysen, Sijthoff, Lugduni Batavorum 1919, proleg. 23, p. 10: «Si nulla est communitas quae sine iure conservari possit, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristoteles, certe et illa quae genus humanum aut populos complures inter se colligat, iure indiget».

dioevale — chiesa e impero — viene riformulata e di fatto capovolta. Vengono respinte sia la pretesa del dominio dell'imperatore su tutto il mondo che quella del potere temporale universale del Papa. E alla società universale medioevale viene sostituita la società internazionale degli stati nazionali, concepiti come soggetti giuridici indipendenti gli uni dagli altri, ugualmente sovrani ma subordinati ad un unico diritto delle genti.

In Vitoria per di più — e in questo consiste la sua straordinaria modernità — quest'idea si accompagna ad una concezione giuridica dei pubblici poteri che anticipa la futura dottrina dello stato di diritto, sia sul piano del diritto interno che su quello del diritto internazionale. In primo luogo gli stati sono da lui concepiti — kelsenianamente — come ordinamenti, sulla base di un'equiparazione tra diritto e stato: «le leggi civili obbligano i legislatori e principalmente i re»²⁰. Dunque il *princeps* legittimo non è *legibus solutus* — come sarà invece per Bodin che definirà la sovranità come «summa in cives ac subditos legibus soluta potestas» — ma soggetto alle leggi, che per Vitoria «etiam si ferantur a rege, obligant ipsum regem»²¹. In secondo luogo Vitoria enuncia apertamente il fondamento democratico dell'autorità del sovrano, anticipando il principio moderno della sovranità popolare: il principe, egli dice, «habet auctoritatem a Republica. Ergo debet uti illa ad bonum Reipublicae. Item leges debent esse nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscriptae»²²: una tesi rivoluzionaria, che sarà ripresa e sviluppata ancor più incisivamente da Francisco Suárez²³ ma non da Grozio, che la re-

²⁰ Vitoria, *De potestate civili* (1528), in *Relaciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, a cura di Luis G. Alonso Getino, La Rafa, Madrid 1934, t. II, § 21, p. 206: «Quaeritur tandem: An leges civiles obligent Legislatores, et maxime Reges. Videtur enim aliquibus quod non, cum sint supra totam Rempubliam, et nullus possit obligari, nisi a superiore; sed certius, et probabilius est, quod obligentur».

²¹ *Ibid.* Analogamente, Ugo Grozio sosterrà, insieme alla soggezione dei sovrani allo ius naturale, il diritto dei sudditi alla disobbedienza: «si quid imperent naturali iuri aut divinis praeceptis contrarium, non esse faciendum quod iubent» (*De iure belli ac pacis* cit., lib. I, cap. IV, § I, 3, p. 104).

²² Vitoria, *De iure belli relectio posteriore* (1539), in *De indis et de iure belli* cit., 12, p. 278.

²³ Suárez, *De legibus* cit., lib. III, cap. II (intitolato «In quibus hominibus immediate existat ex natura rei potestas haec condendi leges humanae»), 3, p. 165: «Dicendum ergo est, hanc potestatem ex sola rei natura in nullo singulari homine existere, sed in *hominum collectione*. [...] Ratio prioris partis evidens est, quae in principio est tacta, quia ex natura rei omnes homines nascuntur liberi, et ideo nullus habet iurisdictionem politicam in alium, sicut nec dominium; neque est ulla ratio, cur hoc tribuatur ex natura rei his respectu illorum, potius quam e converso [...]. Potestas ergo dominandi, seu regendi politice homines, nulli homini in particulari data est immediate a Deo». Se non spetta a un singolo, conclude Suárez, la suprema potestas spetta alla comunità, anzi all'intera comunità umana del mondo: «Hinc facile concludi-

spingerà fermamente²⁴. In terzo luogo per Vitoria il diritto delle genti vincola gli stati nei loro rapporti esterni non soltanto con la forza propria dei patti tra le parti (*ius dispositivum*) ma anche con forza di legge (*ius cogens*): «quod ius gentium non solum habet vim ex pacto et conducto inter homines, sed etiam habet vim legis»²⁵. Infine Vitoria giunge a concepire non solo l'*universalis respublica* delle genti, ma anche l'umanità come nuovo soggetto di diritto: «Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium [...]. Neque licet uni regno nolle teneri iure gentium: est enim latum totius orbis auctoritate»²⁶. Un'idea, questa del «*totus orbis*, dell'umanità come persona morale rappresentativa di tutto il genere umano, che «è indubbiamente» — come ha osservato Antonio Truyol Serra — la concezione più grandiosa e innovatrice di Francisco de Vitoria»²⁷.

b) Ma è proprio su questa «grandiosa» concezione che Vitoria fonda una lunga serie di diritti naturali che, grazie alla loro ambiguità e alla loro falsa universalità, valgono da un lato ad offrire una nuova legittimazione alla conquista e, dall'altro, a fornire l'impalcatura ideologica del carattere eurocentrico del diritto internazionale, delle sue valenze colonialistiche e imperialistiche e perfino delle sue vocazioni

tur altera pars assertionis, nimirum potestatem hanc ex vi solius iuris naturae esse in hominum communitate [...]. Alio ergo modo consideranda est hominum multitudo, quatenus specialia voluntate seu communi consensu in unum corpus politicum congregantur uno societatis vinculo, et ut mutuo se iuvent [...]. His vero addendum est, hanc potestatem non ita esse ex natura rei in moltitudine hominum, ut necessario sit una numero in tota specie, seu in tota collectione hominum existentium in universo orbe» (*ibid.*, 4, pp. 165-6). E nel capitolo IV aggiunge: «ratio ex dictis est, quia haec potestas ex natura rei est immediate in communitate; ergo ut iuste incipiat esse in aliqua persona tanquam in supremo principe, necesse est, ut ex consensu communitatis illi tribuatur» (*ibid.*, III, IV, 2, p. 169). È ben vero, dice poi Suárez, che tale consenso non è revocabile: «quia traslata potestate in regem, per illam efficitur superior etiam regno, quod illam dedit, quia dando illam se subiecit, et priore libertate privavit, ut in exemplo de servo, servata proportione, constat» (*ibid.*, III, IV, 5, p. 170). Ma l'irrevocabilità è condizionata al fatto che la potestà regia non degeneri in tirannide: «Et eadem ratione non potest rex illa potestate privari, quia verum illius dominium acquisivit, nisi fortasse in tyrannidem declinet» (*ibid.*). In tal caso «respublica tota, publico et communi concilio civitatis» può revocare il patto originario, nel quale non era certo incluso il governo tirannico: «intelligitur exceptus in primo illo foedere, quo respublica potestatem suam in regem transtulit» (*Defensio fidei*, 1613, VI, 4, 15).

²⁴ Grozio, *De iure belli ac pacis* cit., lib. I, cap. III, § VIII, pp. 66 e 75-82: «Refellitur sententia quae statuit summam potestatem semper esse in populum».

²⁵ Vitoria, *De potestate civili* cit., § 21, p. 207.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ A. Truyol Serra, *Premises philosophiques et historiques du "totus orbis" de Vitoria*, in «Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria», II, pp. 179 sgg.

bellicistiche. Si rivelano qui le non luminose origini dei diritti naturali e il loro ruolo di legittimazione ideologica, ben prima delle loro grandi teorizzazioni giusnaturalistiche ed illuministiche dei secoli XVII e XVIII, non solo dei valori ma anche degli interessi politici ed economici del mondo occidentale.

Il primo diritto naturale teorizzato da Vitoria è lo *ius communicationis*, conseguente al postulato della «società naturale» degli stati²⁸. Parafrasando le *Institutiones* di Gaio (1, 2, 1) e sostituendo *homines* con *gentes*, Vitoria propone questa definizione del diritto internazionale: «quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium»²⁹. C'è dunque una società naturale e una comunione naturale tra i popoli; e ogni nazione ha il diritto di entrare in relazione con le altre. Sembrerebbe una concezione dell'ordine giuridico mondiale informata non solo all'uguaglianza ma anche alla fratellanza dei popoli³⁰. Solo che Vitoria ne fa derivare una lunga serie di altri diritti la cui apparente universalità è smentita dal loro carattere vistosamente asimmetrico: innanzitutto lo *ius peregrinandi et degendi*³¹, e quindi il diritto di transito e la libertà dei mari³² che saranno poi teorizzati in maniera ben più esplicita da Alberico Gentili e da Ugo Grozio³³; in secondo luogo lo *ius commercii*, e conseguentemente la consacrazione giuridica di un grande mercato mondiale unificato³⁴; in terzo luogo il diritto di partecipare alle cose che gli indios hanno in comune e di appropriarsi di tutte quelle che essi non raccolgono, a cominciare dall'oro e dall'argento³⁵; in quarto luogo lo *ius migran-*

²⁸ «Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis» (Vitoria, *De Indis* cit., III, 1, p. 257).

²⁹ *Ibid.*, 2, p. 257.

³⁰ «Ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturalis, et contra natura est vitare consortium hominum innoxiorum» (*ibid.*, 2, prob. 8, p. 258).

³¹ «Et circa hoc sit prima conclusio: Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen documento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi» (*ibid.*, p. 257).

³² *Ibid.*, prob. 10, p. 258.

³³ Gentili, *De iure belli* cit., lib. I, cap. XIX, ove viene teorizzato lo ius transitu e lo ius commercii; Grozio, *Mare liberum* (1605), che è il capitolo XII del *De iure praeae commentarius*, scoperto nel 1864 e pubblicato a l'Aja nel 1868.

³⁴ «Secunda propositio: licet Hispanis negotiari apud illos, sine patriae tamen damno, puta importantes illuc merces, quibus illi carent, et adducentes illinc vel aurum vel argentum vel alia, quibus illi abundant» (Vitoria, *De indis* cit., III, 3, p. 258).

³⁵ «Tertia propositio: Si quae sunt apud barbaros communia, tam civibus quam hospitibus, non licet barbaris prohibere Hispanos a communicatione et participatione illorum. Exempli gratia, si licet aliis peregrinis vel effodere aurum in agro communi vel ex fluminibus vel piscari margaritas in mari vel in flumine non possunt barbari prohibere Hispanos [...]. Secundo, quia, quae in nullius bonis sunt, iure gentium sunt occupantis. Ergo, si aurum in agro vel margaritae in mari aut aliud quodcumque in fluminibus non est appropriatum, iure gentis erit occupantis, sicut et pisces in mari» (*ibid.*, 4, p. 259).

di, e cioè di trasferirsi nel nuovo mondo e di acquisirne la cittadinanza³⁶. Dove è chiaro il carattere concretamente diseguale di questi diritti astrattamente universali: sono di fatto solo gli spagnoli a poterli esercitare — trasferendosi, occupando, dettando le leggi ineguali del mercato — mentre gli indios ne sono unicamente le parti passive e le vittime.

A questi diritti umani Vitoria aggiunge altri quattro diritti divini, non meno asimmetrici e ancor più falsamente liberali: lo «ius praedicandi et annuntiandi Evangelium» e il dovere degli indios di non ostacolarlo³⁷, con cui Vitoria assume una posizione intermedia tra quella sbrigativamente violenta di Sepúlveda³⁸ e quella decisamente liberale di Bartolomeo de Las Casas³⁹; il diritto-dovere alla «correctio fra-

³⁶ «Quarta propositio: Immo si ex aliquo Hispano nascantur ibi liberi et velint esse cives, non videtur quod possint prohiberi vel a civitate vel a commodis aliorum civium [...]. Immo si qui vellent accipere domicilium in aliqua civitate illorum, ut accipiendo uxorem vel alia ratione, qua alii peregrini solent fieri cives, non videtur quod possint prohiberi» (*ibid.*, 5, p. 260).

³⁷ *Ibid.*, 9-12, pp. 262-3. Vitoria non ha però difficoltà a mescolare sacro e profano, legittimando la limitazione ai soli spagnoli dei diritti di comunicazione, di commercio e perfino di predicazione, da lui proclamati «naturali» e perciò universali: «Papa potuit negotium conversionis Indorum barbarorum solis Hispanis demandare, et omnibus aliis, non solum praedicationem, sed etiam commercium interdicere, si ita expediret ad Christianae religionis propagationem» (*ibid.*, 10, pp. 256 e 262).

³⁸ La «salvazione» degli indios, scrive Juan Ginés de Sepúlveda, «la si può svolgere in due modi: solamente predicando ed esortando, oppure usando dei metodi violenti ed impaurendo con pene [...]. Cristo e gli Apostoli si avvalsero del metodo enunciato per primo. La Chiesa, da quando ebbe l'aiuto e l'ausilio di Re e governanti cristiani, ricorse al secondo. Entrambi i metodi sono santi come insegna Agostino citando Luca [...]. Ha il medesimo valore sottoporre al comando dei cristiani con i propri mezzi o per mezzo dei Sovrani cristiani, perché questa via è velocissima e comodissima per portare a termine tale compito e procurare la salvezza dell'anima. Del resto alcuni uomini dotti ma poco pratici affermarono che, prima di muovere guerra, i barbari dovevano essere ammoniti dagli inviati a lasciare il culto idolatra e ad acconsentire alla predicazione pubblica della religione cristiana, perché, se acconsentivano alle richieste, si provvedesse alla salvezza della loro anima senza guerre [...]. [Ma] chi ara deve arare sperando nei frutti, come dice Paolo, e ciò che è inutile deve essere trascurato [...]. Inoltre anche se i barbari ammettessero, spinti dalla paura, i predicatori e deponessero il culto idolatra, o meglio fingessero di deporlo, non c'è dubbio che, tolta la causa della paura, si affrettirebbero a tornare ai costumi primitivi e ad espellere i predicatori, ad uccidere i medesimi e le persone convertite da quelli se non tornassero alle primitive pratiche empie. Tutti questi inconvenienti vengono facilmente tolti di mezzo una volta sconfitti i barbari. Così si ottengono più conversioni in un mese che in cento anni con la sola predicazione [...]. La guerra è dunque necessarissima a meno che per caso i barbari, di loro volontà e senza le armi, si arrendano a noi. Infatti la via della predicazione non accompagnata dalla forza è lunga e cosparsa di ostacoli» (*Apologia* cit., pp. 121-3).

³⁹ Ne *Los tesoros del Perú*, Bartolomeo de Las Casas sostiene, contrariamente non solo a Sepúlveda ma anche a Vitoria, che «ogni popolo o nazione o il re che la rappresenta può, per diritto naturale, interdire agli stranieri di qualunque nazione l'accesso al suo territorio ove ritenga che questo rappresenti un pericolo per la patria» (cit. da Mechoulam, *Vitoria, père du droit* cit., p. 25).

terna» dei barbari⁴⁰; il diritto-dovere di proteggere i convertiti dai loro signori⁴¹; quello alla deposizione di questi, ove i loro sudditi desiderino un sovrano cristiano⁴². Infine il diritto più importante, che equivale a una specie di norma di chiusura: il diritto degli spagnoli, ove gli indios non si persuadessero di queste loro buone ragioni, di difendere i loro diritti e la loro sicurezza anche con le misure estreme della violenza e della guerra⁴³. Insomma: «Si, omnis tentatis, Hispani non possunt consequi securitatem cum barbaris, nisi occupando civitates et subiciendo illos, licite possunt hoc etiam facere. Probatur, quia finis belli est pax et securitas»⁴⁴.

c) È così che la concezione giuridica vitoriana della comunità internazionale si risolve in una nuova dottrina di legittimazione della guerra giusta e, per suo tramite, della conquista. La negazione o la violazione dei diritti umani e divini sopra elencati, afferma infatti Vitoria, giustifica la guerra. Si badi: Vitoria condanna la guerra contro gli indios sotto il semplice pretesto di diffondere il cristianesimo. E nega la legittimità della guerra per imporre la religione agli indios contro la loro volontà⁴⁵. Ma la differenza tra queste ipotesi e quella dell'opposizione degli indios alla predicazione, o all'esercizio dello *ius peregrinandi*, o dello *ius commercii* o del diritto di appropriarsi dell'oro o dell'argento o delle terre abbandonate, nonché di quello di «difendersi» e di difendere dai loro principi gli indios convertiti — che è poi esattamente, anche se molto eufemisticamente, ciò che

⁴⁰ Vitoria, *De indis* cit., III, 9. p. 262: «Correctio fraterna est de iure naturali, sicut et dilectio. Cum ergo omnes illi sint non solum in peccatis, sed extra statum salutis, ergo ad Christianos spectat corrigere et dirigere eos, immo videtur quo teneantur ad hoc».

⁴¹ *Ibid.*, 13, p. 264.

⁴² *Ibid.*, 14, p. 264.

⁴³ «Si barbari velint prohibere Hispanos in supra dictis a iure gentium, puta vel commercio vel aliis, quae dicta sunt, Hispani primo debent ratione et suasionibus tollere scandalum et ostendere omni ratione se non venire ad nocendum illis, sed pacifice velle hospitari et peregrinari. [...] Quod si, reddita ratione, barbari nolint acquiescere, sed velint vi agere, Hispani possunt se defendere et omnia agere ad securitatem suam convenientia, quia vim vi repellere licet. Nec solum hoc, sed, si aliter tuti esse non possunt, artes et munitiones aedificare, et, si acceperint iniuriam, illam auctoritate principis bello prosequi et alia belli iura agere» (*ibid.*, 6, p. 260). Cfr. le note 13, 45 e 56.

⁴⁴ *Ibid.*, 7, p. 261.

⁴⁵ «Quantumcumque fides annuntiata sit barbaris probabiliter et sufficienter et noluerint eam recipere, non tamen hac ratione licet eos belli persequi et spoliare bonis suis» (*ibid.*, II, 15, p. 250); «Si barbari permittant Hispanos libere et sine impedimento praedicare Evangelium, sive illi recipiant fidem sive non, non licet hac ratione intentare illis bellum nec alias occupare terras illorum» (*ibid.*, III, 11, p. 263). Sul ruolo centrale della guerra nella costruzione di Vitoria, cfr. Verhoeven, *Vitoria ou la matrice du droit international*, in *Actualité* cit., pp. 112 sgg.

avevano fatto fino ad allora gli spagnoli — è poco più che un sofisma: di fatto, in questi casi, gli spagnoli hanno diritto di muovere guerra e di farsi ragione con la forza⁴⁶.

La cosa straordinaria è che nella logica di Vitoria è proprio la concezione giuridica della comunità internazionale ad esigere, come corollario e fondamento, questa nuova dottrina della «guerra giusta». Rispondendo alle quattro tradizionali questioni in materia di guerra giusta — se sia lecita la guerra, chi è competente a dichiararla, quali ne siano le giuste cause e quali i limiti nel modo di condurla⁴⁷ — Vitoria elabora infatti una dottrina giuridica della guerra come sanzione volta ad assicurare l'effettività del diritto che durerà inalterata fino al nostro secolo e giungerà fino a Kelsen.

La guerra è lecita e necessaria, afferma dunque Vitoria, proprio perché gli stati sono sottoposti al diritto delle genti e, in mancanza di un tribunale superiore, le loro ragioni e la persecuzione delle ingiurie non possono essere fatte valere che con la guerra⁴⁸. Ne derivano due conseguenze. La prima, che sarà ripresa e sviluppata da Alberico Gentili⁴⁹, è che la guerra può essere fatta lecitamente solo dagli stati e non anche dai privati, che diversamente dai primi possono ottenere giustizia sulla base del loro diritto interno⁵⁰; e questo, se per un verso vale a limitare la guerra delegittimando l'antico flagello delle guerre civili, per altro verso vale ad offrire il più solido fondamento alla nascente sovranità esterna degli stati, i quali sono concepibili come *Respublicae perfectate* in quanto, e solo in quanto, siano *sibi sufficientes* grazie alla titolarità dello *ius ad bellum*. È così che il diritto

⁴⁶ «Si barbari, sive ipsi domini sive etiam multitudo, impediunt Hispanos quominus libere annuntient Evangelium, Hispani, reddita prius ratione ad tollendum scandalum, possunt, illis invitatis, praedicare et dare operam et conversionem gentis illius et, si sit opus, propter hoc bellum suscipere vel inferre, quousque pariant opportunitatem et securitatem praedicandi Evangelium» (*ibid.*, 12, p. 263). Vedi anche la nota 43.

⁴⁷ Vitoria, *De iure belli* cit., p. 272.

⁴⁸ È questa l'interpretazione dei passi di Vitoria proposta da Brown Scott: la guerra, egli scrive, è per Vitoria «una domanda giudiziale trasmessa con la forza, in assenza di un Tribunale superiore» (*El origen español* cit., p. 107; cfr. anche pp. 102 e 111).

⁴⁹ Risale a Gentili la celebre definizione della guerra come «publicorum armorum iusta contentio» (Gentili, *De iure belli* cit., lib. I, cap. II, p. 17) e la conseguente condanna delle guerre civili che avevano funestato il medioevo: «Neque enim bellum est rixa, pugna, inimicitia privatorum» (*ibid.*, p. 18).

⁵⁰ «Pro probatione est notandum quod differentia est quantum ad hoc inter privatam personam et Rempublicam, quia privata persona habet quidem ius defendendi se et sua, ut dictum est, sed non habet ius vindicandi iniuriam, immo nec repetendi ex intervallo temporis res ablatas [...] sed Respublica habet auctoritatem non solum defensionis, sed etiam vindicandi se et suos et persequendi iniurias. Quod probatur, quia, ut Aristoteles tradit, Respublica debet esse sufficiens» (Vitoria, *De iure belli* cit., 5, p. 276).

alla guerra diviene il principale criterio di identificazione dello stato⁵¹ e insieme il più concreto argomento a sostegno della sua emancipazione dal tradizionale vincolo esterno dell'autorità imperiale⁵².

La seconda conseguenza è che il principe che muove una giusta guerra è come «un giudice competente a conoscere delle pretese con essa rivendicate»⁵³. Poco importa che la soddisfazione o meno di tali pretese dipenda dalla forza e non dal diritto ed equivalga quindi alla ragion fattasi. Poco importa che simili giudici combattenti — e cioè gli stati sovrani e per essi i loro principi legittimi, identificati da Vitoria come i soli soggetti competenti a dichiarare la guerra — siano giudici in causa propria. Costoro hanno il diritto-dovere di difendere i loro sudditi e di punire le ingiurie. E lo hanno proprio perché la guerra è la sola possibile sanzione delle ingiurie ricevute⁵⁴.

Naturalmente questa concezione giuridica della guerra come sanzione ne comporta — per Vitoria come poi per Ayala, per Gentili e per Grozio — una lunga serie di limiti, sia quanto ai presupposti (*ius ad bellum*), sia quanto alle modalità (*ius in bello*). Non basta una qualsiasi ingiuria a giustificare la guerra, dato che una così grave ed atroce sanzione dev'essere proporzionata all'offesa⁵⁵. Tanto meno è

⁵¹ «Tota difficultas est: Quid est Respublica et quis proprie dicitur princeps? Ad hoc breviter respondetur quod Respublica proprie vocatur perfecta communitas. Sed hoc ipsum est dubium, quae sit perfecta communitas [...]. Est ergo perfecta Respublica aut communitas, quae est per se totum, id est quae non est alterius Reipublicae pars, sed quae habet proprias leges, proprium consilium et proprios magistratos [...]. Talis ergo Respublica aut princeps illius habet auctoritatem indicendi bellum, et solum talis». (*ibid.*, 7, p. 277).

⁵² «Sed ex hoc ipso dubitari merito potest an, si plures huiusmodi Reipublicae aut principes habeant unum communem dominum aut principem, an possint per se inferre bellum sine auctoritate superioris principis. Et respondeo quod sine dubio possunt ut reges, qui sunt subiecti Imperatori, possunt invicem belligerare, non exspectata auctoritate Imperatoris; quia (ut dictum est) Respublica debet sibi esse sufficiens, nec sufficeret sibi sine tali facultate» (*ibid.*, 8, p. 277).

⁵³ «Princeps, qui gerit iustum bellum, habet se in causa belli tanquam iudex» (*ibid.*, 17, p. 280); «item principes sunt iudices in propriis causis, quia non habent superiores» (*ibid.*, 29, p. 284); «Ergo pro iniuria praeterita licet interficere auctores iniuriae. Item hoc licet in proprios cives malfactores. Ergo etiam in extraneos, quia (ut supra dictum est) belli princeps iure belli auctoritatem habet in hostes, sicut legitimus iudex et princeps» (*ibid.*, 46, pp. 291-2); «Item superior iudex potest commode multare auctorem iniuriae, tollendo scilicet ab eo civitatem aut arcem. Ergo et princeps, qui laesus est, hoc poterit, quia iure belli factus est tanquam iudex» (*ibid.*, 56, p. 296); «Parta victoria et confecto bello [...] oportet victorem existimare se iudicem sedere inter duas Respublicas — alteram quae laesa est, alteram quae iniuriam fecit — ut, non tanquam accusator, sed tanquam iudex, sententiam ferat, qua satisfieri quidem possit Reipublicae laesae, sed quantum fieri poterit, cum minima calamitate et malo Reipublicae nocentis» (*ibid.*, 60, p. 297).

⁵⁴ «Unica est sola causa iusta inferendi bellum, iniuria accepta» (*ibid.*, 13, p. 279). La stessa definizione sarà ripresa da Grozio: «Causa iusta belli suscipiendi nulla esse alia potest nisi iniuria» (*De iure belli ac pacis* cit., lib. II, cap. I, § I, 4, p. 127).

⁵⁵ «Non quaelibet et quantavis iniuria sufficit ad bellum inferendum [...]. Cum ergo quae

giustificata la guerra per la «*diversitas religionis*», o a scopo di conquista o per la gloria del principe⁵⁶. Diversamente da un tiranno, dice Vitoria, il principe legittimo non può mettere in pericolo la vita dei suoi sudditi senza giusta ragione⁵⁷ dato che, come già detto, la sua autorità promana dalla repubblica le cui leggi sono finalizzate al bene comune⁵⁸. Lo stesso vale per le leggi di guerra, che parimenti devono essere per la comune utilità e non per quella del principe. È questo che distingue i liberi dai servi. Sicché, quando un sovrano trascina in guerra un popolo non per il bene pubblico ma per la sua personale convenienza, abusa dei cittadini e li trasforma in schiavi⁵⁹.

D'altra parte, proprio perché configurata come una sanzione «finalizzata alla pace e alla sicurezza»⁶⁰, la guerra non può consistere in una violenza illimitata, ma dev'essere anch'essa soggetta al diritto (*ius in bello*). Non deve quindi colpire gli innocenti, come le donne, i bambini, gli «inoffensivi agricoltori» e in genere quelle che oggi chiamiamo «popolazioni civili»⁶¹. Né sono consentiti i massacri, i saccheggi e le spoliazioni dei nemici, se non delle armi e di altre cose pericolose⁶². E se è lecito uccidere i nemici in battaglia, non lo è più

in bello geruntur, omnia sint gravia et atrocita, ut caedes, incendia, vastationes, non licet pro levibus iniuriis bello persequi auctores iniuriarum, quia iuxta mensuram delicti debet esse plagarum modus» (Vitoria, *De iure belli* cit., 14, p. 279). Per questo, benché il re sia formalmente il solo competente a dichiarare la guerra, non basta il suo solo parere sui presupposti della guerra, dato che egli può anche sbagliarsi: occorre che egli consulti molti e saggi cittadini. E tutti possono discutere lecitamente della liceità della guerra prima che essa sia dichiarata (*ibid.*, 20-22, pp. 281-2).

⁵⁶ «Causa iusti belli non est diversitas religionis» (*ibid.*, 10, p. 278; cfr. anche *supra* la nota 43); «Non est iusta causa belli amplificatio imperii» (*ibid.*, 11, p. 278); «Non est iusta causa belli aut gloria propria aut aliud commodum principis» (*ibid.*, 12, p. 278). Le stesse tesi saranno riprese da Balthazar de Ayala (*De iure et officiis bellicis et disciplina militari* (1582), a cura di J. Westlake, Washington 1912), da Alberico Gentili (*De iure belli* cit., lib. I, capp. VII, pp. 53-6, IX, pp. 59-66 e XXV, p. 203 sgg.) e, in maniera più rigorosa, da Grozio, che contrappone il principio della «iusta causa belli» alla ragion di stato (*De iure belli ac pacis* cit., prol. 23, p. 10: «Foeda ne patriae quidem causa facienda esse»; *ibid.*, 25-28, pp. 11-2) ed esclude in base ad esso la legittimità delle guerre preventive (*ibid.*, lib. II, cap. I, § XVII, p. 137) e ancor più delle guerre di conquista (*ibid.*, lib. II, cap. XXII, §§ VIII e XII, pp. 434-5).

⁵⁷ «Nam princeps debet et bellum et pacem ordinare ad bonum commune Reipublicae, nec publicos redditus pro propria gloria aut commodo erogare, et multo minus cives suos periculis exponere» (Vitoria, *De iure belli* cit., 12, p. 278).

⁵⁸ Si veda il passo richiamato alla nota 22.

⁵⁹ «Ergo etiam leges belli debent esse pro communi utilitate et non pro propria principis. Item hoc differunt liberi a servis [...]. Unde quod principes abutantur civibus cogendo eos militare et pecuniam in bello conferre, non pro publico bono, sed pro privato suo commodo, est cives servos facere» (12, pp. 278-9).

⁶⁰ *Ibid.*, 18, p. 280 e *passim*.

⁶¹ *Ibid.*, 35-37, pp. 287-8.

⁶² Vitoria, *De iure belli* cit., 39, pp. 289 e 52-53, pp. 294-5.

quando essi cessano di essere pericolosi e sono fatti prigionieri⁶³. Insomma, la violenza consentita è solo quella minima necessaria e il trattamento dei nemici è soggetto al diritto. E questo proprio perché di fronte alle offese degli stranieri il principe è un «giudice» esattamente come per il suo popolo⁶⁴, e come non può usare violenza verso i suoi sudditi che non abbiano commesso ingiurie, neppure può farlo con gli stranieri innocenti⁶⁵.

3. *L'assolutizzazione della volontà esterna.* *Grozio, Hobbes e Locke.*

Queste tre dottrine — l'idea di una *societas* di stati ugualmente sovrani ma tutti soggetti al diritto, l'affermazione di una serie di diritti naturali delle genti primo tra tutti lo *ius communicationis*, astrattamente uguali ma concretamente asimmetrici e disuguali, e la teoria della guerra giusta come sanzione e quindi come attuazione del diritto — sono alla base dell'intera teoria internazionalistica moderna e insieme della dottrina della sovranità degli stati. Esse informano tutta la storia del diritto internazionale, fino all'emanazione della Carta dell'Onu, e formano tuttora le coordinate dell'odierna cultura internazionalistica e degli attuali assetti del diritto internazionale.

La loro forza risiede nella loro già segnalata ambivalenza, che ne ha consentito, proprio per la loro astratta razionalità ed universalità, l'utilizzazione come dottrine di legittimazione degli assetti esistenti e delle politiche di forza delle potenze dominanti. Un'ambivalenza presente, come si è visto, in tutte e tre le dottrine: nella dottrina dell'uguaglianza degli stati, che copre le loro concrete disuguaglianze e il ruolo dominante e imperialistico delle grandi potenze; nella teorizzazione dello *ius communicationis* e dello *ius commercii*, i quali si convertono rapidamente nel diritto di civilizzazione e colonizzazione dei paesi del nuovo e poi del terzo mondo da parte dell'occidente capitalistico; nella dottrina infine della guerra giusta, la quale produ-

⁶³ *Ibid.*, 49, p. 293. I nemici prigionieri, aggiunge Vitoria, possono essere fatti schiavi solo se non sono cristiani (*ibid.*, 42, pp. 290-1).

⁶⁴ «Notandum quod principes non solum habent auctoritatem in suos, sed etiam in extraneos, ad coercendum illos, ut abstineant se ab iniuriis, et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate» (*ibid.*, 19, pp. 280-1).

⁶⁵ «Item non maiorem auctoritatem habet princeps super extraneos quam suos. Sed in suos non potest gladium stringere nisi fecerint injuriam. Ergo neque in extraneos [...]. Ex quo constat quod adversus eos qui nobis non nocent, non licet ira gladii uti, cum occidere innocentes prohibitum sit iure naturali» (*ibid.*, 13, p. 279).

ce la mistificazione della guerra come attuazione del diritto — e di un diritto modellato volta a volta sugli interessi del più forte — occultandone il carattere di irriducibile negazione del medesimo. Nasce, con queste idee di Vitoria, il paradigma moderno, dapprima cristianocentrico e poi laicamente eurocentrico, della legittimazione della conquista e del successivo colonialismo europeo sulla base dell'universalizzazione dei «valori» e insieme dei concreti interessi occidentali e della negazione del mondo non cristiano o non civile.

Faremmo torto tuttavia a Francisco Vitoria se imputassimo al suo pensiero il fallimento del suo disegno cosmopolitico di una *communitas orbis* formata da stati liberi ed uguali ma tutti parimenti soggetti al diritto delle genti. Il fallimento fu provocato dall'antinomia, rivelatasi ben presto insolubile, tra le forme storicamente assunte dalla sovranità degli stati e l'idea della loro soggezione al diritto. Con il formarsi degli stati nazionali e con la loro totale autonomizzazione dai vincoli anche solo ideologici e religiosi che avevano cementato la *civitas christiana* sotto l'egida della chiesa e dell'impero, cade ogni limite alla sovranità statale e si compie, con la sua piena secolarizzazione, la sua totale assolutizzazione.

La dottrina internazionalistica e la filosofia politica del secolo XVII registrano questo cambiamento, sciogliendo tutte le ambivalenze presenti nella costruzione di Vitoria per adattare — realisticamente — alla mutata struttura del mondo civile, diviso ormai definitivamente nei nuovi stati assoluti e sovrani. Si attenua innanzitutto, nella dottrina internazionalistica, la dimensione normativa e assiologica presente nel pensiero di Vitoria.

È ad Alberico Gentili e ancor più esplicitamente a Ugo Grozio che può farsi infatti risalire la prima formulazione di quel «principio di effettività» che diverrà il postulato teorico e metodologico della scienza internazionalistica e che in concreto si risolve nella fallacia naturalistica della valorizzazione giuridica di ciò che di fatto accade. Anche Gentili e Grozio ripropongono l'idea vitoriana di un'*universalis societas gentium*. Ma essi autonomizzano definitivamente il diritto delle genti non solo dalla morale e dalla teologia ma dallo stesso diritto naturale, definendolo «*id quod omnium gentium aut multarum voluntate vim obligandi accepit*»¹: cioè come quello la cui forza obbligatoria dipende dal consenso di tutti o della maggior parte degli stati, e più esattamente di quelli che Grozio chiama «*moratio*

¹ Grozio, *De iure belli ac pacis* cit, lib. I, cap. I, § XIV, 1, p. 30.

res», ossia più civili². È così che il diritto viene appiattito sul fatto, e precisamente sulla volontà e sui concreti interessi dei soggetti più forti della comunità internazionale. Ne sono prova molte tesi groziane in tema di *ius ad bellum* e di *ius in bello* che riflettono le prassi dominanti e segnano perciò un deciso regresso rispetto a quelle di Vitoria: la tesi che i cristiani devono allearsi contro i nemici del cristianesimo³ e far guerra a quelli che violano il diritto naturale⁴ o offendono la divinità⁵, e quella che i belligeranti possono uccidere tutti coloro che si trovano in territorio nemico⁶ incluse le donne e i bambini⁷ e i prigionieri⁸.

Ma fu soprattutto la filosofia politica giusnaturalistica del Seicento che recise ogni legame della sovranità statale con vincoli giuridici di tipo sovrastatale, contraddicendo l'intera concezione giuridica della società internazionale elaborata da Vitoria e riformulata da Grozio: dalla concezione universalistica della *communitas orbis* all'idea della soggezione al diritto degli stati, fino alla dottrina della guerra giusta come sanzione delle *iniuriae* e quindi dei limiti ad essa connessi.

Entra in crisi, innanzitutto, l'idea della *societas gentium* come comunità di popoli liberi e indipendenti ma soggetti al diritto. Compiutosi il processo di secolarizzazione dei nuovi stati nazionali, la sovranità statale si libera da ogni vincolo esterno, in accordo da un lato con le teoriche della sovranità di Botero e di Bodin e, dall'altro, con i connotati marcatamente statalistici impressi da Hobbes e dall'intera scuola classica del diritto naturale al paradigma contrattualistico su cui veniva fondata la teoria politica moderna.

Gli stati, scrive realisticamente Hobbes, si trovano tra loro nella condizione del *bellum omnium* propria degli uomini allo stato di natura: una condizione di guerra, egli dice, che forse non è mai esistita tra gli uomini, ma che certo è sempre esistita tra «i re e le persone che hanno un'autorità sovrana [i quali] sono in continua gelosia per la loro indipendenza, e si trovano nello stato e nella posizione dei gladiatori, con le armi puntate e con gli occhi fissi l'un sull'altro; cioè

² Il diritto naturale, dice Grozio, può essere individuato a priori o a posteriori: a priori, sulla base della conformità o difformità «cum natura rationali ac sociali; a posteriori, si non certissima fide, certe probabiliter admodum, iuris naturalis esse colligitur id quod apud omnes gentes, aut moratiores omnes tale esse creditur» (*De iure belli ac pacis* cit., lib. I, cap. I, § XII, I, p. 28).

³ *Ibid.*, lib. II, cap. XV, § XII, p. 309.

⁴ *Ibid.*, cap. XX, § XI, 3-4, pp. 395-6.

⁵ *Ibid.*, § XLIV, pp. 397-9.

⁶ *Ibid.*, lib. III, cap. IV, § VI, p. 514.

⁷ *Ibid.*, § IX, pp. 515-6.

⁸ *Ibid.*, § X, pp. 516-7.

con i loro forti, le loro guarnigioni ed i loro fucili alle frontiere dei propri reami, e con continue spie negli stati circonvicini: la quale è una posizione guerresca»⁹. E ancora: «la libertà dello Stato è la stessa che avrebbe ogni uomo, se non vi fossero leggi civili, né stato del tutto. E gli effetti sono anche gli stessi, poiché, come tra gli uomini senza un padrone è una guerra perpetua, [...] così, negli stati indipendenti tra loro, ogni stato — non ogni uomo — ha una libertà assoluta, per fare ciò che giudicherà — cioè che l'uomo o l'assemblea rappresentante giudicherà — più opportuno al proprio vantaggio. E inoltre essi vivono nella condizione di perpetua guerra e pronti alla battaglia, con le frontiere armate e con i cannoni puntati contro i propri vicini intorno»¹⁰. Né diversa è l'immagine della società internazionale proposta da Locke: «Poiché tutti i principi e i magistrati di governi indipendenti per tutto il mondo sono in uno stato di natura, è chiaro che il mondo non fu mai né mai sarà privo di un certo numero di uomini in quello stato. Ho alluso a tutti i governanti indipendenti, siano o non siano alleati con altri, perché non è un patto qualsiasi quello che pone termine allo stato di natura fra gli uomini, ma soltanto quello di accordarsi insieme reciprocamente a entrare in un'unica comunità e a formare un unico corpo politico»¹¹.

Insomma la società internazionale degli stati viene a configurarsi — nella teoria e prima ancora nella pratica — come una società selvaggia allo stato di natura; anzi come il moderno paradigma dello stato di natura. Con la differenza, rispetto allo stato di natura originario, che i soggetti di questa «società naturale» costruita dagli uomini non sono più gli uomini naturali in carne ed ossa, e neppure i popoli, ma esclusivamente gli «uomini artificiali» da essi costruiti. L'ambiguità dei soggetti sovrani — le *respublicae* e le *communitates* di Vitoria e di Suárez, le *civitates* e le *gentes* di Gentili e di Grozio — si scioglie in senso statalistico, lasciando sulla scena internazionale unicamente i nuovi Leviatani: creature artificiali che per il loro stato selvaggio e di guerra virtuale e permanente agiscono come lupi artificiali, liberi da ogni vincolo legale e interamente sottratti al controllo dei loro creatori.

Al tempo stesso la filosofia giusnaturalistica contribuisce decisa-

⁹ Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), trad. it. di M. Vinciguerra, Laterza, Bari 1911, cap. XIII, p. 103.

¹⁰ *Ibid.*, cap. XXI, p. 176.

¹¹ J. Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690), trad. it. di L. Pareyson, Utet, Torino 1968, cap. II, § 14, pp. 248-9.

mente alla secolarizzazione del paradigma vittoriano della legittimazione fondata sullo *ius societatis ac communicationis*. Il nuovo mondo, che già aveva alimentato nel secolo XVI le raffigurazioni utopiche e le prospettive di un nuovo inizio nelle opere di grandi intellettuali come Thomas More, Michel Montaigne e Francis Bacon¹², offre infatti alle dottrine giusnaturalistiche il paradigma originario dello «stato di natura», contrapposto allo «stato civile», rispetto a questo inferiore e destinato da questo ad essere superato e soppresso.

Nella stessa pagina nella quale identifica la società degli stati con un esempio vivente di stato di natura, Thomas Hobbes indica un altro esempio di stato di natura: lo stato «selvaggio» e «brutale» nel quale vivono i popoli delle Americhe: «Si può per avventura pensare che non vi sia mai stato un tempo né uno stato di guerra come questo, ed io credo che generalmente non sia mai stato in tutto il mondo: ma vi sono molti luoghi nei quali gli uomini vivono così, ai tempi nostri. Infatti il popolo selvaggio dell'America, meno il governo di ristrette famiglie la concordia delle quali dipende dalla concupiscenza naturale, manca in molti luoghi di un qualunque governo, e vive, al giorno d'oggi, in quella maniera brutale che io ho esposto sopra»¹³. Ancor più foscamente, John Locke raffigura i popoli dell'America come barbari «avidì di sangue», «insolenti e oltraggiosi», organizzati non in regni o repubbliche ma «in bande»¹⁴; e vede nelle sterminate terre americane il paradigma delle terre incolte, abbandonate ed appropriabili «senza pregiudizio di altri», sul quale costruì

¹² Cfr. Brown Scott, *El origen español* cit., pp. 24-59.

¹³ Hobbes, *Leviatano* cit., cap. XIII, p. 103.

¹⁴ Locke, *Primo trattato sul governo*, in Id., *Due trattati* cit., cap. vi, § 57, p. 127, ove i peruviani, in base al racconto di Garcilaso de la Vega, sono dipinti come «avidì di carne umana che non avevano la pazienza di attendere che l'anima fosse uscita dal corpo, ma succhiavano il sangue che scorreva dalle ferite del morente: avevano macelli pubblici di carne umana, e questa loro folle bramosia giungeva a tal punto che non risparmiavano i propri figli [...] (che) nutrivano accuratamente, sino a che, all'età di tredici anni, li macellavano e li mangiavano, e trattavano le madri allo stesso modo, quando avevano passato l'età di avere figli e cessato di produrre la carne per i loro arrostiti»; Id., *Secondo trattato* cit., cap. vii, § 92, pp. 310-1, in cui Locke, dopo aver sostenuto nel paragrafo precedente che il monarca assoluto «è, rispetto a tutti coloro che sottostanno al suo dominio, in stato di natura», non trova migliore esempio contro l'illusione di chi «pensa che il potere assoluto purifica il sangue degli uomini e corregge l'abiezione dell'umana natura» di «colui che nelle foreste dell'America sarebbe stato insolente e oltraggioso» e che «non sarebbe probabilmente gran che migliore su un trono, ove forse scoprirebbe la dottrina e la religione per giustificare tutto ciò che intende fare ai sudditi, e la spada ridurrebbe subito al silenzio tutti coloro che osassero protestare»; *ibid.*, cap. viii, § 102, p. 320, ove riferisce, a proposito di «molte parti dell'America», una testimonianza secondo cui «vi sono importanti e verosimili congetture che per lungo tempo quegli uomini non ebbero né repubbliche, ma vivevano in bande».

sce la sua nota teoria dell'assenza di limiti all'accumulazione capitalistica¹⁵.

Si capisce, sulla base di queste rappresentazioni, come lo *ius societatis ac communicationis* di Vitoria si trasforma nell'imperativo hobbesiano del trapasso dallo stato di natura allo stato civile, e perciò nel diritto-dovere, in nome della ragione ancor prima che della religione, non più solo di convertire, ma più in generale di «civilizzare», e perciò di integrare, omologare, distruggere. Il rapporto di comunicazione con il nuovo mondo vagheggiato da Vitoria si tramuta apertamente in rapporto di alterità, di negazione e sopraffazione, nobilitandosi come «missione di civilizzazione». E la figura del «selvaggio» viene a identificarsi con quella dell'«alieno», il più delle volte nemico, in qualche caso non-umano o semi-umano, in tutti i casi «inferiore»¹⁶.

È in questo modo che la cultura politica laica e liberale trova nel nuovo mondo — oltre al modello dello «stato di natura» sulla cui opposizione allo «stato civile» edificherà la nuova legittimazione dello stato moderno — anche il parametro della disuguaglianza e della superiorità dell'uomo bianco, su cui fonderà la legittimità non solo della conquista delle Americhe ma più in generale dell'espansionismo europeo: dapprima nelle forme violente delle colonizzazioni, poi in quelle imperialistiche e parimenti rapinatorie dello sfruttamento e dell'omologazione e infine in quelle dell'esportazione in tutto il mondo dei modelli culturali e politici dell'occidente capitalistico, a cominciare dallo stesso modello istituzionale dello stato sovrano e da quello della guerra tra stati che ne rappresenta il corollario.

Superamento dello stato di natura all'interno e sua conservazione (o meglio instaurazione) all'esterno, e per altro verso esportazione e imposizione di questo schema all'intero pianeta formano insomma le due coordinate attraverso cui si sviluppa la storia teorica e pratica dei moderni stati nazionali, iscritte entrambe nel loro codice genetico dalla filosofia politica giusnaturalistica. Lo stato moderno quale soggetto sovrano ne risulta fondato, laicamente e razionalmente, su

¹⁵ Locke, *Secondo trattato* cit., §§ 33-36, pp. 264-6. L'idea dell'America come luogo dello stato di natura in cui tutti avevano tutto in comune era stata espressa anche da Grozio (*De iure belli ac pacis* cit., lib. II, cap. II, § II, 1, p. 140).

¹⁶ La nascita del paradigma eurocentrico del diverso come «identico» a sé o, alternativamente, come «inferiore», in entrambi i casi da integrare e negare nella sua specifica identità, è visto da Tzvetan Todorov nel primo incontro tra Colombo e gli indiani (*La conquista dell'America* cit., p. 51). Su queste due figure dell'alterità, che sono all'origine della violenza colonizzatrice, cfr. E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari 1992, pp. 148-9.

due opposizioni — per negazione e per affermazione — allo stato di natura: sulla negazione, in quanto «stato civile», dello «stato di natura» originario delle società primitive e selvagge degli uomini in carne ed ossa, e quindi sull'opposizione tra «civiltà» e «inciviltà» quale fonte di legittimazione di nuove forme di disuguaglianza e di dominio; e sull'affermazione, come corollario, di un nuovo stato di natura per così dire artificiale in quanto prodotto dallo stesso artificio da cui esso è nato: la società selvaggia ma artificiale degli stati sovrani, tra loro in stato di guerra permanente ma anche accomunati, come «mondo civile», dal diritto-dovere della «civilizzazione» del resto del mondo non ancora civilizzato.

4. *La sovranità nazionale e la negazione del diritto internazionale.
Rousseau e Hegel.*

Questo processo di laicizzazione e assolutizzazione della sovranità esterna degli stati non solo non si arresta con la svolta prodotta dalla rivoluzione francese, ma trae da essa, paradossalmente, una nuova e più solida legittimazione. Il principio della sovranità nazionale e popolare con cui d'ora in poi viene declinata la sovranità, non solo interna ma anche esterna degli stati, si converte infatti in una fonte di legittimazione assoluta, ben più potente delle vecchie fonti di legittimazione teologiche del passato.

E ancora una volta i nuovi stati liberal-democratici vengono a giovarsi del sostegno offerto dalla filosofia politica: in particolare dai due diversi organicismi — quello rousseuiano della dittatura della «volontà generale»¹ e quello hegeliano dello «Stato etico»² — che valgo-

¹ Si ricordino i celebri passi in cui Rousseau configura il contratto sociale come alienazione allo Stato di tutti i diritti naturali — compreso il diritto alla vita, che Hobbes aveva considerato irrinunciabile in quanto ragione del patto — in forza della ben nota connotazione etica ed organicistica da lui associata alla volontà generale e alla conseguente confusione totalitaria tra stato e individuo: «[Le pacte social] se réduit aux termes suivants: Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. A l'instant, au lieu de la personne particulière de chacun contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi* commun, sa vie et sa volonté» (*Du contrat social* (1762), Garnier-Flammarion, Paris 1966, liv. I, ch. VI, pp. 51-2); «Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens [...]. La volonté générale est toujours droite» (*ibid.*, liv. II, ch. IV, p. 68).

² «Lo Stato — afferma Hegel — è la realtà dell'idea etica - lo spirito etico, in quanto volontà manifesta, evidente a se stessa, sostanziale, che si pensa e si conosce, e compie ciò che

no a fondare da un lato il carattere ormai illimitato della loro sovranità esterna e dall'altro le loro vocazioni totalitarie. Lo stato, nelle nuove raffigurazioni organicistiche, viene ormai non solo legittimato come ordine civile e politico, ma identificato con il popolo o con la nazione, o peggio sublimato come loro incarnazione o sintesi superiore e insieme come «sostanza etica» e come «spirito del mondo»³.

È ben vero che la Dichiarazione dell'89, le successive carte costituzionali e tutto il pensiero politico liberale proclamano come «limiti» dello stato i «diritti universali» dell'uomo e del cittadino. Ma questi «limiti», mentre valgono a confermare e a rafforzare il postulato della superiorità del «mondo civile» rispetto al resto del mondo, sono soltanto interni, e dunque rigidamente «limitati» a dispetto della loro proclamata universalità. L'universalità dei diritti umani è conseguentemente un'universalità parziale e di parte: viziata dal suo stampo statalistico, e quindi dai meccanismi di esclusione da esso innestati nei riguardi dei non-cittadini e dall'assenza di garanzie per i cittadini medesimi nei riguardi dei loro stati.

Si produce in tal modo, tra i secoli XVIII e XIX, una singolare vicenda politico-istituzionale. Lo stato nazionale e liberal-democratico che viene affermandosi in Europa, mentre si dà all'interno un ordi-

sa e in quanto lo sa. Nell'ethos, esso [lo Stato] ha la sua esistenza immediata [...]. Poiché esso è spirito oggettivo, l'individuo esso medesimo ha oggettività, verità ed eticità, soltanto in quanto è componente dello stato» *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), trad. it. di F. Messineo, Laterza, Bari 1954, §§ 257-258, pp. 208-9). Neppure Hegel ammette perciò un diritto alla vita nei confronti dello stato: «Lo Stato non è affatto un contratto, né la sua essenza sostanziale è la difesa e la garanzia della vita e della proprietà degli individui come singoli, così incondizionatamente; anzi, esso è la cosa più elevata, che pretende anche questa vita e questa proprietà stessa ed esige il sacrificio delle medesime» (ibid., § 100, p. 97).

³ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (1817), trad. it. di B. Croce, Laterza, Bari 1951, 3^a ed., § 535, p. 473; «Lo Stato è, infine, la realtà immediata di un popolo singolo e naturalmente determinato» (ibid., § 545, p. 486); Id., *Lineamenti* cit., § 337, p. 282; *ibid.*, *Aggiunte*, § 152, p. 368: «Lo Stato, in sé e per sé, è la totalità etica, la realizzazione della libertà [...]. Lo Stato è lo spirito che sta nel mondo e si realizza nel medesimo con coscienza»; Id., *Lezioni sulla filosofia della storia* (1837), trad. it. di G. Calogero e C. Fatta, La Nuova Italia, Firenze 1975, II, 3, pp. 104-10: «Solo nello Stato l'uomo ha esistenza razionale [...]. Lo Stato non esiste per i cittadini: si potrebbe dire che esso è il fine, e quelli sono i suoi strumenti [...]. L'individuo spirituale, il popolo, in quanto è in sé articolato e costituisce un tutto organico, è ciò che chiamiamo stato [...]. Noi concepiamo dunque un popolo come un individuo spirituale, e in esso mettiamo anzitutto in rilievo non il lato esteriore, ma ciò che è stato anche chiamato lo spirito del popolo [...]. Il vero stato è animato da questo spirito in tutte le sue manifestazioni particolari: guerra, istituzioni ecc.». Anche Rousseau perviene, per vie diverse, all'annullamento dell'individuo nello Stato: «Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être; d'altérer la constitution de l'homme pour la renforcer; de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons tous reçue de la nature» (*Du contrat social* cit., liv. II, ch. 7, p. 77).

namento complesso fondato dapprima sulla limitazione dei poteri del sovrano e sulla loro soggezione alla legge (nelle forme dello stato di diritto) e poi sul controllo e sulla partecipazione popolare (nelle forme della democrazia rappresentativa), si libera definitivamente, nei rapporti esterni con gli altri stati, da ogni vincolo giuridico e da ogni forma di controllo.

I due processi sono simultanei e paradossalmente connessi. Stato di diritto all'interno e stato assoluto all'esterno nascono insieme come le due facce della stessa medaglia. Quanto più si limita e attraverso i suoi stessi limiti si autolegittima la sovranità interna, tanto più si assolutizza e si legittima, nei riguardi degli altri stati e soprattutto del mondo «incivile», la sovranità esterna. Quanto più lo stato di natura viene superato all'interno, tanto più viene sviluppato all'esterno. E quanto più lo stato si giuridicizza come ordinamento, tanto più si afferma come entità auto-sufficiente, ipostatizzandosi e naturalizzandosi come soggetto *legibus solutus*.

Si spiega così anche il destino dei diritti fondamentali, almeno fino alla Dichiarazione universale del 1948. Negli ordinamenti interni degli stati liberaldemocratici i vecchi diritti naturali vengono consacrati e positivizzati dalle costituzioni come «universali», e dunque come base dell'uguaglianza di tutti gli esseri umani. E tuttavia, poiché il loro «universo» giuridico-positivo coincide con quello dell'ordinamento interno dello stato, i «diritti dell'uomo» finiscono di fatto per appiattirsi sui «diritti del cittadino». E la cittadinanza, se all'interno è alla base dell'uguaglianza, all'esterno opera come privilegio e come fonte di discriminazione nei riguardi dei non-cittadini.

Lo stesso si dica delle relazioni tra stati. L'identificazione giuspositivistica tra diritto e stato, se per un verso è alla base del paradigma dello stato di diritto, per altro verso entra in contraddizione con la stessa natura sovra-statale del diritto internazionale. Lo stato viene in base ad essa a configurarsi come sistema giuridico chiuso e auto-sufficiente. Il «monopolio esclusivo della forza» da esso raggiunto viene affermato non solo rispetto al suo interno, ove è subordinato al diritto, ma anche rispetto all'esterno, ove si risolve — a dispetto delle convenzioni internazionali — in libera concorrenza tra monopoli parimenti esclusivi, e quindi nel dominio del più forte.

La cosa straordinaria è che il nostro paradigma di legittimazione, dopo essersi secolarizzato con la filosofia illuministica, torna nell'Ottocento a sacralizzarsi, sia pure laicamente, ad opera della filosofia idealistica tedesca. Lo stato, che Hobbes aveva chiamato metaforica-

mente il «Dio mortale»⁴, diviene per Hegel il «Dio reale»⁵. E nel momento stesso in cui sacralizza se stesso, identificandosi con «il razionale in sé e per sé»⁶ e insieme con il depositario esclusivo dell'«interesse della generalità»⁷, esso si autonomizza sulla scena internazionale dalle sue basi sociali, e cioè dai popoli e dalle persone in carne ed ossa.

Ne derivano tre ordini di conseguenze. Innanzitutto la negazione dei popoli e della sovranità popolare: il popolo, scrive Hegel, «considerato senza il suo monarca e senza l'organizzazione necessariamente e immediatamente connettiva della totalità, è la moltitudine informe»⁸ e «costituisce un tutto organico» solo in quanto «è ciò che chiamiamo Stato»⁹, sicché non ha senso l'idea di una sovranità popolare «in antitesi alla sovranità statale»¹⁰. In secondo luogo la negazione dello stesso diritto internazionale, identificato da Hegel con il «diritto statale esterno», cioè con l'insieme delle norme statali che

⁴ Hobbes, *Leviatano* cit., XVII, p. 141.

⁵ «L'ingresso di Dio nel mondo è lo stato; il suo fondamento è la potenza della ragione che si realizza come volontà. Nell'idea dello stato non devono tenersi presenti stati particolari, istituzioni particolari; anzi, si deve considerare per sé l'idea, questo *Dio reale*» (*Lineamenti* cit., *Aggiunte*, § 152, p. 368).

⁶ «Lo Stato [...] è il razionale in sé e per sé. Quest'unità sostanziale è fine a se stessa, assoluto, immoto, nel quale la libertà giunge al suo fine supremo, così come questo scopo finale ha il più alto diritto di fronte ai singoli, il cui dovere supremo è di essere componenti dello Stato» (*Lineamenti* cit., § 258, p. 209): ovverosia il «dovere di conservare, con pericolo e con sacrificio della loro proprietà e della loro vita e, senz'altro, della loro opinione, e di tutto ciò che è compreso da se stesso nell'ambito della vita, quest'individualità sostanziale, l'indipendenza e la sovranità dello Stato» (*ibid.*, § 324, p. 275).

⁷ «Lo Stato è la realtà della libertà concreta; ma la libertà concreta consiste nel fatto che l'individualità personale, e gli interessi particolari di essa [...] si mutano, da se stessi, nell'interesse della generalità» (*ibid.*, § 260, p. 215); «[il sentimento politico è] la coscienza che il mio interesse sostanziale e particolare è custodito e contenuto nell'interesse e nel fine d'un altro (qui dello Stato), in quanto in rapporto con me, quale singolo; quindi, appunto questo non è immediatamente un altro per me, e io sono libero in questa coscienza» (*ibid.*, § 268, p. 219).

⁸ *Ibid.*, § 279, pp. 241-2.

⁹ Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia* cit., II, 3, p. 108.

¹⁰ «La sovranità può essere detta popolare nel senso che un popolo, in generale, all'esterno è autonomo e costituisce uno Stato vero e proprio». Tuttavia «la sovranità spetta allo Stato. Ma una sovranità popolare, in quanto considerata in antitesi alla sovranità che esiste nel monarca, è il significato corrente nel quale si è cominciato a parlare di sovranità popolare nei tempi moderni; in tale antitesi la sovranità popolare appartiene alla confusa concezione, della quale sta a base la rozza rappresentazione di popolo» quale «moltitudine informe». Ma «la sovranità è, in quanto personalità della totalità, e questa personalità, nella realtà adeguata al proprio concetto, è in quanto persona del monarca» (*ibid.*, § 279, pp. 241-2). La sovranità esterna appare peraltro a Hegel come la «suprema dignità di un popolo»: «L'individualità, in quanto esclusivo esser per sé, appare come rapporto con gli altri stati, dei quali ciascuno è autonomo di fronte agli altri. Poiché l'essere per sé dello spirito reale ha la sua esistenza in questa autonomia, essa è la prima libertà e la suprema dignità d'un popolo» (*ibid.*, § 322, p. 274).

disciplinano i rapporti tra gli stati¹¹. In terzo luogo l'esaltazione del «momento etico della guerra» come «momento in cui l'idealità del particolare consegue il suo diritto e diviene realtà», sicché la guerra «ha il più alto significato in ciò, che per suo mezzo, come ho spiegato altrove, la salute etica dei popoli è conservata [...] come il movimento dei venti preserva il mare dalla putrefazione nella quale lo ridurrebbe una quiete durevole, come vi ridurrebbe i popoli una pace durevole o, anzi, perpetua»¹².

Si capisce, con queste premesse, come i popoli del nuovo mondo, non ancora pervenuti alla maturità dello stato, appaiano ad Hegel destinati a «scompare al primo contatto con lo spirito» incarnato dagli stati europei¹³. A questi popoli Hegel dedica, nelle sue *Lezioni sulla filosofia della storia*, pagine terribili: «Dal tempo in cui gli Europei sono approdati in America, gl'indigeni sono scomparsi a poco a poco, al soffio dell'attività europea»¹⁴. Ciò dipende, dice Hegel, dall'«inferiorità di questi individui sotto ogni aspetto, persino quanto a statura»¹⁵, analoga del resto a quella della «fauna americana», i cui «leoni, tigri, coccodrilli [...] sono sotto ogni aspetto più piccoli, deboli e meno potenti [delle] specie corrispondenti del Vecchio Mondo»¹⁶; e analoga perfino all'«immaturità fisica» del continente ame-

¹¹ *Ibid.*, §§ 330 sgg., pp. 279 sgg. È questa la concezione, di tipo monistico-statistico, del diritto internazionale che prevalse nel secolo scorso. Rispetto ad essa rappresenterà un progresso la cosiddetta dottrina dualistica del diritto internazionale come diritto autonomo e indipendente dal diritto statale, formulata da Heinrich von Triepel, ripresa da Dionisio Anzilotti e poi criticata da Kelsen, che sosterrà al contrario la tesi monistico-internazionalistica fondata sul primato del diritto internazionale.

¹² Hegel, *Lineamenti cit.*, § 324, pp. 275-6. «Nelle cose addotte — scrive inoltre Hegel — si trova il momento etico della guerra, la quale non deve considerarsi come male assoluto e come accidentalità semplicemente esteriore», ma come «situazione nella quale la vanità dei beni e delle cose temporali, che altrimenti suol essere un modo di dire edificante, è resa una cosa seria». Senza contare che «guerre providenziali hanno impedito agitazioni interne e consolidata la forza interna dello Stato» (*ibid.*). Cfr. anche i §§ 327-328, pp. 277-8, sul «valor militare» come «la più alta astrazione della libertà» e «l'autonomia suprema dell'esser per sé». Sulle teorie idealistiche ed eticistiche della ragion di Stato come ragione di potenza, da Hegel a Heinrich von Treitschke, cfr. F. Meinecke, *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna* (1924), trad. it. di D. Scolari, Sansoni, Firenze 1977, lib. III, pp. 349 sgg.

¹³ Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia cit.*, p. 222. «Per quanto il paese atlantico avesse una civiltà, quando venne scoperto dagli Europei, questa fu annientata dal contatto con essi: la sottomissione del paese segnò il suo tramonto. Della civiltà americana, quale si era venuta evolvendo specialmente nel Messico e nel Perù, abbiamo, invero, notizie: ma sappiamo solo che essa era del tutto naturale, e che doveva quindi scomparire al primo contatto con lo spirito. L'America si è sempre mostrata, e si mostra ancora, impotente tanto dal punto di vista fisico quanto da quello spirituale» (*ibid.*).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 224.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 222-3. «Secondo quanto si assicura — prosegue Hegel — gli animali stessi non sono così nutrienti come i viveri importati dal Vecchio Mondo. Vi sono colà quantità immense di bovini, ma la carne di bue che vien dall'Europa è considerata come una leccornia».

ricano, che si manifesta nel fatto che «la più gran parte delle isole giace su coralli» e che è «separato in due parti, aderenti sì per mezzo di un istmo, ma senza neppure che questo costituisca una via di comunicazione pei traffici»¹⁷. Per questo, conclude Hegel, «gli abitanti delle isole delle Indie occidentali sono estinti» e «le stirpi dell'America del Nord in parte sono scomparse, in parte si sono ritirate, al contatto con gli Europei»¹⁸: per la loro «costituzione debole, tendono a scomparire al contatto di popoli più civilizzati, di cultura più intensa»¹⁹.

5. La nascita dell'Onu e la rifondazione del diritto internazionale.

All'indomani di due guerre mondiali generate da questo nostro mondo occidentale — divenuto ormai una società sempre più selvaggia e feroce di quei lupi artificiali che sono gli stati sovrani — la Carta dell'Onu del 1945, e poi la Dichiarazione universale dei diritti del

¹⁷ *Ibid.*, p. 221.

¹⁸ *Ibid.*, p. 223. Questa immagine delle stirpi dell'America del Nord che «scompaiono» e «si ritirano al contatto con gli Europei» piacque a Benedetto Croce, che la riprese — insieme all'opposizione «natura»/«cultura» già presente in Hegel (cfr. il passo alla nota 13) e ancor prima in Hobbes e nella tradizione giusnaturalistica (cfr. i passi richiamati alle note 13 e 14 del § 3) — con accenti apertamente razzisti: gli uomini, egli dice, si distinguono «tra uomini che appartengono alla storia e uomini della natura (*Naturvölker*), uomini capaci di svolgimento e uomini di ciò incapaci; e verso la seconda classe di esseri, che zoologicamente e non storicamente sono uomini, si esercita, come verso gli animali, il dominio, e si cerca di addomesticarli e di addestrarli, e in certi casi, quando altro non si può, si lascia che vivano ai margini, vietandosi la crudeltà che è colpa contro ogni forma di vita, ma lasciando altresì che di essa si estingua la stirpe, come accadde di quelle razze americane che si ritiravano e morivano (secondo l'immagine che piacque) dinanzi alla civiltà da loro insopportabile. Si tenta certamente dapprima, e ci si sforza, di svegliarli ad uomini, mercé delle conversioni religiose, della dura disciplina, della paziente educazione ed istruzione, e di stimoli e castighi politici, che è ciò che si chiama l'incivilimento dei barbari e l'umanamento dei selvaggi. Ma se questo, e finché questo, non vien fatto, in qual modo si può avere comuni ricordi e sentimenti con loro, che si ostinano a non entrare nella storia, la quale è lotta di libertà?» (B. Croce, *Filosofia e storiografia*, Laterza, Bari 1949, pp. 247-8).

¹⁹ *Ibid.*, p. 223. «Agl'indigeni — aggiunge Hegel — si fanno, colà, soprusi d'ogni genere. Si deve leggere, nelle descrizioni di viaggio, quale mitezza, remissività, umiltà essi dimostrino verso un Creolo e ancor più verso un Europeo; e passerà ancora molto tempo prima che gli Europei riescano ad inculcar loro un po' di amor proprio [...]. Così, gli Americani sono come bambini incoscienti, che vivono alla giornata, lungi da ogni riflessione e intenzione superiore» (pp. 224-5). Anche gli Stati Uniti appaiono a Hegel, per la loro forma repubblicana, politicamente immaturi: «L'America del Nord non va considerata come uno stato già formato e maturo, ma come uno stato tuttora in divenire: esso non è ancora tanto progredito da aver bisogno della monarchia [...]. Anche a noi, quindi, questo stato non interessa, e così non ci riguardano gli altri stati americani, che ancora lottano per la propria indipendenza. Da prendere in considerazione è solo il suo rapporto con l'Europa, nel senso che l'America è un annesso che ha raccolto l'eccedenza dell'Europa» (*ibid.*, pp. 231-3).

1948, trasformano, almeno sul piano normativo, l'ordine giuridico del mondo, portandolo dallo stato di natura allo stato civile. La sovranità dello stato — almeno in via di principio — cessa di essere assoluta e si subordina, giuridicamente, sia all'imperativo della pace che ai diritti fondamentali. È da allora che lo stesso concetto di sovranità esterna diventa inconsistente e può parlarsi, in accordo con la dottrina monistica dell'ordinamento di Hans Kelsen¹, del diritto internazionale e dei diversi diritti statali come di un ordinamento unitario. La comunità internazionale, che ancora fino alla prima guerra mondiale si era identificata con la comunità delle «nazioni cristiane» o «civilizzate» — Europa ed America —, viene d'altra parte estesa per la prima volta a tutto il mondo, quale ordine giuridico mondiale.

È tuttavia, come ben sappiamo, anche l'organizzazione delle Nazioni Unite, nonostante la sua ispirazione e la sua aspirazione universalistica, continua — non solo sul piano fattuale dell'effettività, ma anche su quello giuridico della normatività — ad essere condizionata dal principio della sovranità degli stati. «L'Organizzazione — dice il primo comma dell'articolo 2 della Carta — è fondata sul principio della *sovrana* uguaglianza di tutti i suoi membri»; e questo principio, precisa il comma 7 del medesimo articolo, si traduce nel divieto di ingerenza dell'Organizzazione nelle questioni interne di ciascuno stato. Si aggiunga che gran parte della dottrina internazionalistica, tuttora dominata dal principio realistico di effettività, continua a concepire la comunità internazionale come una comunità di stati più che di popoli, o quanto meno a soggiacere alla vecchia mistificazione dell'identificazione degli stati con i popoli in essi contingentemente organizzati.

Si ripropone in tal modo l'originaria antinomia, presente nella dottrina di Vitoria, tra *communitas orbis* e (uguale) sovranità degli stati. Il principio della pace resta ancora affidato al dominio delle grandi potenze e, dopo il crollo dell'Unione sovietica, a quello della potenza americana che lo subordina — come ha mostrato la guerra del Golfo — ai propri interessi economici e imperiali. E il sistema dei diritti fondamentali ha finito per divenire un corpo separato dal resto del diritto internazionale, restando privo di garanzie giuridiche. Certamente, sul piano giuridico, nonostante l'articolo 2 della Carta dell'Onu, il principio della pace è un principio imperativo che fa della «sovranità» degli stati, se ancora vogliamo usare questa espressione

¹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), trad. it. a cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano 1989.

in omaggio alla lettera della norma, una «sovranità limitata»; e i diritti fondamentali, dopo la Dichiarazione del 1948 e i Patti internazionali del 1966, non sono più «questioni che appartengono alla competenza interna di ogni Stato», ma diritti sovra-statali, la cui tutela dovrebbe essere garantita giurisdizionalmente a livello internazionale. Ma questo vuol dire che il diritto internazionale è ineffettivo, per assenza di garanzie delle sue norme fondamentali, così del principio della pace come dei diritti universali; e che tale assenza è oggi configurabile come un'indebita lacuna, che esige di essere colmata attraverso una profonda riforma dell'Onu. Vuol dire, in altre parole, che l'odierno diritto internazionale è viziato non già dalla mancanza di un «terzo assente»², ma dalla presenza di un «terzo impotente» nei confronti delle potenze dominanti.

6. *Per un costituzionalismo mondiale.*

Qual è dunque il nostro futuro? Le relazioni di Jean Claude Fritz e di Armando Cordova ci hanno prospettato una situazione del mondo caratterizzata da un capitalismo trionfante e incontrollato, fonte di squilibri e di ingiustizie, di crescenti divari tra Nord e Sud del mondo, di miseria e di fame per masse sterminate di uomini e di popoli, di pericoli di guerra e di catastrofi ecologiche. Si tratta, purtroppo, di analisi lucidamente realistiche.

Ma io credo che noi siamo qui non soltanto per dire come stanno le cose, ma anche per dire che tutto questo non è inevitabile: che tutto questo è contrario al diritto, e viola un «dover essere» — non un dover essere semplicemente morale, ma il dover essere del diritto internazionale vigente, dei suoi principi e valori fondamentali. E per mostrare che questo dover essere non è impossibile né utopico, se è vero che il diritto non prescrive l'impossibile, ma rappresenta al contrario una scommessa, e insieme una prospettiva alternativa ma credibilmente realizzabile a ciò che di fatto accade, per la quale abbiamo il dovere di batterci e della quale, prima ancora, abbiamo l'onere di disegnare analiticamente le forme istituzionali, insieme alle strategie necessarie per realizzarla.

Ebbene: a me pare che questa prospettiva alternativa, che altro non è che la prospettiva del diritto internazionale «preso sul serio» secon-

² È il titolo del libro di N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Sonda, Torino 1989.

do una bella immagine di Ronald Dworkin, si fondi oggi sul fatto che i tempi di una riforma dell'Onu, diretta a por fine alla società naturale degli stati sopprimendone la sovranità selvaggia e subordinandoli effettivamente al diritto, sono forse maturi.

Viviamo oggi — ne siamo tutti consapevoli — una crisi epocale, non meno radicale di quella attraversata dal mondo cinquecento anni fa, all'indomani della conquista. La potenza distruttiva degli armamenti nucleari, le aggressioni sempre più minacciose e catastrofiche all'ambiente, l'accrescersi delle disuguaglianze e del divario economico tra Nord e Sud del mondo, l'esplosione di conflitti etnici e intranazionali all'interno degli stati usciti dal crollo del mondo comunista rendono sempre più precario l'equilibrio internazionale e la conservazione della pace. D'altro canto, la fine dei blocchi da un lato e, dall'altro, la crescente interdipendenza economica, politica e culturale hanno fatto davvero del mondo, nonostante la sua cresciuta complessità e i suoi innumerevoli conflitti e squilibri, un villaggio globale. Ormai, grazie alla rapidità delle comunicazioni, nessun fatto del mondo ci è estraneo e nessuna parte del mondo ci è straniera.

È precisamente la somma di questi due fattori — l'insostenibilità oggettiva di un sistema asimmetrico e disuguale di relazioni internazionali fondato sul dominio di una o di poche potenze e, per altro verso, l'intensificarsi della comunicazione universale di cui parlava quattro secoli fa Francisco Vitoria — che rende oggi più attendibile che in qualunque altro momento del passato l'ipotesi di un'integrazione mondiale basata sul diritto. E la rende attendibile proprio perché l'immediatezza e l'intensità di questa comunicazione, unitamente alle promesse non mantenute del diritto internazionale — la pace, l'uguaglianza, lo sviluppo, i diritti universali degli uomini e dei popoli — ha per effetto una generale crisi di legittimazione che non sembra, nei tempi lunghi, tollerabile dagli stessi sistemi politici dominanti che proprio sulla legittimazione democratica basano, bene o male, la loro identità e la loro sopravvivenza.

Questa crisi di legittimazione investe oggi alle fondamenta quello che in questi cinquecento anni di storia moderna è stato il fulcro della politica e insieme il principale ostacolo all'ipotesi vitoriana di una comunità mondiale soggetta al diritto: la figura stessa del moderno stato sovrano, che per quattro secoli ha dominato e modellato la politica orientandola alla guerra e che, in questo secolo, è stato esportato in tutto il mondo dall'opera di «civilizzazione» dell'occidente. Lo stato nazionale quale soggetto sovrano è oggi messo in crisi sia dall'alto che dal basso. Dall'alto, a causa dei processi di privatizzazione,

internazionalizzazione e de-regolazione dell'economia lucidamente illustrati dalla relazione di Jean Claude Fritz [presentata alla già menzionata sessione del Tribunale permanente dei popoli n.d.r.], e insieme dal massiccio trasferimento a sedi sovra-statali o extra-statali di gran parte delle funzioni — la difesa militare, il governo dell'economia, la politica monetaria, la lotta contro la grande criminalità — che in passato ne avevano motivato la nascita e lo sviluppo. Dal basso, per le spinte centrifughe e i processi di disgregazione interna che sono stati innestati, in forma spesso violenta, dagli stessi sviluppi della comunicazione internazionale e che rendono sempre più difficile e precaria l'altra grande funzione storicamente svolta dallo stato: quella dell'unificazione nazionale e della pacificazione interna.

Paradossalmente, infatti, è proprio la rapidità e molteplicità delle comunicazioni che ha accentuato il bisogno di identità dei popoli, delle etnie, delle minoranze e insieme il valore associato alle differenze, innestando conflitti interetnici e disgregatori entro i confini degli stati e insieme processi di integrazione culturale al di là dei loro confini. Questi processi di comunicazione, destinati di anno in anno ad intensificarsi, stanno svelando l'intrinseca natura di quegli «artifici» o «invenzioni», come li chiamarono Hobbes e Locke, che sono gli stati: istituzioni fittizie, convenzionali, assai spesso create dall'alto e sempre, comunque, finalizzate ad irrigidire le identità dei popoli pretendendo di sussumerli entro forzose unità e così di negarne le differenze non meno delle comuni identità.

Una simile pretesa si sta oggi rivelando sempre più insostenibile e rappresenta la fonte principale dei conflitti. Non è infatti azzardato addebitare proprio alla divisione del mondo in stati sovrani la causa più vistosa non solo dei conflitti inter-statali, ma anche dei conflitti intra-statali, generati da fattori etnici e religiosi: si pensi alla guerra permanente che ha funestato da decenni il Medio oriente, alla guerra in Jugoslavia, ai conflitti esplosi in parte dell'ex Unione sovietica e che domani potrebbero allargarsi a tutto il mondo. Gli stati nazionali, la cui principale legittimazione è stata fino a ieri la garanzia della pace interna, stanno così diventando una fonte di pericolo e di minaccia non più solo nei loro rapporti con l'esterno ma anche nei rapporti al loro interno. Nati come strumenti di unificazione e pacificazione interna, essi non sono più soltanto, in quanto «lupi artificiali», le principali minacce alla pace esterna, ma anche i principali ostacoli alla pace interna e fattori permanenti di disgregazione e di conflitto.

Naturalmente questa crisi dello stato è una crisi epocale, destinata a svolgersi in tempi lunghi e in forme travagliate. Ma io credo che

sia compito della cultura giuridica attrezzarsi fin d'ora per indicare le forme e i percorsi del suo superamento: il quale passa, evidentemente, attraverso il superamento della forma stessa dello stato nazionale e, quindi, la rifondazione dell'Onu non più sulle sovranità degli stati ma sulle autonomie dei popoli che la compongono. Certo, ancor oggi la formazione di nuovi stati rappresenta la sola forma di autodeterminazione rivendicata dai popoli oppressi, e sarebbe assurdo che fosse, allo stato attuale, contrastata. Ma essa è un segno della persistente subalternità ai modelli dell'occidente: i due processi infatti — deperimento dello stato e sviluppo dell'autodeterminazione dei popoli — non solo non si contraddicono ma sono tra loro convergenti, nel senso che la determinazione di nuove forme politico-istituzionali, alternative a quella dello stato sovrano, favorirebbe sicuramente forme di autodeterminazione più autentiche e democratiche. Il paradigma, in ogni caso, non può che essere quello dello «stato di diritto» consegnatoci dall'esperienza delle moderne democrazie costituzionali: e cioè della soggezione alla legge degli organismi dell'Onu, della loro riforma in senso democratico e rappresentativo, del monopolio della forza in capo ad essi attraverso il disarmo degli stati membri, della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali di tutti, anche nei riguardi dei loro governanti¹.

In questa prospettiva assumono, per un'ironia della storia, una singolare attualità molte delle indicazioni offerte da Francisco Vitoria, che sembra oggi possibile spogliare della loro dimensione utopica e mistificatoria, ancorandole ad effettive garanzie e magari rovesciandone il senso ideologico e il carattere asimmetrico originari. Innanzitutto l'ipotesi del *totus orbis* — dell'umanità come soggetto di diritto in luogo dei vecchi stati² — che oggi può essere inverata attraverso l'elaborazione di un *costituzionalismo mondiale* capace di offrire garanzie giurisdizionali e prima ancora politiche e sociali alle carte dei diritti fondamentali di cui già dispone la comunità internazionale. In secondo luogo molti dei diritti dei popoli enunciati da Vitoria a beneficio dei conquistadores, e che oggi l'occidente — dopo averli impugnati contro tanti popoli inermi da esso conquistati, depredati e distrutti — avrebbe il dovere di riconoscere nei suoi confronti, co-

¹ Rimando a L. Ferrajoli e S. Senese, *Quattro proposte per la pace*, relazione al convegno «L'Onu tra la guerra e la pace» promosso a Roma il 15-16 aprile 1991 dalla Fondazione Internazionale Basso, in «Democrazia e diritto», 1992, 1, pp. 243-57.

² S. Senese, *Un nuovo soggetto di diritto: l'Umanità*, in E. Balducci, *La tribù della terra: orizzonte 2000. Dialoghi*, Cultura della pace, San Domenico di Fiesole 1991, pp. 79-108, in particolare pp. 100 sgg.

me una sorta di risarcimento, a tutti i popoli del mondo: lo «ius societatis ac communicationis», lo «ius peregrinandi» nelle nostre «provincias et illic degendi», lo «ius migrandi» nei nostri ricchi paesi e di acquisirvi cittadinanza contro il rinserrarsi dei paesi ricchi nelle loro frontiere, in forza del semplice titolo proclamato da Vitoria che tutti siamo uomini, ed «ergo videtur quod amicitia inter homines sit de jure naturali, et contram naturam est vitare consortium hominum innoxiorum»³. In terzo luogo il divieto delle guerre dannose per l'intera umanità, come sono ormai — per dimensioni e potenza distruttiva — tutte le guerre: «cum una Respublica sit pars totius orbis [...], si bellum utile sit uni Provinciae aut Reipublicae, cum damno orbis aut Christianitatis, puto eo ipso bellum esse iniustum»⁴.

C'è poi una quarta lezione — io credo — che dobbiamo ricavare da Vitoria, come del resto da tutti i grandi classici del giusnaturalismo: la dimensione normativa della scienza giuridica, ed in particolare della scienza giuridica internazionalistica legata al carattere positivo e «artificiale» del diritto moderno. Il diritto non ha nulla di «naturale». Esso è certamente come lo determinano i rapporti di forza. Ma è anche — più in generale — come lo vogliono e lo costruiscono gli uomini, con le loro rivendicazioni e le loro lotte ed anche con le elaborazioni degli uomini di diritto. Nel bene e nel male, lo stato moderno, incluso quel complesso sistema di garanzie che con tutti i suoi limiti e contraddizioni è lo stato democratico di diritto, fu certamente costruito anche a tutela degli interessi del mondo capitalistico. Ma esso fu anche il prodotto della filosofia politica e, soprattutto, delle lotte di molte generazioni di uomini. E dunque il «come è» e il «come sarà» il diritto — anche il diritto internazionale, che tanto lontano sembra dalle nostre capacità di influenza — dipende anche da noi, in quanto persone e in quanto giuristi.

Certo non c'è nessuna ragione, nel breve periodo, di essere ottimisti. E tuttavia io penso che dobbiamo guardarci dagli atteggiamenti eccessivamente scettici e rassegnati, che condividono, con quelli dei difensori dell'ordine esistente, la medesima fallacia realistica: quella fallacia che nel diritto internazionale prende il nome di «principio di effettività» e che risale ad Alberico Gentili e ad Ugo Grozio. Contro questa fallacia, che appiattisce il diritto sul fatto, dobbiamo recuperare la dimensione normativa e assiologica della scienza giuridica internazionale che fu propria di Francisco Vitoria e poi di Immanuel

³ Vitoria, *De iure belli* cit., 2, p. 258.

⁴ Id., *De potestate civili* cit., § 13, p. 192.

Kant. In un duplice senso: riabilitandone la funzione progettuale e insieme prendendo il diritto «sul serio»: cioè riconoscendo che il diritto è come lo fanno gli uomini e dunque tutti noi, a cominciare da noi giuristi, che pure ne portiamo la responsabilità; e che inoltre esso è, essenzialmente, un sistema normativo, e dunque, ove sia dotato, come oggi è dotato l'ordinamento internazionale, di carte costituzionali fondate sui diritti e sull'uguaglianza, esso non è «smentito» ma semplicemente «violato» dai fatti, di cui abbiamo il compito di denunciare l'illegittimità.

Ha dunque perfettamente ragione Monique Chemillier-Gendreau nel denunciare la falsa uguaglianza degli stati e la copertura da essa offerta alle ineguaglianze reali e al ruolo di dominio e di sopraffazione svolto dai paesi più forti; e Charalambos Apostolidis nel rilevare il ruolo di legittimazione ideologica degli assetti esistenti svolto tuttora dal falso universalismo dei «valori» giuridici occidentali. E tuttavia questa è l'ambiguità che è sempre propria del diritto: che è, non da oggi, terreno di lotta, non solo quanto alla sua produzione ma anche quanto agli usi e alle strumentalizzazioni che possono esserne fatti e che è nostro compito contrastare. Di più: questa ambiguità è, da sempre, il connotato non solo del diritto ma dell'intera cultura occidentale. Non nasce con la conquista, né con Vitoria o con Grozio, ma risale alle origini della nostra civiltà: fu proprio della filosofia greca, poi del diritto romano, poi del cristianesimo e infine dell'illuminismo. Sempre la cultura occidentale ha avuto una dimensione universalistica che si è prestata ad essere impiegata e piegata a fini di parte. Sempre ha avuto una dimensione assiologica che ha potuto essere strumentalizzata a copertura di finalità di conquista, di sopraffazione e di sfruttamento. Tutto questo ce lo ha insegnato Marx, e sarebbe assurdo che lo dimenticassimo. Sempre la coscienza espressa dai «valori dell'occidente» — verità, amore, giustizia, diritto, diritti dell'uomo e del cittadino — ha potuto capovolgersi in falsa coscienza.

E tuttavia questa ambiguità del diritto ha potuto di volta in volta essere sciolta anche in senso progressivo, a seconda non solo dei rapporti di forza ma anche del ruolo — progressivo anziché subalterno, di trasformazione anziché di conservazione — svolto dalla filosofia politica e dalla cultura giuridica. Oggi la nostra parte è ancora una volta quella di sciogliere questa ambiguità prendendo ancora una volta il diritto sul serio: ben sapendo che essa non sarà mai sciolta del tutto e che la falsa coscienza continuerà sempre ad accompagnare e a minare la coscienza morale e intellettuale del cosiddetto mondo civile.

Ma oggi il nostro compito è forse facilitato rispetto al passato. Han-

no ancora ragione Monique Chemillier Gendreau e Charalambos Apostolidis nel denunciare la dicotomia tra «razionalità formale» e «razionalità sostanziale» di cui è stata vittima finora la cultura internazionalistica e ancor prima il sistema effettivo delle relazioni internazionali. E tuttavia questa dicotomia è stata oggi superata dal paradigma costituzionale entro cui è stata calata, sotto forma di diritti fondamentali, la razionalità sostanziale. Il conflitto tra morale e diritto, tra valori e fatti, tra normatività assiologica ed effettività concreta, tra idealismo e realismo, tra razionalità sostanziale e razionalità formale si è infatti trasferito, dopo la Dichiarazione dei diritti del 1948 e i Patti del 1966, nel corpo stesso del diritto internazionale positivo. È divenuto un'antinomia giuridica tra norme positive, ricalcando il medesimo processo di formazione da cui trassero origine lo stato di diritto e le nostre democrazie.

Grazie a questa penetrazione della razionalità sostanziale nelle forme del diritto internazionale positivo, abbiamo già, in altre parole, un'embrionale costituzione del mondo. L'ambiguità del diritto ha perciò cambiato natura. I valori incorporati nelle carte internazionali — il divieto della guerra, i diritti degli uomini e dei popoli — non essendo più esterni all'ordinamento ma essendo divenuti norme giuridiche sopraordinate a tutte le altre, non sono più fonti di legittimazione ma fonti di delegittimazione. E non è più vera la tesi kelseniana richiamata qui [nella già menzionata sessione del Tribunale permanente dei popoli n.d.r.] da Apostolidis secondo cui la validità delle norme è un fatto puramente formale dipendente unicamente dalla forma della produzione normativa. La validità è divenuta un fatto anche sostanziale, che dipende anche dai contenuti delle decisioni, che risultano invalide ove siano in contrasto con i valori incorporati nelle carte fondamentali del nuovo diritto internazionale⁵.

È dunque questo costituzionalismo mondiale che i giuristi devono oggi elaborare ed assumere come orizzonte assiologico del loro lavoro. Ma a tal fine è necessaria — nella critica giuridica del diritto e degli assetti esistenti, nella denuncia non solo della loro ingiustizia ma anche della loro illegalità, nell'identificazione insomma delle lacune e delle antinomie del diritto internazionale vigente rispetto alle sue stesse fonti giuridiche di legittimazione, nonché nella progettazione di concrete garanzie idonee a fornire effettività ai principi co-

⁵ Rimando, sulla distinzione tra «validità» e «vigore» e sulla sua rilevanza nella teoria dello stato di diritto, al mio *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, § 26, pp. 347-62, e § 58, pp. 909-22.

stituzionali di pace, di libertà e di giustizia del diritto internazionale — una radicalità scientifica e politica che purtroppo sembra estranea all'odierna cultura internazionalistica: quella medesima radicalità che fu propria del pensiero filosofico classico — da Locke a Montesquieu, da Beccaria a Kant — quando si trattò di disegnare la teoria del moderno stato di diritto. Ciò significa, per i giuristi, e in particolare per gli internazionalisti, liberarsi dalla fallacia realistica che appiattisce il diritto sul fatto, la normatività sull'effettività e assumere come loro compito scientifico oltre che politico la critica del diritto vigente e la progettazione del diritto futuro.

Questo non vuol dire, ovviamente, che il diritto non continuerà a soccombere alla forza, soprattutto in assenza di garanzie giuridiche e politiche. Né tanto meno vuol dire cullarsi in un ingenuo ottimismo. Vuol solo dire che noi giuristi dobbiamo assumerci le responsabilità legate al nostro mestiere, tanto più rilevanti in quanto non sembra, dopo i fallimenti delle rivoluzioni di questo secolo, che al diritto esistano alternative. E se è vero che nei tempi brevi non possiamo farci illusioni, è anche vero che la storia ci insegna che i diritti non cadono dal cielo e un sistema di effettive garanzie non nasce a tavolino né si costruisce in pochi anni e neppure in pochi decenni. Esso è il frutto, come sappiamo, di processi lunghi e faticosi, di scontri e di conflitti. È stato così per lo stato di diritto e per le nostre ancor fragili democrazie, che si sono affermate a costo di lotte e rivoluzioni sanguinose. Sarebbe assurdo pensare che non sarà così per il diritto internazionale e non impegnarci, per la nostra parte, nella battaglia per l'elaborazione e per l'affermazione di quelle garanzie di cui lamentiamo l'assenza e di quelle trasformazioni da cui dipende il nostro futuro.