

BENEDICT KINGSBURY - ALEXIS BLANE

LA GUERRA COME PUNIZIONE
NEL PESIERO DI VITORIA,
GENTILI E GROZIO



giuffrè editore - 2010

Estratto dal volume:

ALBERICO GENTILI

(San Ginesio 1552 - Londra 1608)

*ATTI DEI CONVEGNI
NEL QUARTO CENTENARIO DELLA MORTE*

(VOL. II)

San Ginesio, 11-12-13 settembre 2008
Oxford e Londra, 5-6 giugno 2008
Napoli 'L'Orientale', 6 novembre 2007

Introduzione.

La punizione è stata una ragione e una giustificazione di intervento in gran parte della storia della pratica militare; è stato così anche per alcune opere normative della tradizione occidentale della guerra giusta. Michael Walzer attira l'attenzione su ciò in *Just and Unjust Wars* (1).

Il concetto di guerra giusta come atto di punizione è molto antico, sebbene né le procedure né le forme di punizione siano mai state fermamente stabilite nel diritto internazionale consuetudinario o positivo. Nemmeno i suoi fini sono del tutto chiari: esigere una punizione, dissuadere altri stati, controllare o riformare lo stato colpevole? Tutti e tre sono ampiamente presenti nella letteratura, anche se probabilmente è corretto dire che la deterrenza e il controllo sono quelli più comunemente accettati.

Tuttavia in tutto il libro egli di fatto non dice niente altro circa la punizione. A dire il vero la punizione di stati e popoli è stata cancellata dagli obiettivi espressi del diritto internazionale moderno (2). Dopo la Seconda Guerra Mondiale le potenze alleate vittoriose usarono il diritto internazionale e i tribunali multinazionali o nazionali per organizzare la punizione dei singoli imputati per crimini di guerra e relativi crimini contro l'umanità (3). Il campo del diritto penale internazionale ha acquisito fin

¹ M. WALZER, *Just and Unjust Wars* (New York, 1977), 62.

² Il saggio di J. McMAHAN, *Aggression and Punishment*, in *War: Essays in Political Philosophy*, a cura di L. MAY (New York, 2008), 67-84, fa un'osservazione simile (69). "Walzer è di fatto un'eccezione tra i teorici contemporanei della guerra giusta nel menzionare la punizione. Alla maggior parte dei teorici contemporanei della guerra giusta, e di certo alla grande maggioranza dei filosofi e dei giuristi che nel corso dell'800 e del '900 scrissero sulla guerra, l'idea che la guerra possa essere giustificata come forma di punizione è sembrata un anacronismo, un residuo moralistico di un periodo più antico in cui la guerra era una faccenda meno indiscriminatamente distruttiva di quanto sia in seguito diventata."

³ Accordo per il Processo e la Punizione dei Grandi Criminali di Guerra delle Potenze Europee dell'Asse, 82 U.N.T.S. 280 (1945).

dall'inizio degli anni '90 un nuovo focus pratico nell'incriminare individui per questi crimini e per altri quali il genocidio, non solo dopo le guerre ma talvolta durante il conflitto (le prime quattro situazioni per le quali le accuse rivolte a singoli individui furono prese in considerazione dalla Corte Penale Internazionale erano tutte legate a situazioni di conflitto in atto, in Uganda, Repubblica Democratica del Congo, Repubblica Centrafricana e Darfur), e sempre più anche in situazioni in cui furono commesse brutalità su vasta scala senza uno stato di guerra formale. Ma infliggere punizione come una giustificazione per l'adozione di misure di forza contro stati o popoli è oggi così raro nel discorso giuridico internazionale che qualsiasi pretesa di agire in base a tale giustificazione, e sicuramente quella di prendere in considerazione l'uso della forza per questi motivi di punizione, sarebbe una nota davvero stonata. Questo riflette l'orientamento generale dei giuristi internazionalisti verso l'abbassamento della violenza e l'istituzionalizzazione della pace.

Considerate ad esempio il diritto internazionale riguardo quelle che erano definite rappresaglie non belligeranti e che vengono ora chiamate contromisure: cioè un atto commesso da uno stato che sarebbe stato illegittimo se non fosse in risposta all'atto illegale di un altro stato. Negli Articoli del 2001 sulla Responsabilità dello Stato, la Commissione per il Diritto Internazionale delle Nazioni Unite ha fatto il possibile per evitare di autorizzare l'uso della forza come contromisura, se non come risposta per autodifesa ad un attacco armato. E le contromisure in generale sono state limitate a ciò che era proporzionato e necessario per spingere l'altro stato a conformare la propria condotta al diritto internazionale. Le riparazioni per le perdite causate da una condotta illecita vengono trattate secondo un diverso tracciato. Né la punizione dello stato per il suo torto precedente, né l'intento di dissuadere altri da una condotta simile, figurano come giustificazioni per le contromisure. Analogamente, le pretese che la forza potrebbe e dovrebbe essere impiegata per applicare il diritto internazionale si esprimono quasi sempre in termini di prevenzione: lo scopo è quello di far sì che la condotta degli stati o dei gruppi trasgressori si conformi alle norme del diritto internazionale, magari anche dissuadendoli dal commettere atti simili in futuro, non per punirli per le loro violazioni passate.

E tuttavia sembra che punizione o rappresaglia o vendetta siano tutte presenti nella prassi contemporanea delle relazioni internazionali. A volte sono esplicite nella retorica dei più importanti leader di governo. Dopo i successi militari della Russia nei primi giorni del conflitto con la Georgia nell'agosto del 2008, il Presidente Dmitry Medvedev annunciò: "Ho deciso di concludere l'operazione per costringere le autorità georgiane alla pace... L'aggressore è stato punito, avendo subito perdite considerevoli. Le sue forze armate sono state rese non operative" (4). Nel gennaio 1979, Deng Xiaoping disse agli USA e ai leader giapponesi che la guerra della Cina con il Vietnam era stata intrapresa per dare una lezione al Vietnam (5). Tuttavia sembra che quell'episodio sia stato poi passato sotto silenzio nelle pubblicazioni cinesi ufficiali, presumibilmente perché non rientra nell'immagine pacifica di una Cina nuova. Certo, la maggior parte degli episodi di violenza tra stati che potrebbe apparire come una punizione da parte di stati più importanti non viene descritta in quel modo, come illustrano tre esempi della pratica statunitense. Il bombardamento, ordinato dal Presidente Clinton, del quartier generale dell'intelligence dell'Iraq nel 1993 può essere interpretato come una punizione immediata per il coinvolgimento dell'Iraq in un complotto fallito per assassinare l'ex Presidente Bush. L'invasione USA-UK dell'Iraq nel 2003 fu formalmente giustificata con il pretesto della "violazione materiale" da parte dell'Iraq delle condizioni di cessate il fuoco enunciate nella Risoluzione 687 del Consiglio di Sicurezza, e una giustificazione politica fu la punizione per la persistente ostruzione alle ispezioni sugli armamenti. Il bombardamento USA delle piattaforme petrolifere iraniane in mare aperto nel 1987-88 fu in parte la

4) La Russia 'termina l'operazione in Georgia'. BBC, 12 agosto 2008.

5) "Il trattato bilaterale tra il Vietnam e l'URSS ha le caratteristiche di un'alleanza militare. Il Vietnam ha invaso la Cambogia ed estende la sfida territoriale fin entro il confine cinese.... Trattando con un paese simile nessun altro modo potrebbe funzionare all'infuori di una necessaria punizione." Questa è la traduzione di un'opera posteriore in lingua cinese di un leader militare cinese che riassume le osservazioni fatte da Deng Xiaoping durante una visita in Giappone nel 1979. Tuttavia, nessuno dei numerosi riferimenti ai commenti di Deng su tale questione si riferisce ad un testo autorevole delle sue osservazioni, e i giornali cinesi dal gennaio 1979 non contengono alcun discorso di Deng che usi questi termini. Deng era formalmente Vice Primo Ministro all'epoca, ma in realtà la figura più importante del governo. Molti ringraziamenti a Zheng Yuan per l'aiuto fornito nella traduzione e nelle ricerche su questo punto e su altri.

punizione per la posa di mine ed altre azioni contro petroliere e navi da guerra e installazioni statunitensi e alleate nell'area del Golfo. Quando infine la Corte di Giustizia Internazionale deliberò al riguardo nel novembre del 2003, non considerò queste azioni statunitensi come uso legittimo di forza, con la motivazione che gli attacchi alle piattaforme petrolifere non erano necessari per impedire la posa di mine o attacchi alle navi neutrali, e che gli attacchi del 1988 non erano state risposte proporzionate alla posa di mine in una nave da guerra statunitense, notando al riguardo che l'averla minata non aveva causato nessuna perdita di vite umane né l'effettivo affondamento della nave da guerra gravemente danneggiata ⁽⁶⁾. La Corte non prese in considerazione nessuna possibilità che la punizione potesse aver giustificato queste azioni, anche se la punizione era mirata a proteggere "gli interessi essenziali di sicurezza degli Stati Uniti" come consentiva il trattato di controllo Iran-USA.

Che ne è stato della punizione come giustificazione esplicita, anzi come legittima giustificazione, per una condotta statale basata sulla forza? La gestione delle relazioni internazionali e delle relazioni postbelliche sarebbe migliore o peggiore se essa fosse reintrodotta nel vocabolario del diritto internazionale? La moralizzazione delle relazioni internazionali — le nuove teorie della guerra legittima, l'intervento umanitario o per la democrazia, l'antiterrorismo antidemoniaco, la giustizia militante — implica inevitabilmente il giudizio e la punizione, e a quale prezzo? È davvero giusto qualificare alcuni atti coercitivi di intervento umanitario, attuali o proposti, come forme di punizione, e quali potrebbero essere le conseguenze di una tale ridefinizione? Tali approcci riporteranno il diritto internazionale verso una concezione simile all'idea che Suarez aveva della guerra all'inizio del '600, che "l'unico motivo di essa è che un atto di giustizia punitiva è indispensabile per l'umanità, e che non si dispone di un mezzo più adatto nei limiti della natura e dell'azione umana" ⁽⁷⁾? Se il diritto viene concettualizzato come definizione del-

⁶⁾ Piattaforme Petroliere, Corte Internazionale di Giustizia 2003, paragrafi 76-77. Vedi anche la dura critica del Giudizio in Sep Op Higgins.

⁷⁾ FRANCISCO SUAREZ, *De triplici virtute* (1621), *Disputazione* 13 (Guerra), tradotta in O. O'DONOVAN e J. LOCKWOOD, *From Irenaeus to Grotius* (Grand Rapids MI, 1999), 737-38.

le condizioni che consentono il legittimo esercizio del potere coercitivo pubblico, è coerente avere un concetto di diritto internazionale che non preveda una forma di giudizio e di punizione? Ma se una conquista delle società democratiche moderne è stata la riduzione nei rapporti interpersonali delle dimensioni violente dell'onore, della vendetta, delle faide e delle punizioni, attuate facendosi giustizia da soli, questa conquista viene messa in pericolo (o al contrario consolidata) se si permette a queste idee di prosperare nelle relazioni internazionali? Queste moderne questioni sono fra quelle che intendiamo sollevare in questo saggio, e considerare più ampiamente in un lavoro futuro.

In questo studio due questioni stimolanti di tal genere sono affrontate un po' più in dettaglio. La prima si riferisce all'argomento, avanzato da Grozio e in forma molto simile ma più nota da Locke, secondo il quale (come dice Locke) "il *Diritto Naturale* sarebbe, come tutte le altre Leggi che riguardano gli Uomini in questo Mondo, inutile se non ci fosse nessuno che nello Stato di Natura avesse il *Potere di Eseguire* quella Legge, e di proteggere così l'innocente e contenere i trasgressori; e se nessuno nello Stato di Natura può punire un altro per il male che ha fatto, tutti potrebbero farlo" (8). L'idea che il diritto di punire le violazioni della legge di natura deve essere un diritto naturale (9) perché la legge di natura sia effettiva e realmente fatta valere nello stato di natura (10), viene intesa tanto da Grozio quanto da Locke in un modo che implica che non occorre alcun rapporto di autorità o giurisdizione tra il punitore e il destinatario della punizione. Grozio esplicitamente rigetta quello che considera come il punto di vista di Vitoria, cioè che questa relazione sia un requisito indispensabile perché la guerra offensiva possa essere giustificata come punizione. Questo dibattito ha delle implicazio-

⁸) JOHN LOCKE, *Second treatise of government*, a cura di P. LASLETT, (Cambridge, 1967), 271. Cfr. GROZIO, *De Jure Belli ac Pacis*, II.xx. 40. L'approccio di Grozio alla punizione, e i collegamenti con Locke, sono analizzati in B. STRAUMANN, *The Right to Punish as a Just Cause of War in Hugo Grotius' Natural Law*, in *Studies in the history of ethics*, 2 (2006), 1-20, disponibile in <http://www.historyofethics.org/022006/Strau-mannRightToPunish.pdf>; e in R. TUCK, *The rights of war and peace* (Oxford, 1999).

⁹) Così afferma GROZIO nel suo *De Jure Praedae* (scritto c. 1604-6). STRAUMANN, *The Right to Punish* cit., collega ciò a CICERONE, *De inventione*, e presenta in modo più generale argomenti a sostegno dell'analisi di Grozio sul diritto naturale e sulla punizione come connessa alle strutture del diritto romano e ai rimedi previsti dalla legge.

¹⁰) La possibilità di esecuzione è di importanza universale per Grozio e per Locke.

ni per la rivendicazione attuale della giustificabilità dell'intervento umanitario attuato con la forza da parte di uno stato che agisce in modo primitivo, cioè senza essere stato autorizzato ad agire da un'autorità competente o dall'obiettivo dell'intervento.

In secondo luogo, si potrebbe pensare che l'affermarsi di norme morali nelle relazioni internazionali richieda la volontà di impegnarsi in un giudizio morale. La questione della punizione è contingentemente, forse necessariamente, legata alla questione del giudizio. C'è una potenzialità nell'applicare alle relazioni internazionali le teorie contemporanee del giudizio, intendendo il giudizio come "un atto di discriminazione morale che si pronuncia su un atto precedente o su uno stato di cose esistente per stabilire un nuovo contesto pubblico" (11). Se deve esserci il giudizio, occorre che ci sia un luogo per la punizione? Un vero atto di giudizio può richiedere una volontà, se praticabile e se il caso è abbastanza grave, di intraprendere un atto di punizione. Richiede anche un giudice competente, i cui requisiti e la cui nomina, nel contesto delle istituzioni molto limitate che godono solo di una moderata accettazione e legittimità nelle relazioni internazionali, sono probabilmente così problematici laddove si danno questioni di intervento coercitivo per cui di norma il giudice sarà il leader di uno stato autonominatosi o di un gruppo di stati, tenuti alquanto sotto controllo da altri stati e gruppi armati o dall'opinione politica o pubblica. Gran parte di questa struttura di norme (moralì), di giudizio e di punizione, è suscettibile di essere resa in termini giuridici. Ciò a sua volta richiede una visione molto più impegnata di che cosa sia il diritto internazionale di quella che predomina in correnti di pensiero sul diritto internazionale, che lo concepisce o come un'altra forma di costi e benefici, che opera come i prezzi in un mercato; o come un linguaggio morale senza una grande responsabilità di azione, che produce consenso, ma la cui forza di controllo è estremamente esigua.

Due questioni sono sottintese ma non direttamente affrontate in questa relazione. Sono le seguenti:

11) O. O'DONOVAN, *The Ways of Judgment* (Grand Rapids MI, 2005), 7.

1. *I significati di 'punizione'.*

'Punizione' è un termine troppo poco specifico. Può indicare il castigo senza un vantaggio proporzionato per il punitore; o che si aggiunge alla somma netta dei mali, piuttosto che risarcire la vittima. La punizione può essere a rigor di termini una questione di ciò che uno si merita, mentre altri mali non costituiscono punizione. La punizione violenta può necessariamente avvenire *ex post*, mentre alcuni tipi di difesa possono verificarsi prima che il torto sia stato fatto, ad esempio per prevenire o impedire una violazione prevista. Si può pensare che la punizione possa essere inflitta soltanto se una violazione di diritto è stata autoritativamente accertata con un atto di giudizio identificabile, e il punitore è stato autorizzato ad agire. Ma le linee che distinguono la punizione dalla difesa non sono facili da tracciare ⁽¹²⁾. Il materiale da studiare in questa relazione usa il termine 'punizione' in molti sensi diversi. H.L.A. Hart osservava che "le posizioni principali riguardanti la punizione, che sono chiamate 'teorie' deterrenti o punitive o correttive della punizione, sono pretese morali su ciò che giustifica la pratica della punizione, rivendicazioni circa il perché, moralmente, essa debba o possa essere usata" ⁽¹³⁾. Un punto di vista simile si applica ad altre teorie della punizione, come l'idea che la punizione sia necessaria per restaurare un equilibrio, per riportare l'ordine delle cose in equilibrio; o per esprimere i valori di una comunità. Il punto centrale di questa relazione è la punizione secondo le linee indicate nelle prime proposizioni di questo paragrafo; ma cercare di specificare con maggior precisione un significato di punizione creerebbe confusione nell'esposizione delle opere storiche trattate.

2. *Punizione collettiva non violenta.*

Le analisi moderne sulla punizione di collettività interne agli stati, mentre spesso non si interessano dell'azione violenta, sono spesso pertinenti alle relazioni internazionali. La punizione di una collettività (come il raddoppiamento quotidiano della multa

¹²⁾ McMAHAN, *Aggression and Punishment*, tratta succintamente tali questioni.

¹³⁾ H.L.A. HART, *Punishment and responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, 1968), 72. Mostrare i rapporti causali funzionali tra le ragioni della punizione e i risultati è un problema complicato — in questa sede non si tenta di affrontarlo.

che un giudice inflisse alla città di Yonkers, fino a quando il suo consiglio comunale adottò un piano per la costruzione di alloggi pubblici in virtù di un decreto che consentiva l'abolizione della segregazione razziale) può essere un modo efficace per costringere una struttura politica democratica a conformarsi ad un obbligo giuridico senza direttamente usurparne l'autorità⁽¹⁴⁾. La punizione di una collettività potrebbe essere giustificata laddove è in grado di controllare e impedire molto meglio di qualsiasi altro attore un comportamento illecito da parte di entità singole. Viceversa, la punizione delle collettività può essere un errore se è semplicemente un modo di deviare la punizione dai singoli trasgressori (o di respingerla)⁽¹⁵⁾, o se favorisce una coesione e una solidarietà in seno alla collettività che ne rafforza la condotta problematica. Problemi simili si presentano nell'entità punitrice: i suoi atti contro un'altra collettività potrebbero far parte del proprio consolidamento di coerenza o di capacità di giudizio. La punizione è un fatto di relazione, quindi l'esercizio di essa può avere costi o benefici nella costruzione o nell'erosione di fiducia e di relazioni future. Queste logiche strumentalistiche, e l'analisi associata di scelta pubblica e di attore razionale, costituiscono una parte importante dell'analisi consequenzialista della punizione nelle relazioni internazionali. Ci sono degli ovvi 'caveat': un'impresa commerciale è organizzata intorno ad una logica razionale di azione più di un'entità pubblica deliberante; e le imprese, o anche le piccole municipalità, possono sciogliersi completamente senza l'immenso dislocamento che altre collettività e i loro membri subirebbero, e subiscono.

* * *

Il presente studio pone le basi per un esame di queste moderne questioni concernenti il giudizio e la punizione coercitiva nel diritto internazionale attraverso l'analisi di quelli che furono gli approcci alla punizione coercitiva negli scritti della prima età moderna sulla guerra e sullo *jus post bellum*, in cui, a differenza dei testi del diritto internazionale moderno, le questioni della

¹⁴) D. LEVINSON, *Collective Sanctions*, *Stanford Law Review*, 56:2 (2003), 345, 400.

¹⁵) B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge, 1993).

punizione di stati e popoli venivano trattate direttamente. Il saggio si concentra su: le lezioni in Spagna del tomista domenicano Francisco de Vitoria (c. 1485-1546), in particolare quelle *Sulla Guerra* e su *Le Indie*, tenute a Salamanca agli inizi degli anni 1530; gli scritti di Oxford del civilista italiano luterano Alberico Gentili (1552-1608), in particolare il *De Jure Belli* (1598); e gli scritti in Olanda e in esilio dell'umanista ecumenico della riforma olandese Hugo Grozio (1583-1645), in particolare il *De Jure Belli ac Pacis* (1625-46). Tutti e tre erano cristiani credenti che si impegnarono in dibattiti teologici. Vitoria fu un teologo di professione influenzato dai giuristi, Gentili e Grozio furono giuristi di ispirazione teologica.

Questi scrittori erano molto interessati a tre questioni, che nel pensiero moderno sono in genere separate, ma che essi vedevano legate da una teoria unificante, più profonda, della punizione e della guerra giusta. Queste tre questioni sono: la punizione come giustificazione per il ricorso alla guerra (punizione come giusta causa di guerra, *jus ad bellum*); la giustificazione della punizione nella conduzione di una guerra (*jus in bello*), e punizione violenta ammissibile o persino obbligatoria dopo una guerra (*jus post bellum*)¹⁶. Qui non trattiamo ogni aspetto in modo completo. In questo saggio consideriamo prima i loro approcci teorici generali alla punizione come parte della teoria della guerra giusta (parte I), poi passiamo a spiegare in dettaglio le loro idee di punizione nello *jus post bellum* (parte II).

I. *Approcci teorici generali alla punizione nella teoria della guerra giusta.*

Il belligerante Sovrano come giudice: l'approccio aggiudicativo e giurisdizionale di Vitoria alla punizione

La teoria della guerra di Vitoria si basa su una analogia tra l'uso della forza e il processo giudiziario. Il diritto di intrapren-

¹⁶ Il Governo inglese avanzò l'argomento che la detenzione di certe persone nel Sud dell'Iraq, che avrebbero potuto rappresentare un rischio per la sicurezza in quella zona non era semplicemente una misura ammissibile, ma addirittura richiesta alla Gran Bretagna dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, che imponevano la presenza di truppe del Regno Unito nell'area. Vedi R (Al Jeddah), Vice Segretario di Stato per la Difesa, [2007] UKHL 58, Judgment of Lord Bingham, paragrafi 30-32.

dere una guerra si basa su una definita violazione di diritto nei confronti dello stato. Vitoria non specifica la forma che tale offesa deve assumere, salvo avvertire che l'offesa deve essere proporzionata alla risposta che, nel caso della guerra, è severa (17). Nell'affermare il loro diritto a muovere la guerra, i sovrani "sono giudici in causa propria," (18) e anche se sono tenuti ad un criterio di ragionevolezza nella valutazione dell'offesa subita (19), in pratica non hanno vincoli. I sovrani devono agire in un ruolo giudiziario perché sono, per definizione, non soggetti ad alcuna forza esterna. Nessun altro attore ha l'autorità di valutare le opposte rivendicazioni di giustizia che motivano un conflitto (20).

Il tomista Vitoria ritiene che una guerra giusta deve derivare da un'offesa (21). Poiché la teoria di Vitoria è fondata sulla nozione di *iniuria*, una guerra non può in realtà essere giusta per entrambe le parti. Nel caso in cui ci sia giustizia nell'uso della forza da entrambe le parti, l'uso stesso della forza è un atto di ingiustizia (22). Quindi la valutazione di giustizia prima dell'uso della forza è fatta dal sovrano che agisce in un ruolo quasi giudiziario, per valutare l'esistenza di un pericolo per lo stato derivante dall'offesa subita, nonché l'eventuale costo della guerra.

Il paradigma giudiziale che si applica all'uso della forza è espressamente connesso anche ai limiti della giurisdizione del sovrano. Gli scopi consentiti per cui la forza può essere usata tra stati sono definiti con riferimento alle condizioni che regolano l'uso della forza all'interno degli stati. La violazione di diritto come una preconditione di guerra offensiva è identificata con la teoria della

17) FRANCISCUS DE VICTORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, trad. J. Pawley Bate (Oxford, 1933), 171.

18) *Ibid.*, 175.

19) La convinzione della legittimità della causa di una parte non è sufficiente, da sola, a giustificare la guerra, poiché Vitoria fa notare come quasi tutte le parti belligeranti credano generalmente di avere una giusta causa. Piuttosto, la convinzione deve "rifarsi al criterio del giudizio di un uomo saggio." *Ibid.*, 173.

20) *'Item principes sunt iudices in propriis causis, quia non habent superiores.'* *Ibid.*, 175-77.

21) "C'è una sola e giusta causa per intraprendere una guerra, cioè un torto ricevuto [*iniuria accepta* (279)]." *Ibid.*, 170 (citando Agostino).

22) *Ibid.*, 170, 177. Viene fatta eccezione per uno stato che crede sinceramente nella giustizia della propria causa ma che si dimostra essere in errore. Applicando al diritto bellico un concetto di diritto interno analogo alla 'mens rea', egli afferma che l'ignoranza invincibile potrebbe essere una "scusa totale" contro l'accusa di una condotta ingiusta della guerra.

punizione civile. Poiché la giurisdizione interstatale riguardo alla punizione è modellata sulla concezione intrastatale della giurisdizione, un governante ha più poteri sui propri sudditi che su coloro che non sono sotto la sua autorità. Quindi, dato che un governante non può punire il proprio popolo in assenza di un torto commesso, le stesse proibizioni si applicano alla punizione di stranieri (23). La guerra diventa un metodo di punizione internazionale.

Porre il sovrano come giudice in una teoria della guerra giusta fondata sulla salvaguardia dello stato crea un conflitto inevitabile. Il ruolo del sovrano riunisce in sé la necessità di proteggere lo stato e il potere di punire la parte che ha danneggiato lo stato. Per Vitoria, il fine della “pace e sicurezza dello Stato” è trascendente e in definitiva regola questa valutazione. Definendo la preservazione dello stato come il bene supremo, Vitoria afferma che lo scopo finale dell’uso della forza è quello di tutelare lo stato nei suoi diritti. La “comunità perfetta” dello stato è un bene pubblico perché protegge coloro che vivono entro i suoi confini e secondo le sue convenzioni. Lo stato è, in particolare nell’arena del conflitto interstatale, l’attore primario. Per Vitoria lo stato stesso è un concetto meno controverso di quanto non sia per molti dei suoi successori. Scrivendo nella Spagna monarchica, e preoccupato sia di difendere lo stato-nazione sia di limitare l’influenza del Papa — la sua teoria concede agli stati poteri più estesi di quelli posseduti dall’individuo. Il popolo di uno stato viene identificato con il suo stato e con il suo sovrano, e molti dei suoi diritti in conflitto derivano e dipendono da questa identificazione e non dal fatto di essere diritti insiti nel diritto di natura (24). Tuttavia, nell’assegnare allo stato un posto così importante negli affari internazionali, Vitoria mantiene una distinzione concettuale tra il principe e lo stato, dovendo sia il popolo che il principe la loro ultima lealtà allo stato (25). Vitoria usa il

23) *Ibid.*, 171.

24) Quindi, ai fini della soddisfazione, se le forze di un sovrano straniero, regolari o irregolari, invadono e provocano danni e quel sovrano rifiuta il risarcimento, il sovrano che ha subito l’offesa può legittimamente attaccare i mercanti e gli agricoltori innocenti che sono cittadini dello stato invasore. *Ibid.*, 181.

25) *Ibid.*, 169 (“il principe detiene la sua posizione solo attraverso l’elezione dello Stato”). Una motivazione personale da parte del principe non è, in se stessa, una giusta causa di guerra, *ibid.*, 170.

linguaggio dell'autopreservazione per giustificare il diritto dello stato ad usare la forza, soprattutto nel contesto delle guerre offensive.

Questa divisione tra i diritti degli individui e quelli degli stati è chiarissima nel contesto della forza impiegata a scopi offensivi (26). Gli usi della forza puramente difensivi sono consentiti egualmente sia agli individui che agli stati; ciascuno ha il diritto all'autodifesa armata quando non è l'aggressore (27). Tuttavia, quando la minaccia immediata viene meno, solo lo stato ha il diritto di usare la forza per un fine punitivo, per vendicare un torto subito (28). Un privato "non ha il diritto di vendicare un torto che gli sia stato fatto" (29). Invece, lo stato è incaricato della difesa dei diritti del cittadino così come dei propri (30). I torti contro i singoli individui che rientrano nella giurisdizione dello stato territoriale vengono puniti dal capo dello stato. Componendo la disputa attraverso l'amministrazione della giustizia, lo stato elimina qualsiasi minaccia interna alla sua stabilità. Lo stato è anche il solo vendicatore di un'offesa arrecata ad un suo cittadino da uno straniero o al di fuori del suo territorio. Il diritto all'uso offensivo della forza appartiene esclusivamente allo stato e può essere impiegato al di là dei suoi confini in difesa sia degli interessi dei propri cittadini sia dei propri interessi come collettività (31). Il diritto di punire uno stato straniero per la sua azione illecita nel recare offesa allo stato, è allora intrinseco al

26) La situazione di popoli e di altre collettività che non sono (considerati) costituiti come stati, richiede una trattazione complessa che in questa sede non viene affrontata. Vedi p. es. A. PAGDEN, *The fall of natural man* (Cambridge, 1982); J. TULLY, *Strange multiplicity* (Cambridge, 1995); R. TUCK, *The rights of war and peace*, cit.

27) VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 167.

28) *Ibid.*, 168. Viene fatta eccezione per un individuo che venga "insolentemente attaccato": è ammissibile che si difenda ma non che si vendichi.

29) *Ibid.*, ('*non habet ius vindicandi iniuriam*').

30) Vitoria limita il ricorso alla guerra offensiva ai principi degli stati, uno stato essendo definito come una "comunità perfetta", significando che si tratta di una "totalità completa". Questa definizione significa che per un principe non è necessario rivendicare la sovranità suprema prima di intraprendere una giusta guerra; i principi degli stati soggetti all'imperatore sono nondimeno i capi di "Stati perfetti".

31) "Ma uno Stato ha il diritto non solo di difendersi, ma anche di vendicare se stesso e i suoi sudditi e di riparare i torti. È quindi indispensabile, per la corretta disposizione delle cose umane [*ad commodam rerum moralium administrationem*], che questa autorità venga accordata agli Stati [*Reipublicae*]." *Ibid.* Questo potere è limitato agli "Stati perfetti." *Ibid.*, 169.

potere del sovrano, proprio come lo è il diritto di punire un suddito che abbia commesso un reato. Questo diritto alla guerra punitiva è uno degli attributi propri dello stato che distinguevano la sua condizione da quella di un individuo ⁽³²⁾.

Il diritto all'uso offensivo della forza attribuito in esclusiva agli stati è la conseguenza della definizione che Vitoria dà dello scopo di una guerra giusta. Nel paradigma di Vitoria, una volta che la gente si è raggruppata in stati, ciascun individuo perde la sua pretesa al diritto sovrano di vendicarsi; quel diritto appartiene e può essere esercitato solo dallo stato, che agisce attraverso il proprio sovrano. Gli stati tuttavia non hanno solo il diritto, ma un'obbligazione di preservare se stessi e i propri membri. Lo stato, non l'individuo, è il vendicatore dei diritti individuali. Il diritto di vendicarsi attraverso l'uso della forza è quindi una forma di punizione interstatale, intrapresa con la giustificazione della deterrenza e allo scopo di proteggere lo stato. La guerra offensiva è giustificata per il potere che ha di dissuadere: "non può esserci sicurezza...se i nemici non vengono fatti desistere dal recare offesa con la paura della guerra" ⁽³³⁾. Se la possibilità di una guerra, di per se stessa, non funziona da deterrente contro gli attacchi allo stato, lo stato è giustificato all'uso della forza.

Una delle più importanti affermazioni di Richard Tuck è quella secondo cui l'interazione tra stati a livello internazionale fornisce un esempio "reale e fantasticamente vivo" del tipo di interazioni che avrebbero luogo tra i singoli individui in uno stato di natura ⁽³⁴⁾. Tuttavia, nel contesto della teoria della guerra giusta, il modello più importante è stata l'analogia dell'ordine interno dello stato applicata alle sue relazioni esterne con gli altri stati. La preservazione dello stato è di primaria importanza e giustifica le azioni intraprese, come succede per la preservazione dell'individuo nei modelli di stato di natura che discendono dall'opera di Hobbes. Anche se l'autopreservazione dello stato è la preoccupazione primaria, e anche se ciò corrisponde al diritto

³²⁾ *Ibid.*, 169.

³³⁾ *Ibid.*, 167 ("*non potest esse securitas in Republica nisi hostes coerceantur motu belli ab injuria*"). La guerra difensiva da sola non ha il necessario effetto deterrente: "Perché il nemico non smetterebbe di recare offesa, se le vittime di esso si accontentassero semplicemente di un'autodifesa." *Ibid.*, 169-70.

³⁴⁾ R. TUCK, *The rights of war and peace*, 8-9.

individuale di autopreservazione in uno stato di natura come giustificazione primaria, il passo importante fatto da ognuno dei modelli della guerra giusta è decisamente quello di rinunciare al diritto dell'individuo all'azione in un paradigma basato sullo stato. Quindi la preoccupazione importante è quella di giustificare la giurisdizione per il sovrano di agire contro un altro stato. Invece di immaginare ogni stato come un individuo, giustificando così la punizione postbellica alla luce di un modello di diritti individuali comparativi, Vitoria guarda esplicitamente alla struttura interna dello stato come modello di quella internazionale. I diritti del sovrano contro un altro stato e i suoi cittadini vengono definiti usando gli stessi paradigmi che definiscono la giurisdizione del sovrano sui propri sudditi.

Mutamento del modello giurisdizionale di Vitoria sulla punizione: Gentili e Grozio.

Nella teoria della guerra giusta di Vitoria è la struttura interna dello stato ad essere sia un modello per la condotta interstatale che un limite posto ad essa. La questione centrale è una questione di autorità. A differenza di gran parte del pensiero costituzionalista contemporaneo, che ritiene il sovrano più vincolato quando agisce contro i propri sudditi, Vitoria estende le limitazioni dalla sfera interna alla restrizione delle azioni contro stranieri (35).

L'opera di Alberico Gentili, in particolare il suo *De Iure Belli*, getta le basi per la rimozione delle particolari preoccupazioni giurisdizionali di Vitoria dalla teoria della guerra giusta, un compito inequivocabilmente risolto da Grozio. Gentili diverge da Vitoria nel suo approccio al problema che, per salvaguardare la propria sicurezza in modo legittimo, lo stato debba avere giurisdizione per punire (36). Gentili enuncia una teoria di giurisdizione universale fondata sulla nozione umanistica della società universale del genere umano (37). Gentili consente ad

³⁵) VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 170-17 ("un principe non ha maggiore autorità sugli stranieri di quanta ne abbia sui propri sudditi").

³⁶) Tale questione dell'autorità resta pertinente allo *jus post bellum* contemporaneo, se immaginiamo il trattato di pace come uno strumento che conferisce giurisdizione.

³⁷) Diego Panizza sostiene che è questa mossa concettuale da parte di Gentili che poi consentirà a Grozio di allontanarsi dal modello giudiziario o giurisdizionale delle

uno stato di usare la forza contro le violazioni del diritto delle genti che riguardano questa società del genere umano, e allo stesso tempo di dissuadere non solo il trasgressore ma una più larga cerchia di individui e di stati. Questo a sua volta significa che la deterrenza generale può essere usata come giustificazione di una punizione che va al di là dell'equilibrio tra trasgressione e punizione. Benché Gentili continui ad asserire che la guerra (e la punizione postbellica) deve essere la risposta ad una violazione, se quest'ultima viene definita in modo sufficientemente ampio, si può ricorrere alla deterrenza come mezzo di autodifesa preventiva ancor prima che si verifichi un atto che colpisca lo stato direttamente. In particolare, Gentili ritiene che la guerra offensiva possa essere giustificata sulla base di una *iniuria* futura, cioè sulla base di un timore (ben fondato) ⁽³⁸⁾. Avendo la tutela dello stato come preoccupazione principale, i sovrani hanno, secondo Gentili, tutto il diritto di ricorrere all'uso della forza per scongiurare le minacce ancor prima che si concretizzino completamente. Il timore dell'offesa, nonché l'offesa subita, origina una giusta causa di guerra ⁽³⁹⁾. La parte giusta si trova nella posizione del giudice in causa propria — non solo rispetto ad un'offesa subita, ma anche rispetto alla presenza di una minaccia che produrrebbe la necessità di usare la forza preventivamente o offensivamente.

Vitoria e Gentili riconoscono gli aspetti di correzione e di retribuzione della punizione, così come il valore, che la punizione di un trasgressore ha, di deterrenza da una futura cattiva condotta da parte del trasgressore stesso o di terzi. La guerra

violazioni del diritto delle genti. Invece di una giusta causa di guerra che conferisce ad una parte giurisdizione per poter applicare la punizione, la società naturale del genere umano conferisce direttamente tale giurisdizione, PANIZZA, *Political Theory and Jurisprudence in Gentili's De Iure Belli: The Great Debate between 'theological' and 'humanist' Perspectives from Vitoria to Grotius*, International Law and Justice Working Papers 15/5 (2005), in International Law and Justice Working Papers 15/5 (2005), at www.iilj.org/publications/2005-15Panizza.asp. Il complesso problema di come si possa far sostenere a una concezione relativamente fievole della società del genere umano questo grosso peso viene affrontato, se non necessariamente risolto, in relazione a Grozio in TUCK, *Rights of war and peace*, cit., 102-108.

³⁸⁾ Vedi TUCK, *Rights of war and peace*, 18 (che attribuisce questo punto di vista a Gentili).

³⁹⁾ O'DONOVAN, *The Just War Revisited* (Cambridge, 2003), 49 (che fa notare come *iniuria accepta* non debba necessariamente essere *iniuria perfecta*).

non è un caso speciale ma è inquadrata in una teoria generale della punizione. Le giustificazioni generali che si riferiscono alla punizione civile dei sudditi da parte del governante riguardano pure il contesto interstatale. Trasferendo le teorie della punizione nelle circostanze extrastatali di una guerra giusta, la deterrenza diventa spesso in pratica la categoria di base, che comprende gli obiettivi correttivi e retributivi entro quelli che sono in genere gli scopi più ampi e più imperativi di assicurare che lo stato trasgressore non metterà nuovamente in atto tale minaccia, mentre secondariamente favorisce la cautela da parte di altri stati che potrebbero potenzialmente mettere in atto tali minacce.

Come Vitoria e Gentili prima di lui, Grozio considera la punizione di una violazione subita causa ammissibile per una guerra giusta. Anche lui cerca di limitare l'uso della punizione a circostanze in cui l'offesa è così grave da essere proporzionata alla violenza derivante dalla guerra⁽⁴⁰⁾. La guerra può anche essere intrapresa a scopi di prevenzione, quando uno stato ha il timore fondato che ci sarà una violazione. In tal caso la giustificazione non è la punizione ma la prevenzione: "prevenire un Male futuro"⁽⁴¹⁾. Una giusta causa che autorizzi ad entrare in guerra comporta una guerra giusta. Solo una parte, in ogni conflitto, può realmente avere una giusta causa; si rafforza così l'idea che la vittoria è causalmente legata alla legittimità di una campagna statale. Tuttavia Grozio riconosce che l'errore di fatto può essere che ogni parte in una guerra può agire giustamente, cioè non ingiustamente⁽⁴²⁾. Sotto questi profili la teoria della guerra di Grozio è in linea con quelle di Vitoria e Gentili.

All'interno di queste somiglianze delineate ampiamente, i teologi della guerra giusta hanno vedute divergenti sull'applicazione dei principi. Vitoria nega esplicitamente che la "differenza di religione," "l'ampiamiento di dominio," e la gloria del sovrano, siano giuste cause di guerra⁽⁴³⁾. Poiché la teoria della guerra

⁴⁰⁾ GROZIO, *The Rights of War and Peace*, a cura di R. Tuck (3 vols., Indianapolis, 2005), 1035. Vedi anche *ibid.*, 1018, 1027.

⁴¹⁾ *Ibid.*, 1021. Questo è un diritto limitato: "Le offese che si trovano solo in una fase iniziale non devono essere vendicate dalle Armi, a meno che non si tratti di un Caso di grande Preoccupazione", o a meno che i preparativi abbiano raggiunto una fase in cui qualche offesa è stata subita. *Ibid.*, 1020.

⁴²⁾ *Ibid.*, 1130.

⁴³⁾ VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 170.

di Gentili poggia su una teoria più restrittiva di una offesa definita, è più permissiva nella definizione di autodifesa: “la categoria dell’“utilità” è considerata una fonte autonoma di giustizia.”⁽⁴⁴⁾ Gentili si spinge fino ad asserire che certi peccati contro la natura umana potrebbero costituire una base per muovere guerra contro coloro che li commettono⁽⁴⁵⁾, un punto di vista che riecheggia nella frase di Grozio che “la guerra è legittima contro coloro che violano la Natura”⁽⁴⁶⁾. E quindi un sovrano può legittimamente muovere guerra contro un altro stato per qualsiasi violazione, senza dover dimostrare un’offesa al proprio stato. Grozio basa la sua affermazione sullo status del trasgressore come nemico di tutto il genere umano; la punizione attraverso la guerra reca quindi beneficio al genere umano nel suo insieme⁽⁴⁷⁾. In un famoso passaggio in JBP II.xx40, Grozio rigetta espressamente l’idea, da lui attribuita a Vitoria e ad altri, che “il Potere di Punire è propriamente un Effetto della Giurisdizione Civile”⁽⁴⁸⁾.

I Re, e coloro che sono investiti di un Potere uguale a quello dei Re, hanno il diritto di eseguire le Punizioni, non solo per le Offese commesse contro di loro, o contro i loro Sudditi, ma allo stesso modo per quelle che non li riguardano in modo peculiare, ma che sono, per qualsivoglia Persona, gravi Violazioni del Diritto Naturale o del Diritto delle Genti. Perché la Libertà di tener conto del beneficio della società umana attraverso le Punizioni, che originariamente apparteneva ad ogni singola Persona, ora, da quando sono state istituite le società Civili e le Corti di Giustizia, risiede in coloro che possiedono il Potere supremo, e questo propriamente non perché abbiano un’Autorità sugli

⁴⁴⁾ PANIZZA, *Political Theory and Jurisprudence in Gentili’s De Iure Belli*, 28.

⁴⁵⁾ GENTILI, [*Il diritto di Guerra (De iure belli libri tres, 1598)*, Milano 2008, d’ora in avanti citato come *DIB*], I.xxv. 176, conviene “che la causa degli Spagnoli è giusta quando essi muovono guerra agli Indiani, che praticavano commerci carnali anche con le bestie, e che mangiavano carni umane, di uomini uccisi a questo scopo. Perché tali peccati sono contro la natura stessa del genere umano...”. Gentili paragona ciò ad una specie di *actio popularis*: “perciò in uno stato chiunque può accusare altri di aver commesso delitto pubblico, anche se non è un cittadino, perché l’interesse tutelato non è proprio di quella cittadinanza, ma universale e riguarda tutti.” Su tali questioni Gentili è espressamente in disaccordo con Covarruvias.

⁴⁶⁾ GROZIO, *De iure belli ac pacis*, at 1024, citato più sotto *in extenso*.

⁴⁷⁾ *Ibid.*, 1021-24. Gentili presenta un argomento simile in *DIB*, I.xxv. 178.

⁴⁸⁾ *De iure belli ac pacis*, 1024. Vedi anche P. HAGGENMACHER, ‘Sur un passage obscur de Grotius’, 51, *Legal History Review*, 295 (1983), il quale sostiene che qui Grozio sotto certi aspetti fraintende gli autori spagnoli.

altri, ma perché non sono assoggettate a nessuno. Perché, come per altri, il loro Assoggettamento ha tratto da esse questo Diritto. Anzi, è tanto più onorevole vendicare le Offese di altri Popoli piuttosto che le proprie, in quanto tanto più si deve temere, per tema di un Senso delle proprie Sofferenze, che essi o superino la giusta Misura della Punizione o, almeno, esercitino la loro Vendetta con Malignità....

E finora seguiamo l'Opinione di *Innocentius*, e di altri, i quali affermano che la Guerra è legittima contro coloro che violano la Natura; il che è contrario all'Opinione di *Victoria*, *Vasquez*, *Azorius*, *Molina*, e altri, che sembrano richiedere, perché si possa parlare di Guerra giusta, che colui che la intraprende abbia ricevuto un'offesa nei riguardi di se stesso, o del suo Stato, o che abbia qualche Giurisdizione sulla Persona contro la quale la Guerra viene mossa. Perché essi asseriscono che il Potere di Punire è propriamente un Effetto della Giurisdizione Civile; mentre la nostra Opinione è che essa procede dallo *jus naturale*...quel Diritto naturale che esisteva prima della Fondazione dei Governi e che è ancora adesso in Vigore in quei Luoghi in cui gli Uomini vivono in Tribù o Famiglie, e non sono incorporati in Stati.

La restrizione giurisdizionale portava i giuristi tomisti ad una concezione restrittiva di punizione anche in tempo di guerra. Gentili aveva indicato la strada per una visione più ampia quando, spiegando perché sia i sovrani sia gli individui potrebbero essere offesi da coloro che violano il diritto naturale, ed essere quindi autorizzati a muovere loro guerra, affermava che: "non solo il diritto civile è un accordo e un legame che unisce i cittadini, ma lo stesso è vero per il diritto delle genti per quanto riguarda le nazioni, e per il diritto naturale per quanto riguarda il genere umano" (49). Seguendo una linea simile, Grozio dà una definizione più precisa del diritto di punire, sottolineando che il diritto deriva dallo *jus naturale* senza riferimento alla giurisdizione civile (50). Non occorre quindi una giurisdizione sul tra-

49) *DIB*, I.xxv. 179. Qui Gentili attinge al *Digesto*, il che può essere una delle ragioni che l'hanno spinto ad inserire l'offesa come una condizione necessaria. Panizza afferma che è Gentili, e non Grozio, ad operare una separazione tra l'idea di offesa e quella di guerra. Il modello giuridico che Vitoria e la maggior parte degli altri teorici della guerra giusta avevano adottato, fondato sull'unica parte giusta come parte lesa e come giudice, è smontato nell'opera di Gentili. La guerra è invece vista come un "duello," con l'implicazione che di nessuna delle due parti si può dimostrare che abbia una giusta causa *ex ante*. Il conflitto, invece, è il veicolo attraverso cui si stabilisce la legittimità di una causa.

50) *De iure belli ac pacis*, 1024.

sgressore per rendere la punizione giusta. Questo assioma è il fondamento per permettere, a chiunque non abbia commesso lo stesso torto, di punire un individuo che abbia recato offesa; esso sostiene anche l'eliminazione dell'esigenza che un'offesa allo stato aggressore o ai suoi amici o sudditi debba essere una condizione necessaria di guerra giusta. Per rafforzare questo spostamento concettuale, Grozio dimostra che esso trova supporto nella pratica statale. Gli Stati si concedono ampio spazio nella punizione durante e dopo la guerra "non in considerazione di una Giurisdizione Civile, ma di quel Diritto naturale" che ha preceduto il governo civile⁽⁵¹⁾. Quindi la giustificazione logica della deterrenza per la guerra si estende anche alle violazioni del diritto delle genti che non danneggiano nessuno. Di conseguenza, Grozio può affermare che, anche se in una particolare situazione costituzionale il popolo di uno stato non può prendere le armi contro il proprio sovrano, perché ha ceduto il proprio diritto naturale allo stato nella persona del sovrano, il sovrano di un altro stato può farlo se il popolo viene trattato ingiustamente⁽⁵²⁾. Questo trattamento è una violazione del diritto naturale e rende il sovrano trasgressore nemico di tutto il genere umano. Questa larga concezione espande la giustificazione della punizione. La punizione per il bene "di qualsiasi Persona senza distinzioni"⁽⁵³⁾ non è esplicitamente legata alla sicurezza dello stato punitore. Tuttavia Grozio attenua la permissività della sua ampia giustificazione della punizione con il riferimento alla "Giustizia politica," che impone ad un sovrano di riflettere sugli effetti che qualsiasi guerra intrapresa a scopo punitivo avrebbe sui propri sudditi⁽⁵⁴⁾. In un'Europa di stati in un costante conflitto amplificato da una crescente espansione coloniale, questa era una considerazione importante. Prima di entrare in guerra per punire un'offesa allo stato o una violazione del diritto delle genti, il sovrano deve soppesare i costi della violazione contro gli eventuali costi della guerra. Grozio avverte quindi: "Nessun principe

⁵¹⁾ *Ibid.*, 1025.

⁵²⁾ *Ibid.*, 1160-62. In *DIB* I.xvi. 108, Gentili si basa sull'"unità della razza umana" nell'affermare che è "giusto che noi difendiamo i sudditi di un altro contro il loro sovrano."

⁵³⁾ GROZIO, 963.

⁵⁴⁾ *Ibid.*, 1145.

dovrebbe mai muover Guerra ad un altro altrettanto forte per infliggere una Punizione” (55). Farlo significherebbe per il principe arrecare un’ingiustizia al proprio popolo esponendolo irragionevolmente ai pericoli della guerra (56).

Le opere di Grozio sulla punizione erano, in parte, un riflesso della politica teologica in cui egli si trovò per un certo periodo di tempo profondamente impegnato. Hans Blom espone in modo convincente la tesi secondo la quale nel *De Jure Praedae* sono evidenti due diversi approcci alla punizione (57). Uno riguarda l’assoggettamento dell’individuo alle leggi (dello stato) attraverso la prerogativa dell’autorità esercitata da un’entità superiore, per esempio lo stato e i suoi governanti, o Dio. L’altro riguarda l’istituzione di leggi (in comunità legate dalla fedeltà), in contesti nei quali la punizione a sostegno di quelle leggi è compito di ciascuno nella comunità. Il primo di questi era importante per i dibattiti politico-teologici che si svolsero in Olanda negli anni intorno al 1600-1610, e viene ulteriormente ripreso nel *De satisfactione Christi* (1617) di Grozio, dove è anche parte di un’analisi se Dio poteva — aveva ragione di e di fatto poteva — punire il Cristo pronto al sacrificio per i peccati dell’umanità, così da giustamente redimerli (58). Il secondo trovò un posto importante nel *De Jure Praedae*, come parte della tesi secondo cui, sebbene la Compagnia Olandese delle Indie Orientali dovesse essere considerata come un attore privato piuttosto che come un’entità o un agente dello stato olandese, le depredazioni da essa messe in atto contro le navi portoghesi erano un corretto esercizio del diritto individuale di punire le violazioni portoghesi del diritto naturale, se commesse al di là del campo d’azione dei magistrati civili. Nel *De Jure Belli ac Pacis*, Grozio accettava ampiamente la struttura analitica di base di questo secondo ramo dell’analisi del *De Jure Praedae*, ma in un modo che com-

55) *Ibid.*, 1145. Vedi anche SAMUEL PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* 1293-94 (trad. C.H. Oldfather & W.A. Oldfather, The Clarendon Press, 1933) (cita Grozio).

56) Questo è simile al requisito della ragionevolezza di Vittoria nella decisione di entrare in guerra. Vedi VITTORIA, *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, 175.

57) ‘H. BLOM, ‘Grotius and Socinianism’, in *Socinianism and Arminianism: Antitritonians, Calvinists, and Cultural Exchange in Seventeenth-Century Europe*, a cura di M. MULSOW & J. ROHLS (Leiden, 2005), 121, 130.

58) *Ibid.*, 133.

portava una certa contraddizione con le sue posizioni nel *De satisfactione*. Anche se per statuto in una repubblica il diritto naturale di tutti gli individui di punire è trasferito alle entità superiori, il *De Jure Belli ac Pacis* sottolinea che, per le situazioni che esulano dalla struttura statale, il diritto individuale generale di punire coloro che commettono violazioni continua ad esistere. La superiorità giuridica formale non è necessaria per la punizione umana (mentre la punizione da parte di Dio è quella di un'entità superiore). Ciò rende possibile la punizione extraterritoriale da parte del governante dello stato. La punizione umana deve essere strumentale a qualche obiettivo, quale la prevenzione della possibilità di ulteriori offese, la deterrenza generale o specifica (a differenza della punizione divina, che può avere nessun altro fine che la punizione giustificata di per se stessa). Ma la gamma di obiettivi possibili è ampia, consentendo al governante di impiegare la punizione preventivamente per la maggior parte delle ragioni di stato (59). L'offesa arrecata allo stato o al suo popolo non è condizione indispensabile per poter esercitare il diritto di punire (60). Si instaura così un approccio permissivo all'uso della forza, giustificato dalla ragion di stato e motivato dal desiderio di proteggere lo stato. Grozio non impiega il modello giudiziario di Vitoria e Gentili, ma privilegia una versione attenuata di esso; in parte egli appoggia l'idea della punizione per le violazioni subite da altri perché è più probabile che tale punizione sia moderata: lo stato punitore è più vicino alla posizione neutrale di un arbitro giuridico (61).

Un ulteriore effetto della riformulazione, attuata da Grozio, del diritto di punire è il fatto che esso apre la strada alla guerra in contesti coloniali nonché in altre situazioni di diversità religiosa, in quanto rende possibile la rivendicazione della giurisdizione senza riferimento all'offesa nei confronti dello stato. Gran parte di *De Jure Belli ac Pacis*, II, xx, riguarda tali questioni, che avevano importanti implicazioni europee e coloniali. Vitoria aveva visto l'impresa coloniale spagnola con notevoli timori, e

59) *Ibid.*, 135 (parlando anche di Velthuysen).

60) Grozio asserisce in *De satisfactione* che l'offesa non dà adito in una persona fisica al diritto di punire. In JBP, al contrario, Grozio sostiene che tutti gli uomini hanno il diritto di punire a seguito di una condotta trasgressiva.

61) *De iure belli ac pacis*, 1011

cercava di limitare i pretesti evangelici e di altro tipo che l'auto-rizzavano. Egli cercava di arginare la giurisdizione del Papa, non solo per appoggiare le rivendicazioni territoriali del suo sovrano contro gli editti di Roma, ma forse anche per limitare alcuni degli abusi più gravi che le illimitate concessioni papali di autorità avevano contribuito a rendere possibili ⁽⁶²⁾. Affermando la giurisdizione universale, che era necessaria per appoggiare l'impresa degli Olandesi in quanto essi sfidavano altri paesi e compagnie all'estero, Grozio riscrive una versione delle ragioni adottate dal Papa per espandere la giurisdizione di Roma. Tuttavia egli l'ha tenuta separata dalla rivendicazione della precedenza teologica, che era insita nella definizione del Papa quale governante universale in base alla sua posizione dottrinale. Grozio mise parecchi paletti intorno alla sua teoria, perché non si vedesse in essa un'ampia licenza ad impegnarsi nell'intervento militare; tra questi paletti, anche la sua affermazione che "quelle Guerre che vengono intraprese per esigere la Punizione sono sospettate di essere ingiuste, a meno che i Crimini siano molto efferati e palesi, o ci sia, allo stesso Tempo, il concorso di qualche altra (giusta) Causa." ⁽⁶³⁾ Tuttavia in pratica, come mostra Richard Tuck, la teoria di Grozio rende possibile un'ampia rivendicazione del diritto da parte dei governanti secolari, in quanto il potere di agire contro certi gruppi è fondato non sulla giurisdizione formale, o su legami come l'affiliazione religiosa, ma su una umanità comune che incorpora solo una tenue socialità condivisa ⁽⁶⁴⁾.

II. *La punizione nello jus post bellum.*

Il Vincitore come Giudice nello *jus post bellum*: Vitoria e Gentili

Come per il requisito dell'offesa prima che possa essere usata la forza, Vitoria giustifica la sua spiegazione dell'autorità del sovrano dopo la guerra appellandosi al diritto interno. Il sovrano

⁶²⁾ Vedi VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 170 ("La differenza di religione non è causa di guerra giusta.").

⁶³⁾ *De iure belli ac pacis*, II.xx. 43, 1027.

⁶⁴⁾ TUCK, *Rights of war and peace*, 102-8.

si pone nei confronti dello stato sconfitto come un creditore nei confronti del debitore e, tanto il creditore quanto il giudice, possono “far valere i loro diritti” impadronendosi ad esempio dei beni del nemico (65). Perché la punizione inflitta dal vincitore sia giusta, la guerra stessa deve essere stata giusta. Nell’usare la forza contro un nemico, e punendo quel nemico dopo la guerra, lo stato agisce per proteggere il bene comune. Questo modo di intendere la guerra offensiva si basa su un’analogia con la struttura interna dello stato, in cui il governante può punire solo il proprio popolo per un torto. La legittimità della motivazione del vincitore in guerra gli dà la giurisdizione di punire lo stato sconfitto. Ma i diritti del sovrano contro i cittadini dello stato sconfitto sono determinati, almeno fino ad un certo punto, dall’analogia con i diritti del sovrano sui propri sudditi (66).

Nel pensiero di Vitoria, il ruolo giuridico del sovrano non si esaurisce nella giustificazione della guerra. Piuttosto, intraprendendo una guerra giusta, il sovrano estende il suo potere giudiziale alla condotta e alla conclusione delle ostilità (67). Ciò comprende la facoltà di determinare il risarcimento necessario per le offese subite prima del conflitto e nel corso di esso. In merito alla punizione della parte perdente, l’analogia giudiziaria vincola il potere assoluto del sovrano in guerra. Nel paradigma giudiziale, il vincitore, “che siede come un giudice tra due stati”, è istruito a infliggere la punizione nella sua qualità di giudice e non di parte offesa (68). Questo riflette la distinzione tra vendet-

65) VITORIA, *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, 171. Confronta su Grozio, *The rights of war and peace* (si asserisce che il diritto di punire appartiene a chiunque non sia colpevole allo stesso modo del trasgressore).

66) Si veda p. es., il dibattito se coloro che sono “colpevoli” di una guerra ingiusta possano essere uccisi dopo la conclusione della battaglia oppure no. Vitoria, 182 (“Di nuovo, questo è ammissibile contro i nostri cittadini che trasgrediscono. Quindi anche contro gli stranieri; perché, come detto sopra, un principe quando è in guerra ha per diritto di guerra sul nemico la stessa autorità che avrebbe se fosse il suo legittimo giudice e principe.”).

67) *Id.*, 171 (*princeps, qui gerit iustum bellum, habet se in causa belli tanquam iudex*). Questa giurisdizione si estende alla totalità della comunità politica sconfitta. E. Nys, *Introduction* a VITORIA, 46 (“commettendo un reato, una comunità politica diventa suddita dell’altra comunità politica: il vincitore diventa giudice del vinto”).

68) *Ibid.*, 187 (“Il vincitore dovrebbe considerare che egli siede come giudice tra due Stati [*Respublicas*], quello che ha subito un torto e quello che ha commesso il torto [*alteram, quae laesa est, alteram, quae iniuriam fecit*], e quindi sarà in veste di giudice e non di accusatore che emetterà il giudizio attraverso cui lo stato che ha subito l’offesa

ta e punizione. La vendetta appartiene alla guerra offensiva ed è quindi consentita solo agli stati. Così, mentre ad un principe è consentito *in bello* di fare tutto ciò che è necessario per assicurare la pace e la sicurezza dello stato, quando il conflitto stesso si è concluso e il pericolo attuale per lo stato è stato scongiurato, la vendetta non è più ammissibile. Il sovrano vittorioso deve quindi evitare una vendetta senza limiti; invece il vincitore deve imporre una punizione che si addica con gli scopi della punizione e i limiti che tali scopi impongono. I limiti sulla misura della punizione che il vincitore infligge non sono posti da fonti esterne di costrizione ma ineriscono al modello giudiziale di giusta guerra di Vitoria e alla definizione di punizione che esso comporta. Poiché la punizione deve servire come scopo, essa è definita con riferimento allo stesso offensore. Siccome entrambi hanno come scopo la pace e la sicurezza dello stato, il paradigma della punizione pone più limitazioni all'uso della forza di quanto non ne ponga quello della vendetta. Il timore di tale punizione è ciò che dissuade il nemico da ulteriori atti di aggressione e così rende sicuro lo stato.

Vitoria e Gentili accettano che l'esito di una guerra sia *prima facie* l'esito giusto, con il vincitore letteralmente identificato in colui che ha vendicato la giustizia della propria causa⁽⁶⁹⁾. Questa è un assunto idealizzato; Gentili fornisce molti esempi di situazioni in cui egli riconosce che la parte vincente non era quella la cui causa era con più evidenza giusta. Il concetto gentiliano del vincitore come giudice è più sfumato di quello di Vitoria. Gentili trae dal diritto civile la nozione che la guerra sia una forma di processo giurisprudenziale⁽⁷⁰⁾. Nel *De Armis Romanis* egli mette a confronto ciò che significa essere sconfitti in guerra e ciò che significa essere sconfitti in un tribunale, con l'esito della guerra paragonabile alla decisione del giudice sul merito della controversia⁽⁷¹⁾. L'analogia con il modello interno è quindi un elemento significativo nel definire l'ambito e l'ammi-

può ottenere soddisfazione... gli individui che hanno commesso l'offesa essendo puniti entro i limiti di legge.”)

⁶⁹⁾ Questa nozione dell'incapacità delle parti belligeranti di stabilire, *ex ante*, quale sia la giusta causa non elimina l'importanza fondamentale della giustizia in guerra.

⁷⁰⁾ D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana* (1981), (“L'esito della guerra corrisponderà alla sentenza del giudice...”).

⁷¹⁾ GENTILI, *De Armis Romanis* (1599), Libro I, cap. 5.

nistrazione della giustizia, con alcune implicazioni anche per lo *jus post bellum*.

Lo *jus post bellum* era una parte vitale e sostanziale dell'opera di Gentili. Egli vede la situazione postbellica come distinta dal tempo di non conflitto perché, invece di preservare l'ordine, il sovrano deve cercare di restaurarlo. Essa differisce anche dal tempo di guerra, dato che la minaccia immediata allo stato è stata domata, quindi i mezzi ammissibili a disposizione del vincitore sono diversi da quelli consentiti al combattente (72). Per Gentili, la guerra veniva combattuta per organizzare la pace, e l'organizzazione dell'ordine postbellico era essenziale per il trattamento della guerra nel diritto. Gentili affronta molto in dettaglio situazioni in cui la punizione dopo la guerra è ammissibile o non ammissibile, e saggia o imprudente. Egli enuncia quattro ragioni accettabili per la punizione dopo la guerra: deterrenza specifica del trasgressore dall'arrecare una nuova offesa, deterrenza generale di altri attraverso questo esempio salutare (73), consolazione (*solactium*) per la parte offesa, e prevenzione nei riguardi del trasgressore, in modo che non tragga profitto dal torto. La deterrenza generale e quella specifica sono in primo luogo dettate dalla lungimiranza, mentre le altre due ragioni effettive sono ampiamente retrospettive. Come Vitoria, Gentili distingue tra punizione, che "riguarda colui che la subisce", e vendetta, che "si riferisce a colui che la infligge." (74) La situazione di vendetta del vincitore, dà adito alla soddisfazione della parte vincente. La punizione della parte sconfitta, nel frattempo, serve a scoraggiare un conflitto futuro imponendo un prezzo all'aggressore (75). Per restaurare l'ordine, fondamentale per la pace, è necessario affrontare entrambi gli aspetti del conflitto.

Mentre Vitoria vede il vincitore come giudice imparziale, benché in bilico tra i propri interessi e l'interesse di un altro, Gentili analizza i concetti di punizione e vendetta e formula

72) GENTILI, DIB, III.ii. 293.

73) *Ibid.*, 295 ("libertà dal timore di altre offese in futuro da parte dello sconfitto [*securitas a punito, & a reliquis in posterum*]").

74) *Ibidem*, 295, ("*Est quidem aliud poena, quae respicit patientem & aliud ultio, quae respicit fecientem*"). Tuttavia, in *De ultione victoris*, egli prende in considerazione insieme la punizione e la vendetta quando definisce le norme applicabili al contesto postbellico.

75) *Ibid.*, 289-95.

chiaramente ragioni effettive per essi, separate ma complementari, e vede così il vincitore in modo diverso. Il vincitore non punisce in veste di giudice imparziale ma in veste di parte lesa. Egli resta limitato da nozioni di giustizia, ma nella misura in cui queste non comprendono proibizioni di diritto naturale ⁽⁷⁶⁾, esse si trovano a dipendere dalle circostanze particolari del conflitto e delle sue parti, incluso il vincitore ⁽⁷⁷⁾.

Si suppone che colui che riceve la punizione sia, nel contesto dello *jus post bellum*, la parte sconfitta in guerra. Il fatto della sconfitta rende il perdente presumibilmente un peccatore secondo la teoria cristiana della guerra giusta in voga a quei tempi. Questa dimensione teologica si fonde con l'idea, ispirata al diritto penale, della colpevolezza (secolare), un'immagine rafforzata dalla visione della guerra come processo di attuazione del diritto. Il giudizio divino (l'esito della guerra) mette in moto il processo di giudizio che il vincitore deve attuare in relazione al vinto. La posizione del perdente come peccatore e quella di giudicato si rafforzano reciprocamente.

Il rapporto di cui sopra tra giudice e giudicato è in via d'ipotesi bilaterale, anche se a volte è presentato come incorporato in idee più profonde di punizione divina o sotto l'idea del giudice che tutela la società globale di tutti gli esseri umani. Ma i rapporti tra giudice o giudicato e parti terze particolari possono anche essere importanti nel valutare le esigenze di deterrenza generale. Altri stati nella stessa orbita politica, o in seno allo stesso sistema feudale o tributario, possono essere maggiormente influenzati da una punizione particolare (o dalla mancanza di essa) di quanto potrebbero esserlo stati distanti culturalmente e fisicamente.

Limitazioni alla punizione nello jus post bellum: Grozio e lo sviluppo del pensiero moderno

I giuristi come Vitoria, che identificano la parte giusta nel ruolo del giudice, trasferivano in questo modo i caratteri del modello giudiziario nel contesto della guerra. Come giudice, al

⁷⁶⁾ *Ibid.*, 295.

⁷⁷⁾ *Ibid.*, 293. Il vincitore dovrebbe tener conto sia della sua posizione sia "della natura della guerra che è in corso di svolgimento."

vincitore in guerra si richiede di agire negli interessi di entrambe le parti così come la società più in generale, e l'autorità in virtù della quale si agisce è limitata al caso in questione (78). La definizione dello scopo per cui viene applicata la punizione fornisce un limite sia teorico sia pratico al potere del vincitore di punire la parte sconfitta dopo la guerra. Il requisito della violazione del diritto per Vitoria, quello di Gentili per la violazione del diritto o la minaccia della stessa, il requisito di Grozio dell'aggressione o della violazione del diritto naturale, comportavano tutti dei limiti alla giusta causa di guerra. Questi limiti potevano essere trasferiti negli scopi legittimi della punizione dopo la guerra. E se la punizione postbellica era intesa come conseguenza di una guerra giusta, questi scopi legittimi di punizione potevano anche porre dei limiti per la punizione postbellica.

Grozio sviluppa quella che diventa una base potenzialmente molto ampia per la punizione, basando la giurisdizione che consente di punire non su un'analisi della combinazione di ordine interno e ordine internazionale, ma sul diritto naturale, che si riferisce ugualmente alla sfera internazionale e a quella interna. Avendo formulato il diritto di punire come separato dallo stato e dal trasgressore, Grozio conclude che i sovrani possono "esigere Punizioni (sic)" per tutte le violazioni del diritto delle genti, indipendentemente dal fatto che queste violazioni colpiscano loro o i loro sudditi (79). Il potere di punire "deriva dal Diritto Naturale" (80) e quindi non richiede la "giurisdizione" sul trasgressore. Il diritto di punire appartiene a chiunque non sia "ugualmente colpevole" rispetto al trasgressore. Perciò, con la precisazione che una guerra non può essere giusta da entrambe le parti, è chiaro che il vincitore può rivendicare il diritto di punire le violazioni del diritto delle genti compiute dalla parte sconfitta, compreso l'uso improprio della forza. Poiché Grozio non richiede una offesa definita, e poiché la giurisdizione che consente di punire si trova nel diritto naturale e non nel diritto civile, non c'è molto nel diritto naturale di Grozio (*jus naturae*) che impedisca al vincitore di prendere qualsiasi misura ritenga necessaria

⁷⁸⁾ O'DONOVAN, *The Just War Revisited*, 22-23.

⁷⁹⁾ *De iure belli ac pacis*, 1021 (dichiarando che il sovrano non è "in soggezione a nessuno").

⁸⁰⁾ *Ibid.*, 1024.

contro lo stato conquistato. Tuttavia, secondo Grozio, il diritto delle genti (*jus gentium*) impone alcuni limiti reciproci a tali misure tra stati. Il diritto delle genti viene definito come “o ciò che era concesso da ogni Nazione senza Obbligazione reciproca, o quello che implicava un’Obbligazione reciproca,” il che fa di esso una limitazione preminentemente permissiva e pragmatica. Quindi le rappresaglie sono consentite contro tutti i sudditi del sovrano nemico ⁽⁸¹⁾. Tuttavia, quando affronta il tema della confisca dei beni del nemico in battaglia e la loro destinazione una volta terminato il conflitto attivo, Grozio restringe rigorosamente le azioni ammissibili del vincitore. Nel concludere la guerra e nel formulare le condizioni di pace: “colui che ha la Giustizia della Guerra dalla sua parte, dovrebbe ottenere quello per cui ha preso le armi, ed inoltre essere risarcito per i Costi e per i Danni, ma non dovrebbe ottenere altro per via di Punizione, perché questo è odioso.” ⁽⁸²⁾

Questi caveat impongono limiti al vincitore, non creano diritti per il vinto. La natura della pace determina l’entità della punizione postbellica che può essere applicata. Se la guerra si conclude con la resa totale di una parte, allora quella parte “deve subire qualunque Cosa secondo la Volontà del Conquistatore.” ⁽⁸³⁾ Il vincitore può imporre delle misure allo stato sconfitto senza essere ingiusto, perché è precisamente quella nozione di giustizia che forma il limite esterno del contenuto di tali misure ⁽⁸⁴⁾. Così Grozio, separando il diritto di punire dal trasgressore individuale, allarga la gamma di situazioni in cui un vincitore può punire, fino ad includere guerre non intraprese per vendicare un’offesa nei confronti dello stato vincitore. Il vincitore, in simili circostanze, punisce non per vendicare l’offesa subita o per scoraggiare offese future nei suoi confronti. Il vincitore pu-

⁸¹⁾ *Ibid.*, 1243. Questa giustizia di tale norma dipende essa stessa dall’offesa definita che rende legittima l’entrata in guerra. Tutti i sudditi di un sovrano “da cui si è ricevuta l’offesa...sono soggetti a questo Diritto di Rappresaglia.”

⁸²⁾ *Ibid.*, 1558 (“[U]t qui justa arma habuit, id consequatur ob arma sumpsit, & damna sumptusque recuperet: non item ut poenae nomine quicquam lucretur, id enim est odiosus.”).

⁸³⁾ *Ibid.*, 1585. Il conquistatore è tuttavia vincolato da considerazioni di giustizia nel trattare il nemico sconfitto.

⁸⁴⁾ *Ibid.*, 1586.

nisce invece per scoraggiare ogni futura violazione del diritto naturale, senza preoccuparsi di chi potrebbe subire l'offesa ⁽⁸⁵⁾.

Grozio (seguendo ampiamente Gentili al riguardo) espone alquanto in dettaglio le norme che regolano le riparazioni della violazione di diritto, che richiedono riparazione piena attraverso la restituzione della proprietà e il pagamento di ogni danno solito o insolito causato dalla parte che ha agito illecitamente ⁽⁸⁶⁾. Il vincitore deve rispettare dei limiti nell'esercizio del diritto di riparazione in nome del diritto delle genti, prendendo soltanto i beni necessari a risarcire perdite specifiche ⁽⁸⁷⁾. Mentre i risarcimenti sono giustificati in quanto ridanno la sua interezza allo stato innocente, spesso agiscono come forme di punizione, inducendo Grozio (di nuovo sulla scia di Gentili) a consigliare la moderazione nell'imporli per una questione di prudenza o umanità o carità.

Grozio non ritiene che le riparazioni definiscano il limite del potere dei sovrani vittoriosi di punire dopo la guerra, dato che questi poteri derivano anche dalla deterrenza come fondamento adeguato per la punizione. Questo esige che al sovrano vittorioso venga concessa una notevole discrezionalità, soprattutto nelle situazioni in cui non ci siano terzi o istituzioni forti a cui questa discrezionalità possa essere invece trasferita, perché la deterrenza non è una semplice questione di equilibrio tra perdite materiali tramite appropriazioni. Piuttosto, la punizione ai fini della deterrenza — che sia deterrenza specifica verso lo stato sconfitto o deterrenza generale verso terzi attraverso l'esempio ⁽⁸⁸⁾ — impone che il vincitore calcoli gli aspetti di equità coinvolti nella situazione e bilanci gli effetti deterrenti positivi dell'imposizione della punizione con le potenziali conseguenze negative, compresa la possibilità che vengano alimentati ulteriori attacchi contro lo stato vincitore ⁽⁸⁹⁾.

⁸⁵⁾ *Ibid.*, 1187 (“Coloro che adottano le Misure di una Guerra intrapresa senza alcuna Ragione legittima sono essi stessi colpevoli, e biasimevoli fino alla Punizione, in proporzione all’Ingiustizia che accompagna siffatto loro agire.”).

⁸⁶⁾ *Ibid.*, 884ff (Libro II, cap. 17); e *ibid.*, 1416.

⁸⁷⁾ *Ibid.*, 1243, 1558ff. Vedi anche GENTILI, *DIB*, 436; VITORIA *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 171.

⁸⁸⁾ VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 172; GENTILI, *DIB*, 436; GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 962.

⁸⁹⁾ Sull'importanza degli aspetti di equità, si vedano GENTILI, *DIB*, 434-436; VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 183; GROZIO, *De iure belli ac pacis*, 1586.

Il rilievo dato alla deterrenza come modalità di esercizio della ragion di stato si incrociava con le preoccupazioni pragmatiche degli stati. Non solo ciò consentiva al sovrano di agire contro una nazione sconfitta più duramente di quanto facessero altre teorie della punizione; ma permetteva anche di trattare in modo diverso differenti parti conquistate. Quelle al di fuori dell'orbita delle nazioni civili, secondo alcune teorie, sono suscettibili di un trattamento più duro perché proprio il loro non far parte di quella comunità rende inefficaci alcune delle forme più moderate di deterrenza. Gentili, pur respingendo le teorie estreme di quegli autori che separavano nettamente l'idea di ciò che era ammissibile contro i "barbari" da quella di ciò che era ammissibile verso soggetti di pari civiltà, aveva scritto che "ci si può comportare con i barbari in modo più duro." Questa permissività di trattamento era necessaria, pensava Gentili, in quanto nei riguardi di questi popoli "la violenza è più potente della clemenza." (90)! Grozio sembrava avere opinioni simili riguardo il diritto, ma era più incline a consigliare la moderazione e una legge cristiana dell'amore.

Le vaste implicazioni degli approcci allo *jus post bellum* adottati da Gentili e da Grozio furono soggette a critiche pungenti nel '700, soprattutto negli scritti francesi. Montesquieu, ad esempio, nella sua discussione dello *jus post bellum* argomentava che (91):

Gli autori del nostro diritto pubblico, basati sulle storie antiche, essendo usciti dai casi rigidi, sono caduti in grandi errori...hanno supposto nei conquistatori un diritto, non so quale, di uccidere...[e] che il conquistatore avesse il diritto di distruggere la società: da cui hanno concluso che avesse quello di distruggere gli uomini che la compongono; il che è una conseguenza falsamente tratta da un falso principio.

⁹⁰⁾ GENTILI, *DIB*, 433.

⁹¹⁾ *De l'Esprit des lois*, Libro 10, cap. 3. (trad. Thomas Nugent, 1752). 'Les auteurs de notre droit public, fondés sur les histoires anciennes, étant sortis des cas rigides, sont tombés dans de grandes erreurs...ils ont suppose, dans les conquérains, un droit, je ne sais quel, de tuer...[et] que le conquérant avoit droit de détruire la société: d'où ils ont conclu qu'il avoit celui de détruire les hommes qui la composent; ce qui est une consequence fausement tirée d'un faux principe. Car, de ce que la société seroit anéantie, il ne s'ensuivroit pas que les hommes qui la forment dussent aussi être anéanties. La société est l'union des hommes, et non pas les hommes; le citoyen peut périr, et l'homme rester.'

Poiché, se la società venisse annientata, non ne deriverebbe che anche gli uomini che la formano sarebbero anch'essi annientati. La società è l'unione degli uomini, e non gli uomini; il cittadino può perire, e l'uomo restare.

Conclusione.

Nel pensiero della prima modernità, come nel diritto internazionale moderno, emergono tre situazioni abbastanza diverse in cui la punizione è data come giustificazione della violenza: la punizione è una giusta causa di guerra, una giustificazione per un certo tipo di condotta in guerra, e un'attività ammissibile e talvolta necessaria da parte del vincitore nello *jus post bellum*. Queste tre giustificazioni sono integrate epistemicamente dalla teoria della guerra giusta; e in pratica ciò è collegato all'ipotesi che il vincitore in guerra avesse una giusta causa, così lo stato vittorioso è giustificato ad intraprendere una punizione postbellica entro i limiti fissati dal diritto ⁽⁹²⁾. Così, per fare un esempio, la teoria gentiliana della giusta guerra preventiva può anche implicare che un concetto forte di deterrenza sia uno scopo appropriato di punizione postbellica; e se la punizione postbellica può essere giustificata come deterrenza, allora anche quest'ultima dovrebbe essere uno scopo ammissibile di giusta guerra.

È un punto fondamentale della teoria della guerra giusta che la guerra è uno strumento di giustizia ordinaria. L'autorità politica, in virtù di quell'autorità, può usare la forza; e l'atto del giudizio è il risultato di quell'uso della forza ⁽⁹³⁾. La teoria del giudizio è al centro della giustificazione della guerra offensiva o preventiva, perché senza questa nozione solo l'autodifesa è una giustificazione ammissibile per la guerra ⁽⁹⁴⁾.

La teoria della guerra giusta era intesa ad operare senza istituzioni politiche autorevoli o organismi giuridici indipendenti in grado di giudicare e stabilire la legittimità della causa e della condotta della guerra. La mancanza di istituzioni era compensata

⁹²⁾ Se lo stato vincitore possa nondimeno essere punibile da parte di altri per abusi di guerra è una questione distinta, ma altamente improbabile in pratica.

⁹³⁾ O. O'DONOVAN, *The just war revisited*, 14.

⁹⁴⁾ *Ibid.*, 22.

dal collegamento tra l'esito effettivo della guerra e le preoccupazioni procedurali dei teorici della guerra giusta. Una vittoria sancisce che l'approccio alla guerra è stato giusto. Un sovrano deve quindi essere in grado di giudicare la giustizia della propria causa che lo autorizza ad entrare in guerra per essere sicuro di un buon esito. Questo ruolo di giudice si estende all'imposizione postbellica della punizione allo stato sconfitto. Nell'accertare il livello appropriato di punizione richiesto per scoraggiare minacce future allo stato, il sovrano esercita ancora una volta il ruolo giudiziale di protezione dei cittadini del suo stato.

La distinzione tra vendetta, che si riferisce alla parte lesa ed è illimitata, e punizione, che si riferisce al trasgressore ed è vincolata a fini e mezzi ammissibili, è tracciata da Vitoria e da Gentili⁽⁹⁵⁾. Questa separazione della vendetta dalla punizione può essere intesa come una separazione delle considerazioni militari della guerra da quelle politiche⁽⁹⁶⁾. Mentre la necessità militare (che comprende la vendetta) può potenzialmente essere usata come giustificazione di azioni durante la guerra, e impone poche restrizioni alle azioni degli stati, il giudizio che mira alla pace riconosce che, una volta che la vittoria e lo stato siano salvi, la stabilità politica dell'ordine internazionale diviene una considerazione auspicabile⁽⁹⁷⁾. Quindi una ragione importante adottata da Gentili per evitare una punizione eccessivamente dura alla fine di una guerra era quella di un equilibrio di potere come mezzo per preservare la sicurezza nel più grande ordine politico europeo⁽⁹⁸⁾. Il ripristino delle relazioni interstatali e il controllo sulle spinte espansionistiche, soprattutto in Europa ma anche in ambito coloniale, avevano bisogno di un freno alla durezza della punizione. Il permesso accordato ad uno stato di punire troppo severamente potrebbe destabilizzare tutti gli altri stati. Per contenere impulsi punitivi, Gentili elogiava la consuetudine di innalzare trofei temporanei e la rapida normalizzazione

⁹⁵⁾ VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 183; GENTILI, *DIB*, 435.

⁹⁶⁾ O. O'DONOVAN, *The just war revisited*, 59.

⁹⁷⁾ *Ibid.*, 58-61.

⁹⁸⁾ L'importanza data da Grozio alla giurisdizione universale toglie di mezzo questa ragione. Vedi H. BULL, *The Importance of Grotius in the Study of International Relations* in *Hugo Grotius and International Relations* (Oxford, 1990), 90-91, a cura di H. BULL, B. KINGSBURY E.A. ROBERTS (rilevando che Grozio non menziona l'equilibrio di potenza e che sarebbe stato "in disaccordo" con la sua opera).

delle relazioni che essa favoriva ⁽⁹⁹⁾; e Vitoria sottolineava che il vincitore punisce in veste di giudice imparziale” ⁽¹⁰⁰⁾.

Tuttavia, quando la violazione specifica venne eliminata come requisito di guerra giusta (un cambiamento iniziato da Gentili ma che Grozio operò in modo completo), facendo posto sia alla guerra preventiva sia alla repressione di certi comportamenti e modi di vita che non violano specificamente lo stato che attua la repressione, anche il campo d'azione della punizione postbellica si ampliò in modo straordinario. La deterrenza di azioni (anche di azioni non illecite) da parte dello stato punito, così come da parte di parti terze, diventa una giustificazione ammissibile per le pratiche degli stati.

L'obiettivo centrale del diritto e delle istituzioni internazionali è stato, almeno a partire dal 1945, quello di frenare il ricorso alla guerra. Insieme a questo si è avuto un concomitante disconoscimento del linguaggio della punizione come giustificazione del ricorso alla guerra o come parte dello *jus post bellum*. L'idea della punizione coercitiva degli stati e dei popoli è per buone ragioni considerata dalla maggior parte dei giuristi internazionali, se mai ci pensano, come un'idea orribile. Portata alle sue estreme conseguenze potrebbe sembrare che essa ammetta l'annessione e l'annientamento degli stati, il genocidio e l'etnocidio dei popoli, il terrorismo e la violenza arbitraria senza processi, e briganti autoproclamatisi che ammantano di un lustro di legalità la loro violenta imposizione dei propri valori e del proprio potere. Anche se si riesce ad escludere con successo questi estremi, la punizione degli stati e dei popoli sembra destinata a perseguire individui innocenti, svalutando i loro diritti e la loro importanza morale a scopi collettivistici che sono in conflitto con i valori fondamentali dell'Illuminismo. La punizione ha orribili associazioni con il nemico assoluto (Schmitt), con capri espiatori e operazioni di scaricabarile (Agamben). Che cosa allora potrebbe eventualmente giustificare anche il solo porre la questione come una questione che i giuristi internazionali devono prendere in considerazione?

⁹⁹⁾ GENTILI, *DIB*, III.i. 428; D. PANIZZA, *Alberico Gentili giurista ideologo*, cit., 104-105 (“L'equilibrio di potenza era il presidio più sicuro della pace e della sicurezza internazionale”).

¹⁰⁰⁾ VITORIA, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, 187.

In questo saggio abbiamo cercato di mostrare che le logiche politiche standard delle relazioni internazionali riconosciute dai giuristi internazionalisti conducono ad una logica, e in realtà ad una pratica, della punizione, ma il rifiuto di prendere in considerazione la punizione significa che questa pratica viene inserita a forza in categorie giuridiche artificiali che non la regolano in modo molto adeguato, o è semplicemente screditata da quei giuristi che abbracciano proprio quella logica che porta ad essa. Ciò si applica ad una logica delle relazioni internazionali come impresa morale: la moralità politica attiva richiede il giudizio, spesso attraverso il diritto, e il giudizio legale porta alla punizione, come possibilità normativa e laddove è pratica come reale possibilità⁽¹⁰¹⁾. Una logica realistico-strumentalista della punizione nelle relazioni internazionali richiede la punizione come parte di una strategia (occhio per occhio, forza schiacciante, ecc), e forse per lanciare messaggi e altri scopi informativi. La situazione speciale dello *jus post bellum* ne dà un'esemplificazione.

La condotta postbellica è in definitiva governata dalla necessità di restaurare la pace. Una volta che si accetta che la punizione può essere una componente opportuna dello *jus post bellum*, la sfida è quella di stabilire quali forme di punizione servono allo scopo della pace dopo una guerra. A meno che lo stato perdente non debba essere assorbito nello stato o nell'impero conquistatore, deve essere ristabilito un rapporto tra gli stati interessati, e questa considerazione prudenziale riduce il raggio d'azione della punizione. Ai vittoriosi non può semplicemente essere consentito di fare quello che desiderano perché hanno trionfato con la forza, perché questo annullerebbe lo scopo della pace: "la natura della vittoria stessa è insaziabile"⁽¹⁰²⁾. Una discrezionalità incontrollata non ripristinerebbe l'ordine, ma avrebbe come conseguenza un disordine ancora maggiore, dato che lo stato vittorioso ha chiesto sanzioni talmente eccessive per lo sconfitto che l'imposizione potrebbe provocare ulteriore violenza. Il paradigma non è basato sulla reciprocità. Né scrittori come Gentili basano la giustizia dopo la guerra puramente in un diritto naturale interstatale; la giustizia richiede anche che si tenga

⁽¹⁰¹⁾ H. SHUE, 'Concept Wars', *Survival*, 50:2 (2008) 185-192.

⁽¹⁰²⁾ GENTILI, *DIB*, 430 ("Nam victoriae natura ipsius est insatiabilis.").

conto del diritto consuetudinario dei popoli che subiscono la violazione ⁽¹⁰³⁾. Così un sovrano non ha poteri illimitati nella punizione che può essere inflitta alla parte sconfitta.

Il fatto che al centro dell'attenzione del diritto internazionale moderno ci sia stata la prevenzione della guerra ha portato a trascurare in qualche misura lo *jus post bellum*. Questo ambito può, e ciò lascia perplessi, essere meno organizzato come corpo di leggi di quanto non fosse quando Gentili lo descrisse. Idee residuali circa la punizione continuano ad esistere accanto alle moderne idee circa la ricostruzione o il *nation building*, e le idee addotte a giustificazione non necessariamente si inquadrano bene né in specifici aspetti di dottrina giuridica né in una buona politica. L'antico assunto che le giustificazioni per lo *jus ad bellum* e quelle per lo *jus post bellum* sono, e dovrebbero essere, unificate è ancora molto diffuso, nonostante i grandi cambiamenti prodottisi (prima limitando, ora forse riespandendo) nelle giustificazioni accettate o asserite dello *jus ad bellum*. Se questa stretta articolazione tra lo *jus ad bellum* e lo *jus post bellum* rimanga giustificata, è una questione che richiede un'ulteriore esplorazione. I rischi che la punizione venga reinserita nell'elenco delle giustificazioni dello *jus ad bellum* sono immensi. Se lo *jus post bellum* è separato dallo *jus ad bellum*, anche all'interno di una serie complessiva di limitazioni all'uso della forza nel diritto internazionale, la questione della punizione può venire in primo piano in modo più articolato. Il contesto particolare dello *jus post bellum* richiede una speciale considerazione. La punizione postbellica degli stati e dei popoli per torti grotteschi è potenzialmente un'idea pericolosa e perniciosa, ma non una che non abbia un qualche ruolo, come indica prudentemente la dichiarazione del 2007 della Corte di Giustizia Internazionale della responsabilità dello stato della Serbia per non aver impedito il genocidio a Srebrenica. Noi riteniamo che i vantaggi derivanti dal fatto di affrontare il tema della punizione all'interno dello *jus post bellum*, e perciò organizzare e circoscrivere la punizione, piuttosto che lasciar mascherare le azioni punitive sotto altri pretesti o (come ora) lasciarle procedere in zone di normatività indistinta, dovrebbero ora essere soppesati al fine di stabilire se sono sufficienti a garantire con-

¹⁰³⁾ *Ibid.*, III.ii. 433.

tro i rischi indubbi di uno spostamento del diritto e delle giustificazioni legali in questa direzione. Questo argomento richiede nel diritto internazionale una considerazione molto maggiore di quanto non ne abbia finora ricevuta.